Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1984 Vol. 2

1er cahier, 1984 Vol. 2

Cited as [1984] 2 S.C.R. 2-144

Renvoi [1984] 2 R.C.S. 2-144

Published by
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1984.

Publié par
BERNARD C. HOFLEY, c.r.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1984.

CONTENTS

Attorney General of Quebec *v.* Quebec Association of Protestant School Boards *et al.* **66**

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Languages and education — English instruction — Limitations — Provincial provisions inconsistent with Charter — Whether provincial provisions are of no force or effect — Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 72-88 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23, 32(1), 33(1),(2) — Constitution Act, 1982, ss. 52(1),(2), 59(1),(2).

Gould *v.* Attorney General of Canada *et al.* **124**

Injunction — Elections — Right to vote — Prisoner seeking mandatory injunction permitting him to vote in federal election — Injunction refused.

Practice — Order abridging the time normally required for service of process granted — Leave to appeal granted.

Kamloops (City of) *v.* Nielsen *et al.* **2**

Torts — Negligence — Municipality — By-law adopting building standards and imposing duty of enforcement on municipal building inspector — House inspected, changes required and stop work order issued — House completed and occupied without permit — Serious structural defects discovered by subsequent purchaser without notice — Whether or not misfeasance/non-feasance distinction relevant to liability in negligence where duty found to exist — Whether or not City negligent — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, ss. 714, 738, 739 (now R.S.B.C. 1979, c. 290) — Limitations Act, 1975 (B.C.), c. 37, ss. 3, 6.

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque Royale du Canada *c.* First Pioneer Investments Ltd. *et autres* **125**

Créancier et débiteur — Sûretés — Enregistrement — Débentures — Réalisation des biens garantissant la dette par le détenteur d'une débenture non enregistrée — Les autres créanciers ont-ils le droit de partager le produit de la vente? — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 2(1).

Gould *c.* Procureur général du Canada *et autre* **124**

Injonction — Élections — Droit de vote — Injonction demandée par un détenu pour lui permettre de voter à l'élection fédérale — Injonction refusée.

Pratique — Ordonnance abrégeant le délai normal de signification d'actes de procédure accordée — Autorisation de pourvoi accordée.

Kamloops (Ville de) *c.* Nielsen *et autres* **2**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Municipalité — Règlement fixant des normes de construction et imposant à l'inspecteur municipal des bâtiments l'obligation de les faire respecter — Inspection de la maison, changements requis et délivrance d'une ordonnance d'arrêt des travaux — Maison terminée et occupée sans permis — Découverte par l'acquéreur subséquent de graves vices de structure dont il n'avait pas été avisé préalablement — La distinction entre inaction et mauvaise exécution importe-t-elle quant à la responsabilité pour négligence lorsqu'on conclut à l'existence d'une obligation? — La ville a-t-elle fait preuve de négligence? — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 714, 738, 739 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 290) — Limitations Act, 1975 (C.-B.), chap. 37, art. 3, 6.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Khan *v.* Her Majesty The Queen 62

Criminal law — Jurisdiction — Procedure — Joinder — Indictable and summary conviction offences — Trial by magistrate elected prior to entering plea on indictable offence — Accused consenting to evidence on both counts being applied to each count — Whether or not jurisdiction to try together separate informations — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 388(1), 484, 717.

Maroukis *v.* Maroukis *et al.* 137

Matrimonial law — Distribution of matrimonial assets — Executions filed against joint tenant prior to vesting order — Subsequent order vesting property at separation — Time specific property vests on division of family assets — Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 4.

Creditor and debtor — Executions — Family assets — Distribution — Whether or not executions effective if filed after separation but before distribution order.

Royal Bank of Canada *v.* First Pioneer Investments Ltd. *et al.* 125

Creditor and debtor — Securities — Registration — Debentures — Holder of unregistered debenture realizing assets securing the debt — Whether or not other creditors entitled to share proceeds — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 2(1).

Skogman *v.* Her Majesty The Queen 93

Criminal law — Preliminary hearing — Committal for trial — Charge of conspiracy — Whether any evidence of conspiracy involving the accused — Whether *certiorari* available to quash committal if no evidence on an essential ingredient of the charge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475.

Certiorari — Committal for trial — Charge of conspiracy — Application to quash committal for trial — Whether evidence supporting the committal — Whether *certiorari* available if no evidence on an essential ingredient of the charge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475.

SOMMAIRE (Fin)

Khan *c.* Sa Majesté La Reine 62

Droit criminel — Compétence — Procédure — Réunion de chefs d'accusation — Acte criminel et infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité — Procès devant un magistrat choisi avant l'inscription du plaidoyer relatif à l'acte criminel — Consentement de l'accusée à ce que la preuve relative aux deux chefs d'accusation s'applique à chaque chef d'accusation — Compétence pour instruire ensemble deux dénonciations distinctes — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 388(1), 484, 717.

Maroukis *c.* Maroukis *et autres* 137

Droit matrimonial — Partage de biens du mariage — Saisies-exécutions déposées contre le propriétaire indivis avec gain de survie avant l'ordonnance de partage — Ordonnance subséquente attribuant le bien à compter de la séparation — Moment où un bien précis est dévolu par suite du partage des biens familiaux — Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 4.

Créancier et débiteur — Saisies-exécutions — Biens familiaux — Partage — Effet des saisies-exécutions déposées après la séparation mais avant l'ordonnance de partage.

Procureur général du Québec *c.* Quebec Association of Protestant School Boards *et autres* 66

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Langues et éducation — Enseignement en langue anglaise — Restrictions — Dispositions provinciales incompatibles avec la Charte — Les dispositions provinciales sont-elles inopérantes? — Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 72 à 88 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23, 32(1), 33(1), (2) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1), (2), 59(1), (2).

Skogman *c.* Sa Majesté La Reine 93

Droit criminel — Enquête préliminaire — Renvoi au procès — Accusation de complot — Y a-t-il des éléments de preuve de l'existence d'un complot impliquant l'accusé? — Peut-on recourir au *certiorari* pour annuler un renvoi au procès en l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475.

Certiorari — Renvoi au procès — Accusation de complot — Demande visant à annuler un renvoi au procès — Y a-t-il des éléments de preuve justifiant le renvoi au procès? — Peut-on recourir au *certiorari* en l'absence de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 2, 1984

2e volume, 1984

City of Kamloops *Appellant*;

and

Jan Clemmensen Nielsen *Respondent*;

and

Wesley Joseph Hughes and Gladys Annetta Hughes *Respondents.*

File No.: 16896.

1982: November 22; 1984: July 26.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Municipality — By-law adopting building standards and imposing duty of enforcement on municipal building inspector — House inspected, changes required and stop work order issued — House completed and occupied without permit — Serious structural defects discovered by subsequent purchaser without notice — Whether or not misfeasance/non-feasance distinction relevant to liability in negligence where duty found to exist — Whether or not City negligent — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, ss. 714, 738, 739 (now R.S.B.C. 1979, c. 290) — Limitations Act, 1975 (B.C.), c. 37, ss. 3, 6.

A contractor placed the footings of the house he was building on loose fill notwithstanding the requirement in the approved plans that the footings be taken down to solid bearing. Kamloops' building inspector, acting under municipal by-laws, made three inspections and then issued a stop work order pending the submission of a plan to correct structural deficiencies. A plan was submitted, but was not followed, and work continued in spite of a warning that the stop work order was still in effect.

The city solicitor informed the first purchasers—the contractor's parents—of the deficiencies, the stop work order, and the need for an engineer's certification of the adequacy of the construction to lift the stop work order. A strike of municipal employees, however, interrupted the inspection process, and nothing further was done. The house was later sold to Nielsen without notice of its

Ville de Kamloops *Appelante*;

et

Jan Clemmensen Nielsen *Intimé*;

et

Wesley Joseph Hughes et Gladys Annetta Hughes *Intimés.*

N° du greffe: 16896.

1982: 22 novembre; 1984: 26 juillet.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Municipalité — Règlement fixant des normes de construction et imposant à l'inspecteur municipal des bâtiments l'obligation de les faire respecter — Inspection de la maison, changements requis et délivrance d'une ordonnance d'arrêt des travaux — Maison terminée et occupée sans permis — Découverte par l'acquéreur subséquent de graves vices de structure dont il n'avait pas été avisé préalablement — La distinction entre inaction et mauvaise exécution importe-t-elle quant à la responsabilité pour négligence lorsqu'on conclut à l'existence d'une obligation? — La ville a-t-elle fait preuve de négligence? — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 714, 738, 739 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 290) — Limitations Act, 1975 (C.-B.), chap. 37, art. 3, 6.

Un constructeur a installé l'empattement d'une maison qu'il construisait sur du remblai non tassé malgré la condition, contenue dans les plans approuvés, que l'empattement s'enfonce jusqu'à un appui solide. L'inspecteur des bâtiments de la ville de Kamloops, en application des règlements municipaux, a procédé à trois inspections et ensuite délivré une ordonnance d'arrêt des travaux qui ne serait levée que lorsqu'on soumettrait un plan permettant de corriger les vices de structure. Un plan a été soumis mais non suivi et les travaux se sont poursuivis malgré l'avertissement que l'ordonnance d'arrêt des travaux était toujours en vigueur.

L'avocat de la ville a avisé les premiers acquéreurs—les parents du constructeur—des vices de construction, de l'ordonnance d'arrêt des travaux et de la nécessité de produire un rapport d'ingénieur certifiant que la construction satisfait aux normes pour lever l'ordonnance d'arrêt des travaux. Une grève des employés municipaux a cependant interrompu le processus d'inspection et rien

chequered history or of the state of its foundations. A contractor hired by Nielsen to make a general inspection did not crawl under the house to inspect the foundations. When Nielsen learned that the foundations had subsided, he brought an action against the vendor and Kamloops.

The Court of Appeal upheld the trial judge's findings of negligence on the part of the vendor and Kamloops with fault apportionned at 75 per cent and 25 per cent respectively. The City argued here that it was not liable in that it owed no duty of care to Nielsen and, in any event, the action was statute-barred.

Held (Estey and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Ritchie, Dickson and Wilson JJ.: Kamloops made a policy decision to regulate construction by by-law and charged its building inspector with the enforcement of the by-law. In discharging this operational duty the City owed a duty of care to persons whose relationship was sufficiently close that they ought to have been reasonably within its contemplation as likely to be injured by a breach of its duty. The City's breach of duty was causative, notwithstanding the fact that the builder's negligence was primary, for it allowed construction to continue in breach of its duty to protect the plaintiff against the builder's negligence. The City's failure to act in the face of a duty to act, or at the least its failure to make a conscious decision on policy grounds not to act, could not be a policy decision taken in the *bona fide* exercise of discretion.

The distinction between non-feasance and misfeasance is irrelevant in the face of a duty to act.

The flood gates would not be opened by a finding of a private law duty owed by public officials because the principle in *Anns v. Merton London Borough Council* contains built-in limitations to its application. In particular, the applicable legislation must be found to impose a private law duty on the municipality or public official and the principle has no application to purely policy decisions made in the *bona fide* exercise of discretion.

de plus n'a été fait. Plus tard, Nielsen a acquis la maison sans être informé de son historique mouvementé ni de l'état de ses fondations. L'entrepreneur dont Nielsen avait retenu les services pour faire une inspection générale n'est pas allé sous la maison pour en examiner les fondations. Lorsque Nielsen a appris que les fondations s'étaient affaissées, il a intenté une action contre le vendeur et la ville de Kamloops.

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance qui a conclu qu'il y avait eu négligence de la part du vendeur et de la ville de Kamloops et partagé la responsabilité, en imputant 75 pour 100 de celle-ci au vendeur et 25 pour 100 à la ville. La ville a soutenu en cette Cour qu'elle n'était pas responsable parce qu'elle n'avait aucune obligation de diligence envers Nielsen et que, de toute façon, l'action est prescrite.

Arrêt (les juges Estey et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Ritchie, Dickson et Wilson: La ville de Kamloops a pris la décision de politique de réglementer la construction par voie de règlement et elle a chargé son inspecteur municipal d'appliquer le règlement. En s'acquittant de son obligation d'exécution, la ville a une obligation de diligence envers les personnes dont les relations avec elles sont suffisamment étroites pour qu'elle ait dû raisonnablement prévoir qu'elles pourraient être victimes d'un manquement à son obligation. Même si la négligence du constructeur est fondamentale, le manquement de la ville à son obligation constitue une cause parce qu'elle a permis que la construction se poursuive, manquant ainsi à son obligation de protéger le demandeur contre la négligence du constructeur. L'omission de la ville d'agir lorsqu'elle a l'obligation d'agir, ou du moins son omission de prendre une décision réfléchie de ne rien faire pour des motifs de politique, ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire.

La distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution est sans importance lorsqu'il y a obligation d'agir.

La conclusion selon laquelle les fonctionnaires publics ont des obligations de droit privé n'aurait pas pour effet de provoquer une avalanche de poursuites parce que le principe énoncé dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council* comporte des barrières inhérentes à son application. En particulier, il est nécessaire de conclure que la loi applicable impose une obligation de droit privé à la municipalité ou au fonctionnaire et le principe ne s'applique pas à de simples décisions de politique prises dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire.

Plaintiff's cost of restoring his home—an economic loss—was recoverable, notwithstanding the *Rivtow* case. The situation was free of the contractual overtones found in *Rivtow* and differed as to the nature and extent of the duty owed.

Sections 3(1)(a) and 6(3) of the *Limitations Act* postponed the running of time until the acquisition of knowledge or means of knowledge of the facts giving rise to the cause of action. Plaintiff was not barred in the circumstances of this case by the failure of the first purchasers to litigate.

[*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *McCrea v. White Rock (City of)* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858, approved; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, distinguished; *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber and Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 65; *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758, disapproved; *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74, reversing [1940] 1 K.B. 319; *Barratt v. North Vancouver (Corporation of)*, [1980] 2 S.C.R. 418; *Stevens and Willson v. Chatham (City of)*, [1934] S.C.R. 353; *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] A.C. 520, considered; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, [1972] 1 All E.R. 462, [1972] 1 Q.B. 373, *sub nom. Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*; *Schacht v. The Queen in right of the Province of Ontario*, [1973] 1 O.R. 221; *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740; *Neabel v. Ingersol (Town of)* (1967), 63 D.L.R. (2d) 484; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, [1965] 3 All E.R. 560; *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931); *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 2 Q.B. 223; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority* (1977), 79 D.L.R. (3d) 522; *Ital-Canadian Investments Ltd. v. North Shore Plumbing and Heating Co.*, [1978] 4

Ce qu'il en coûtera au demandeur pour remettre sa maison en état—une perte financière—est recouvrable nonobstant l'arrêt *Rivtow*. La présente situation ne comporte pas l'apparence de contrat rencontrée dans l'affaire *Rivtow* et elle est différente quant à la nature et à la portée de l'obligation dont il faut s'acquitter.

Les alinéas 3(1)a) et 6(3) de la *Limitations Act* font en sorte que le délai de prescription ne commence à courir que lorsqu'on prend connaissance ou on est en mesure de prendre connaissance des faits qui donnent naissance à la cause d'action. Dans les circonstances de l'espèce, l'action du demandeur n'est pas prescrite à cause de l'omission des premiers acquéreurs de poursuivre.

[Jurisprudence: arrêts approuvés: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *McCrea v. White Rock (City of)* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858, distinction faite avec l'arrêt: *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; arrêts critiqués: *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber and Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 65; *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758; arrêts examinés: *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74, infirmant [1940] 1 K.B. 319; *Barratt c. North Vancouver (Corporation of)*, [1980] 2 R.C.S. 418; *Stevens and Willson v. Chatham (City of)*, [1934] R.C.S. 353; *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge «Willemstad»* (1976), 136 C.L.R. 529; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] A.C. 520; arrêts mentionnés: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, [1972] 1 All E.R. 462, [1972] 1 Q.B. 373, sous l'intitulé *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*; *Schacht v. The Queen in right of the Province of Ontario*, [1973] 1 O.R. 221; *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740; *Neabel v. Ingersol (Town of)* (1967), 63 D.L.R. (2d) 484; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, [1965] 3 All E.R. 560; *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931); *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 2 Q.B. 223; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority* (1977), 79 D.L.R. (3d) 522; *Ital-Canadian Investments Ltd. v.*

W.W.R. 289; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486, referred to.]

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1981), 31 B.C.L.R. 311, dismissing an appeal from a judgment of Andrews J. Appeal dismissed, Estey and McIntyre JJ. dissenting.

Harry J. Grey, Q.C., for the appelant.

R. J. Gibbs, Q.C., and *J. A. Horne*, for the respondent Jan Clemmensen Nielsen.

The judgment of Ritchie, Dickson and Wilson JJ. was delivered by

WILSON J.—This case raises the rather difficult question whether a municipality can be held liable for negligence in failing to prevent the construction of a house with defective foundations. It also raises a number of ancillary questions, such as whether such a liability, assuming it exists, extends to third party purchasers, what sort of damages are recoverable, and when the limitation period starts to run.

1. The Facts

Since the facts are of vital importance I set them out in some detail. Mr. Hughes, Jr. set out to build a house on a hillside for his father who was an Alderman in the City of Kamloops. To this end he submitted plans to the City's building inspector. The plans were approved, subject to the requirement that the footings were to be taken down to solid bearing, and a building permit was issued. Mr. Hughes did not take the footings down to solid bearing; instead he set the foundations on piles which were set into loose fill. He then requested an inspection of the foundations. When one of the City's building inspectors arrived to make his inspection on December 18, 1973 he realized that the foundations were not in accordance with the plans but he was unable to check whether they were adequate to support the building because the concrete had been poured. Accordingly, on his own initiative the building inspector followed up with

North Shore Plumbing and Heating Co., [1978] 4 W.W.R. 289; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1981), 31 B.C.L.R. 311, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Andrews. Pourvoi rejeté, les juges Estey et McIntyre sont dissidents.

Harry J. Grey, c.r., pour l'appelante.

R. J. Gibbs, c.r., et *J. A. Horne*, pour l'intimé Jan Clemmensen Nielsen.

Version française du jugement des juges Ritchie, Dickson et Wilson rendu par

LE JUGE WILSON—Le présent pourvoi soulève la question plutôt difficile de savoir si une municipalité peut être tenue responsable de négligence pour ne pas avoir empêché la construction d'une maison sur des fondations inadéquates. Il soulève également plusieurs questions subsidiaires, comme celles de savoir si cette responsabilité, en supposant qu'elle existe, joue également en faveur des tiers acquéreurs, quelle sorte de dommages peuvent donner lieu au paiement d'une indemnité et quand le délai de prescription commence à courir.

1. Les faits

Puisque les faits sont d'une importance capitale, je vais les exposer en détail. M. Hughes fils a commencé à bâtir une maison sur le flanc d'une colline pour son père qui, incidemment, était échevin de la ville de Kamloops. À cette fin, il a soumis des plans à l'inspecteur municipal des bâtiments. Les plans ont été approuvés à la condition que l'empattement s'enfonce jusqu'à un appui solide et un permis de construction a été délivré. M. Hughes n'a pas enfoncé l'empattement jusqu'à un appui solide; il a plutôt installé les fondations sur des piliers qu'il a enfoncés dans du remblai non tassé. Il a alors demandé une inspection des fondations. Lorsque l'un des inspecteurs municipaux des bâtiments est arrivé pour procéder à son inspection le 18 décembre 1973, il s'est rendu compte que les fondations n'étaient pas conformes aux plans, mais il n'a pas pu vérifier si elles étaient suffisantes pour porter l'édifice parce que le béton avait déjà été

two further inspections on December 23, 1973 and January 2, 1974 and sent a letter to Mr. Hughes on the latter date indicating that a stop work order had been placed on the site and would not be lifted until new plans had been submitted showing how the structural defects were going to be remedied. Mr. Hughes retained a firm of professional engineers to prepare the new plans and on receipt of their proposal the building inspector lifted the stop work order. Mr. Hughes, however, did not cooperate with the engineers on the required changes but continued with the construction of the house on the original plans. The engineers, disavowing all liability, notified the building inspector.

On February 27, 1974 two building inspectors attended at the site. This was followed next day by a registered letter from the building inspector to Mr. Hughes telling him that the stop work order would remain in effect until he submitted a report from a structural engineer. Mr. Hughes ignored this communication and carried on with the building. Various further inspections were made by building inspectors who reported to their superior, the building inspector, that construction was continuing despite the stop work order.

On April 9, 1974 Mr. Hughes, Sr. and his wife purchased the property from their son. The City Solicitor wrote to them on April 22, 1974 advising them of the City's concern over the structural integrity of the building and that the stop work order which was currently in force would not be lifted until the City was provided with complete structural drawings from an engineer verifying the adequacy of the proposed construction. Mr. Backmeyer, Director of Planning for the City, became involved at this stage but no resolution to the problem was effected. The dialogue moved into the Council Chamber and Mr. Backmeyer testified that Mr. Hughes, Sr.'s plea to his fellow council members was that this was his retirement home

coulé. En conséquence, agissant de son propre chef l'inspecteur des bâtiments a procédé à deux autres inspections, les 23 décembre 1973 et 2 janvier 1974, et a fait parvenir une lettre à M. Hughes, à cette dernière date, indiquant qu'il avait rendu une ordonnance d'arrêt des travaux applicable au chantier en cause et que l'ordonnance ne serait levée que lorsque l'on soumettrait de nouveaux plans démontrant comment les vices de structure seraient corrigés. M. Hughes a retenu les services d'un cabinet d'ingénieurs pour dresser de nouveaux plans et, à la réception de leur projet, l'inspecteur des bâtiments a levé l'ordonnance d'arrêt des travaux. M. Hughes n'a toutefois pas coopéré avec les ingénieurs pour faire les changements requis, mais a poursuivi la construction selon les plans originaux. Les ingénieurs, après avoir décliné toute responsabilité, ont averti l'inspecteur des bâtiments.

Le 27 février 1974, deux inspecteurs des bâtiments se sont rendus sur les lieux. Le lendemain, M. Hughes a reçu une lettre recommandée de l'inspecteur des bâtiments qui avisait M. Hughes que l'ordonnance d'arrêt des travaux resterait en vigueur jusqu'à ce qu'il produise un rapport préparé par un ingénieur en construction. M. Hughes n'a pas tenu compte de cet avis et il a poursuivi la construction de la maison. Des inspecteurs des bâtiments ont procédé à diverses autres inspections et ont rapporté à leur supérieur, l'inspecteur des bâtiments, que la construction se poursuivait en dépit de l'ordonnance d'arrêt des travaux.

Le 9 avril 1974, M. Hughes père et son épouse ont acheté la propriété de leur fils. L'avocat de la ville leur a écrit le 22 avril 1974 pour leur faire part des inquiétudes de la ville au sujet de la solidité de l'édifice et les informer que l'ordonnance d'arrêt des travaux qui était toujours en vigueur ne serait levée que lorsque la ville aurait reçu des plans de structure complets d'un ingénieur qui certifierait que la construction projetée satisfait aux normes. Monsieur Backmeyer, le directeur de l'urbanisme, est intervenu à ce stade, mais on n'a pas trouvé de solution au problème. Le débat a été porté à une séance du conseil et, selon la déposition de M. Backmeyer, M. Hughes père a fait valoir à ses collègues échevins qu'il s'agissait

and, since he was going to live in it, any problems that arose would be his and his alone. It was therefore no one's business but his and why was he being subjected to this kind of harassment?

At this point a strike of city employees broke out and the Director of Planning and the Building Division Administrator were left to run the Building Division by themselves until the strike ended sometime in July. No further inspections were made after the strike and no occupancy permit was ever issued. A plumbing permit was, however, issued in August 1974. The house was completed and the Hughes moved in February 1975. In December 1977 they sold the property to the present plaintiff who was told nothing of its chequered history. Before purchasing the house the plaintiff had taken a contractor with him to advise him on the cost of some renovations and also to make a general inspection of the house. The contractor did not see anything to alert him to a potential problem with the foundations but he did not crawl under the house to examine them. Accordingly, the first the plaintiff knew of the defective foundations was when they were drawn to his attention in November 1978 by a plumber called to attend to a burst pipe. The plumber discovered the situation when he went into the four-foot crawl space under part of the house and saw that the foundations had subsided.

The plaintiff issued his writ in January 1979 alleging against his vendor: (1) fraudulent misrepresentation; (2) breach of contract; and (3) negligence in the construction of the house. He alleged negligence also against the City of Kamloops for failing to enforce the stop work order or alternatively for failing to condemn the building as unfit for habitation.

Andrews J. found both defendants liable and apportioned fault between them, 75 per cent against the Hughes and 25 per cent against the City. No appeal was taken by the Hughes. The City's appeal to the Court of Appeal of British Columbia was dismissed.

de sa maison de retraite et que, puisqu'il allait l'habiter, toute difficulté qui surgirait ne concernerait que lui seul et personne d'autre. Cela ne regardait personne d'autre que lui et il se demandait pourquoi il était soumis à ce genre de harcèlement.

À ce moment-là, il est survenu une grève des employés de la ville et le directeur de l'urbanisme et l'administrateur de la division des bâtiments se sont retrouvés seuls pour faire fonctionner la division des bâtiments jusqu'à ce que la grève prenne fin au cours du mois de juillet. On n'a procédé à aucune autre inspection après la grève et le permis d'occupation n'a jamais été délivré. Un permis de plomberie a cependant été délivré en août 1974. La maison a été terminée et les Hughes y ont emménagé en février 1975. En décembre 1977, ils ont vendu la propriété au demandeur en l'espèce qui n'a rien su de son historique mouvementé. Avant l'achat, le demandeur avait retenu les services d'un entrepreneur pour connaître le coût de certaines rénovations et aussi faire une inspection générale de la maison. L'entrepreneur n'a rien vu qui le prévienne d'un éventuel problème de fondations, mais il n'est pas allé sous la maison pour les examiner. Donc le demandeur a pris connaissance des vices des fondations pour la première fois en novembre 1978 quand un plombier, appelé pour réparer un tuyau crevé, les lui a signalés. Le plombier a lui-même pris connaissance de la situation quand il a pénétré dans le vide sanitaire de quatre pieds de haut sous une partie de la maison et a constaté que les fondations s'étaient affaissées.

Le demandeur a assigné son vendeur en justice en janvier 1979, pour les motifs suivants: (1) déclarations volontairement fausses, (2) rupture de contrat et (3) négligence dans la construction de la maison. Il a aussi allégué que la ville de Kamloops avait fait preuve de négligence en omettant de faire respecter l'ordonnance d'arrêt des travaux ou, subsidiairement, de déclarer l'édifice inhabitable.

Le juge Andrews a conclu à la responsabilité des deux défendeurs et partagé la responsabilité entre eux en imputant 75 p. 100 aux Hughes et 25 p. 100 à la ville. Les Hughes n'ont pas interjeté appel. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel formé par la ville.

But for the issue of limitations which I will deal with later, the City's grounds of appeal to this Court were substantially the same as those presented to the Court of Appeal and rejected by it. The first was that no duty of care was owed by the City to the plaintiff and, absent such a duty, no liability in negligence could be incurred.

2. The Duty of Care

The leading English authority favouring the existence of a duty of care owed by the City to the plaintiff is the decision of the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. The facts, in brief, were that the Borough Council in February 1962 approved plans for the creation of a two-storey block of flats. The plans called for the foundations to be "3'0" or deeper to the approval of local authority". In fact the foundations were only two feet six inches deep. By February 1970 cracks had appeared in the walls of the flats and the floors had begun to slope. Two of the plaintiffs were original lessees; the others were assignees from original lessees. All claimed against the Borough for the negligence of the council surveyor in approving foundations that were inadequate.

The relevant English legislation was the *Public Health Act 1936*, s. 61 of which empowered Council to make by-laws to regulate the construction of buildings. By-law 18(1)(b) provided that the foundations of every building should be taken down to such depth or be so designed as to safeguard the building against damage caused by swelling and shrinking of the subsoil. The builder was under a statutory duty to notify the local authority before covering up the foundations and the local authority had at that stage the right to inspect and to insist on any correction necessary to bring the work into conformity with the by-laws.

Lord Wilberforce pointed out that the local authority is a public body whose powers and duties are definable in terms of public rather than private

À l'exception du moyen relatif à la prescription dont je traiterai plus loin, les moyens d'appels invoqués par la ville en cette Cour sont essentiellement les mêmes que ceux invoqués en Cour d'appel et rejetés par cette dernière. Le premier moyen veut que la ville n'ait aucune obligation de diligence envers le demandeur et que, en l'absence d'une telle obligation, elle ne peut encourir aucune responsabilité pour négligence.

2. L'obligation de diligence

L'arrêt anglais qui fait jurisprudence quant à l'existence de l'obligation de diligence de la ville envers le demandeur est l'arrêt de la Chambre des lords *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Voici le résumé des faits. En février 1962, le conseil municipal a approuvé les plans de construction d'un immeuble d'appartements de deux étages. D'après ces plans, les fondations devaient avoir [TRADUCTION] «trois pieds ou plus de profondeur et être approuvées par les autorités locales». En réalité, les fondations n'avaient que deux pieds et six pouces de profondeur. Dès février 1970, les murs des appartements avaient commencé à se fissurer et les planchers à s'affaisser. Deux des demandeurs étaient les premiers locataires; les autres étaient des cessionnaires des premiers locataires. Tous ont poursuivi la municipalité pour la négligence dont avait fait preuve l'inspecteur municipal en approuvant des fondations inadéquates.

La loi anglaise en cause était la *Public Health Act 1936*, dont l'art. 61 permettait au conseil de réglementer la construction des édifices. Le règlement 18(1)b) prévoyait que les fondations de tout édifice devaient être suffisamment profondes ou conçues de manière à protéger l'édifice contre tous dommages dus au gonflement et à la contraction du sous-sol. Le constructeur était, d'après la loi, tenu d'aviser les autorités locales avant de recouvrir les fondations et les autorités locales avaient, à ce stade, le droit de faire une inspection et d'exiger toutes corrections nécessaires pour rendre l'ouvrage conforme aux règlements.

Lord Wilberforce a souligné que les autorités locales constituent un organisme public dont les pouvoirs et les obligations relèvent du droit public

law. However, in some circumstances the law could impose over and above, or perhaps alongside, these public law powers and duties a private law duty towards individuals enabling them to sue the authority for damages in a civil suit. The difficulty was to determine when such a private law duty could be imposed. The first step, Lord Wilberforce said, is to analyse the powers and duties of the authority to determine whether they require the authority to make "policy" decisions or "operational" decisions. He said at p. 754:

> Most, indeed probably all, statutes relating to public authorities or public bodies, contain in them a large area of policy. The courts call this "discretion" meaning that the decision is one for the authority or body to make, and not for the courts. Many statutes also prescribe or at least presuppose the practical execution of policy decisions: a convenient description of this is to say that in addition to the area of policy or discretion, there is an operational area. Although this distinction between the policy area and the operational area is convenient, and illuminating, it is probably a distinction of degree; many "operational" powers or duties have in them some element of "discretion." It can safely be said that the more "operational" a power or duty may be, the easier it is to superimpose upon it a common law duty of care.

His Lordship then adverted to the fact that frequently policy decisions are affected by budgetary considerations. It is for the local authority to decide what resources it should make available to carry out its role in supervising and controlling the activities of builders. For example, budgetary considerations may dictate how many inspectors should be hired for this purpose, what their qualifications should be, and how often inspections should be made. He approved the statement of du Parcq L.J. in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, at p. 338, that public authorities have to strike a balance between the claims of efficiency and thrift and whether they get the right balance can only be

plutôt que du droit privé. Toutefois, dans certaines circonstances, la loi peut imposer, en plus de ces pouvoirs et obligations de droit public, ou peut-être parallèlement à ceux-ci, une obligation de droit privé envers certaines personnes qui confère à ces personnes le droit d'intenter contre ces autorités une action civile en dommages-intérêts. La difficulté consistait à déterminer quand pareille obligation de droit privé peut imposée. La première étape, d'après lord Wilberforce, consiste à analyser les pouvoirs et obligations des autorités afin de déterminer s'ils exigent que celles-ci prennent des décisions «de politique administrative» ou des décisions «d'exécution». Il affirme, à la p. 754:

> [TRADUCTION] Les lois ayant trait aux autorités ou organismes publics comportent, pour la plupart sinon toutes, une large mesure de politique administrative. Les cours appellent cela «pouvoir discrétionnaire» pour signifier que la décision appartient à ces autorités ou organismes, et non pas aux tribunaux judiciaires. Plusieurs lois prescrivent aussi ou du moins présupposent l'exécution pratique des décisions de politique: une façon utile de décrire ce phénomène consiste à dire qu'en plus du domaine de la politique administrative ou du pouvoir discrétionnaire, il existe un domaine d'exécution. Bien que la distinction entre ce qui relève de la politique et ce qui relève de l'exécution soit utile et nous éclaire, il s'agit probablement d'une distinction de degré; un bon nombre de pouvoirs et d'obligations «d'exécution» comportent certains éléments de «discrétion». On peut affirmer sans contredit que plus un pouvoir ou une obligation relève du domaine de l'exécution, plus il est facile de lui superposer une obligation de diligence qui relève de la *common law*.

Sa Seigneurie mentionne ensuite que les décisions de politique dépendent souvent de considérations budgétaires. Il appartient aux autorités locales de déterminer les ressources qui doivent être consacrées à leur fonction de surveillance et de contrôle des activités des constructeurs. Par exemple, les considérations budgétaires peuvent prescrire le nombre d'inspecteurs qui seront engagés à cette fin, le genre de qualifications requises de leur part et la fréquence des inspections à faire. Il approuve l'énoncé du lord juge du Parcq dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, à la p. 338, qui porte que les autorités publiques doivent atteindre un juste équilibre entre les exigences de l'efficacité et

decided through the ballot box and not in the courts. He then dealt with the argument that where the local authority is under no duty to inspect but merely has a power to inspect, it can avoid liability for negligent inspection by simply deciding not to inspect at all. He pointed out that this overlooks the fact that local authorities are public bodies operating under statute with a clear responsibility for public health in their area. They must, therefore, make their discretionary decisions responsibly and for reasons that accord with the statutory purpose. They must at the very least give due consideration to the question whether they should inspect or not and, having decided to inspect, they must then be under a duty to exercise reasonable care in conducting that inspection.

Lord Wilberforce rejected the notion that a distinction was to be made in this context between statutory duties and statutory powers, the former giving rise to possible liability and the latter not. Such a distinction, he says, overlooks the fact that parallel with public law duties owed by local authorities there may co-exist private law duties to avoid causing damage to other persons in proximity to them. The trilogy of House of Lords cases—*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, and *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004—clearly established that in order to decide whether or not a private law duty of care existed, two questions must be asked:

(1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the local authority and the person who has suffered the damage) 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

celles de l'économie et que, pour déterminer si elles atteignent cet équilibre, il faut avoir recours au scrutin plutôt qu'aux tribunaux. Il aborde ensuite l'argument selon lequel, si les autorités locales ont simplement le pouvoir et non pas le devoir de procéder à une inspection, elles peuvent se soustraire à toute responsabilité pour négligence dans l'inspection en décidant tout bonnement de n'en faire aucune. Il souligne que cet argument ne tient pas compte du fait que les autorités locales sont des organismes publics qui sont régis par une loi et qui sont nettement responsables de la santé publique sur leur territoire. Elles doivent donc prendre leurs décisions discrétionnaires de façon responsable et pour des motifs conformes aux fins de la loi. Elles doivent à tout le moins examiner sérieusement si elles doivent procéder à une inspection et, si elles décident d'y procéder, il leur incombe alors de faire preuve de diligence raisonnable en procédant à cette inspection.

Lord Wilberforce a rejeté l'idée que, dans ce contexte, une distinction doit être faite entre les obligations et les pouvoirs prévus par la loi, les premières pouvant donner lieu à responsabilité mais non les seconds. Une telle distinction, dit-il, ne tient pas compte du fait que parallèlement aux obligations de droit public qui incombent aux autorités locales, il peut y avoir des obligations de droit privé de ne pas causer de dommages aux personnes avec qui elles ont des relations étroites. Les trois arrêts de la Chambre des lords—*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, et *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004—ont clairement établi que pour déterminer s'il existe une obligation de diligence qui relève du droit privé, il faut répondre aux deux questions suivantes:

1) y-a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties (les autorités locales et la personne qui a subi les dommages) 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

and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

These questions, Lord Wilberforce said, must be answered by an examination of the governing legislation.

Lord Wilberforce categorized the various types of legislation as follows:

(1) statutes conferring powers to interfere with the rights of individuals in which case an action in respect of damage caused by the exercise of such powers will generally not lie except in the case where the local authority has done what the legislature authorized but has done it negligently;

(2) statutes conferring powers but leaving the scale on which they are to be exercised to the discretion of the local authority. Here there will be an option to the local authority whether or not to do the thing authorized but, if it elects to do it and does it negligently, then the policy decision having been made, there is a duty at the operational level to use due care in giving effect to it.

Lord Wilberforce found that the defendant in *Anns* was under a private law duty to the plaintiff. It had to exercise a *bona fide* discretion as to whether to inspect the foundations or not and, if it decided to inspect them, to exercise reasonable skill and care in doing so. He concluded that the allegations of negligence were consistent with the Council or its inspector having acted outside any delegated discretion either as to the making of an inspection or as to the manner in which the inspection was made.

Following the path charted by Lord Wilberforce and directing myself to the governing legislation, s. 714 of the *Municipal Act* of British Columbia, R.S.B.C. 1960, c. 255, as amended, now R.S.B.C. 1979, c. 290, provides in part as follows:

catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Lord Wilberforce affirme qu'il faut répondre à ces questions en fonction de la législation applicable.

Lord Wilberforce classe les diverses sortes de lois comme ceci:

[TRADUCTION]

1) les lois qui confèrent le pouvoir de porter atteinte aux droits des personnes; dans ce cas généralement, aucune action ne peut être intentée pour les dommages causés dans l'exercice de ce pouvoir sauf si les autorités locales ont fait ce que la législature leur permettait de faire, mais de façon négligente;

2) les lois qui confèrent des pouvoirs, mais laissent l'étendue de leur exercice à la discrétion des autorités locales. Dans ce cas, les autorités locales ont le choix de faire ou de ne pas faire ce qui leur est permis, mais si elles choisissent de le faire et qu'elles le font de façon négligente, la décision de politique ayant été prise, il existe alors une obligation de faire preuve de diligence raisonnable en la mettant à exécution.

Lord Wilberforce a conclu que le défendeur dans l'affaire *Anns* avait une obligation de droit privé envers le demandeur. Il devait exercer un pouvoir discrétionnaire réel et décider s'il inspecterait les fondations et, s'il décidait de le faire, il devait faire preuve d'une compétence et d'une diligence raisonnables en le faisant. Il a conclu que les allégations de négligence étaient compatibles avec le fait que le conseil ou son inspecteur avaient excédé tout pouvoir discrétionnaire délégué quant à l'exécution d'une inspection ou quant à la manière de l'exécuter.

Conformément à la voie tracée par lord Wilberforce, j'examinerai la législation applicable. Voici un extrait de l'art. 714 de la *Municipal Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1960, chap. 255 et modifications, maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 290:

714. The Council may, for the health, safety, and protection of persons and property, and subject to the *Health Act* and the *Fire Marshal Act* and the regulations made thereunder, by by-law

(*a*) regulate the construction, alteration, repair, or demolition of buildings and structures;

. . .

(*k*) require that, prior to any occupancy of a building or part thereof after construction, wrecking, or alteration of that building or part thereof, or any change in class of occupancy of any building or part thereof, an occupancy permit be obtained from the Council or the proper authorized official, which permit may be withheld until the building or part thereof complies with the health and safety requirements of the by-laws of the municipality or of any Statute.

It would appear from the use of the word "may" in s. 714 that the Council has a discretion under the statute whether to regulate the construction of buildings by by-laws or not. However, in fact Council decided to exercise its regulatory power and passed By-law No. 11-1. The By-law prohibited construction without a building permit, provided for a scheme of inspections at various stages of construction, prohibited occupancy without an occupancy permit and, perhaps most important, imposed on the building inspector the duty to enforce its provisions. It should be noted, however, that the By-law also imposed a duty on the owner of the building or his agent to give notice to the building inspector when the building reached the various stages at which inspection was called for under the By-law.

It seems to me that, applying the principle in *Anns*, it is fair to say that the City of Kamloops had a statutory power to regulate construction by by-law. It did not have to do so. It was in its discretion whether to do so or not. It was, in other words, a "policy" decision. However, not only did it make the policy decision in favour of regulating construction by by-law, it also imposed on the city's building inspector a duty to enforce the provisions of the By-law. This would be Lord

[TRADUCTION] **714.** Le conseil peut, pour la santé, la sécurité et la protection des personnes et des biens, sous réserve de la *Health Act* et de la *Fire Marshal Act* et de leurs règlements d'application, par voie de règlement municipal,

a) réglementer la construction, la modification, la réparation ou la démolition d'édifices et de bâtiments;

. . .

k) exiger, avant l'occupation de la totalité ou d'une partie d'un édifice après sa construction, sa démolition ou sa modification totale ou partielle, ou après un changement de catégorie d'occupation de la totalité ou d'une partie d'un édifice, qu'on obtienne du conseil ou du fonctionnaire dûment autorisé un permis d'occupation qui peut être refusé jusqu'à ce que la totalité ou une partie de l'édifice soit conforme aux exigences des règlements municipaux ou de toute loi, en matière de santé et de sécurité.

Il semble ressortir de l'emploi du mot «peut» à l'art. 714, que le Conseil a, en vertu de la Loi, le pouvoir discrétionnaire de réglementer la construction d'édifices par voie de règlements municipaux. En réalité cependant, le Conseil a décidé d'exercer son pouvoir de réglementation et a adopté le règlement nº 11-1. Ce règlement interdit de construire sans permis de construction, prévoit des inspections à différentes étapes de la construction, interdit l'occupation sans permis à cet effet et, ce qui est peut-être le plus important, impose à l'inspecteur des bâtiments l'obligation d'appliquer ses dispositions. Il faut souligner cependant que ce règlement impose également au propriétaire de l'édifice ou à ses représentants l'obligation d'aviser l'inspecteur des bâtiments lorsque la construction atteint certaines étapes pour lesquelles le règlement prévoit une inspection.

Il me semble qu'en appliquant le principe énoncé dans l'arrêt *Anns*, on peut affirmer à juste titre que la ville de Kamloops avait, en vertu de la loi, le pouvoir de réglementer la construction par voie de règlement municipal. Elle n'était pas tenue de le faire; elle avait le pouvoir discrétionnaire de le faire. En d'autres termes, il s'agissait d'une décision «de politique». Elle a non seulement pris la décision de politique de réglementer la construction par voie de règlement, mais elle a aussi imposé

Wilberforce's "operational" duty. Is the City not then in the position where in discharging its operational duty it must take care not to injure persons such as the plaintiff whose relationship to the City was sufficiently close that the City ought reasonably to have had him in contemplation?

à l'inspecteur municipal des bâtiments le devoir d'appliquer les dispositions de ce règlement. Cela correspondrait à l'obligation «d'exécution» dont parle lord Wilberforce. La ville n'est-elle pas alors dans la situation où elle doit, en s'acquittant de son obligation d'exécution, veiller à ne pas causer de dommages à des personnes comme le demandeur dont les relations avec elle sont suffisamment étroites pour qu'elle ait dû raisonnablement prévoir qu'il pouvait devenir une victime?

3. The Argument on Causation

Counsel for the City puts forward two main propositions which it says should insulate it against liability to the plaintiff. The first is that even if this Court were to adopt the principle in *Anns* and find that the City owed the plaintiff a private law duty of care, the plaintiff's damage was not caused by any fault of the City. The plaintiff's damage, it submits, was caused solely by the wilful disregard by the Hughes of the building by-law and the structural safety requirements imposed on them by the building inspector and their deceit in concealing their knowledge of the structural defects from the plaintiff when he bought the house. Reliance was placed on the House of Lords' decision in *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74. Alternatively, the City argued, the plaintiff's damage was caused or contributed to by the plaintiff's own negligence in failing to make a proper inspection at the time of purchase. Counsel for the City submits that surely a careful examination of the foundations of a house built on a hillside would be a primary consideration in the mind of any competent contractor retained by a prospective purchaser to opine on the structural integrity of the house.

3. L'argumentation sur le lien de causalité

L'avocat de la ville soumet deux moyens principaux qui, selon lui, devraient la soustraire à toute responsabilité envers le demandeur. Le premier moyen veut que même si la Cour adopte le principe énoncé dans l'arrêt *Anns* et conclut que la ville avait envers le demandeur une obligation de diligence relevant du droit privé, les dommages que celui-ci a subis n'ont pas été causés par la faute de la ville. Ces dommages, soutient-il, ont été causés uniquement par l'omission volontaire des Hughes de se conformer au règlement de construction et aux exigences en matière de sécurité de structure que l'inspecteur des bâtiments leur a imposées et par le dol qu'ils ont commis en cachant au demandeur ce qu'ils savaient des vices de structure quand celui-ci a acheté la maison. Il a invoqué l'arrêt de la Chambre des lords *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74. Subsidiairement, la ville soutient que les dommages du demandeur sont dus en totalité ou en partie à la négligence dont il a fait preuve en ne faisant pas une inspection appropriée au moment de l'achat de la propriété. L'avocat de la ville soutient qu'un examen minutieux des fondations d'une maison bâtie sur le flanc d'une colline constituerait sûrement la préoccupation première d'un entrepreneur compétent engagé par un acheteur éventuel pour donner son avis sur la solidité de la maison.

It seems to me that the learned trial judge was right in the way he dealt with the liability of the Hughes. He agreed that they played a major role in causing the plaintiff's damage and imposed a 75 per cent liability on them. He did not deal in his brief reasons for judgment with the defence of contributory negligence on the part of the plaintiff put forward by the City but it is implicit in the

Le savant juge de première instance me semble avoir tiré la bonne conclusion quant à la responsabilité des Hughes. Il a reconnu qu'ils y ont été pour beaucoup dans les dommages subis par le demandeur et leur a attribué 75 p. 100 de la responsabilité. Il n'a pas parlé, dans ses brefs motifs de jugement, de la faute du demandeur invoquée comme moyen de défense par la ville, mais il est

result he reached that he found none. The Court of Appeal in dealing with this issue said there was no evidence to show that, at the time the plaintiff had his contractor check out the house, the subsidence of the foundations had taken place or would have been apparent even if his contractor had entered the four-foot crawl space. It seems to me that this may not be completely accurate. There was some evidence that efforts had been made to shore up the foundations prior to the plaintiff's acquisition of the house. I prefer therefore to adopt the inference to be drawn from the trial judge's finding of no contributory negligence that the plaintiff had no obligation in the circumstances to crawl under the house to inspect the foundations.

implicite, d'après l'issue de son jugement, qu'il a conclu à son inexistence. Sur ce point, la Cour d'appel a affirmé qu'il n'y avait aucune preuve que, au moment où le demandeur a fait vérifier la maison par l'entrepreneur, l'affaissement des fondations était déjà survenu ou qu'il aurait été visible si l'entrepreneur avait pénétré dans le vide sanitaire de quatre pieds de hauteur. Cela ne me semble pas tout à fait exact. Il y avait des signes que l'on avait tenté d'étançonner les fondations avant l'acquisition de la maison par le demandeur. Je préfère donc adopter la déduction qui doit être faite de la conclusion du juge de première instance qu'il n'y a pas eu de faute de la part du demandeur, que ce dernier n'était pas tenu, dans les circonstances, de se glisser sous la maison pour en inspecter les fondations.

I do not think the House of Lords' decision in *East Suffolk* helps the City on the causation issue. In that case the Catchment Board exercised its statutory power to repair a breach in a retaining wall when the river broke through it as a result of a flood. But the Board carried out its work so inefficiently that the flooding continued over an extensive period of time and did serious damage to the plaintiff's pasture land. The evidence disclosed that the breach could with reasonable skill have been repaired in fourteen days. The trial judge found for the plaintiff. If the defendant Board had done nothing, he concluded, it would have been free of liability. But having injected itself into the action it owed a duty to the plaintiff to use reasonable care. The Court of Appeal agreed with the trial judge that the defendant, having elected to exercise its powers, came under a duty to exercise them with a reasonable degree of skill and care. The House of Lords, however, (Lord Atkin dissenting) reversed the Court of Appeal, holding that the defendant Board was under no obligation to repair the wall or to complete the work after having started it. Viscount Simon and Lord Thankerton both found that the plaintiff's damage was caused by the flooding and not by the abortive efforts of the defendant to repair the gap in the

Je ne crois pas que l'arrêt de la Chambre des lords *East Suffolk* soit utile à la ville sur la question du lien de causalité. Dans cette affaire, la commission de captage des eaux avait exercé le pouvoir qu'elle possédait en vertu de la loi de réparer une brèche que la rivière avait ouverte dans un mur de retenue par suite d'une inondation. La Commission a toutefois exécuté ses travaux de façon si inefficace que l'inondation a duré très longtemps et causé des dommages importants aux pâturages appartenant au demandeur. La preuve a démontré que, s'il y avait eu compétence raisonnable, la brèche aurait pu être réparée en quatorze jours. Le juge de première instance a donné raison au demandeur. Si la Commission défenderesse n'avait rien fait, dit-il, elle n'aurait encouru aucune responsabilité. Mais puisqu'elle était intervenue elle-même, elle était tenue envers le demandeur de faire preuve de diligence raisonnable. La Cour d'appel a partagé l'avis du juge de première instance selon lequel, après avoir choisi d'exercer ses pouvoirs, la défenderesse était tenue de les exercer avec une mesure raisonnable de compétence et de diligence. Toutefois, la Chambre des lords (lord Atkins étant dissident) a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel et statué que la Commission défenderesse n'était pas tenue de réparer le mur ou de terminer les travaux après les avoir commencés. Le vicomte Simon et lord Thankerton ont tous deux conclu que les dommages subis par le demandeur avaient été causés par l'inondation et non par

wall. There was no evidence that any additional damage was caused as a result of its intervention.

Lord Wilberforce was not content to characterize *East Suffolk* simply as a case on causation. He thought rather that it revealed that in 1940 the concept of a general duty of care resting on public officials was not yet fully recognised and, indeed, that that recognition did not come until 1970 with the decision in *Home Office v. Dorset Yacht Co., supra.*

In my view, the *East Suffolk* case is clearly distinguishable from the present case. This is not the case of a power which the City decided to exercise but exercised in a negligent manner. This is the case of a duty owed by the City to the plaintiff, a person who met Lord Wilberforce's test of proximity in *Anns*. The City's responsibility as set out in the By-law was to vet the work of the builder and protect the plaintiff against the consequences of any negligence in the performance of it. In those circumstances it cannot, in my view, be argued that the City's breach of duty was not causative. The builder's negligence, it is true, was primary. He laid the defective foundations. But the City, whose duty it was to see that they were remedied, permitted the building to be constructed on top of them. The City's negligence in this case was its breach of duty in failing to protect the plaintiff against the builder's negligence.

In *Anns* Lord Wilberforce suggests that if *East Suffolk* were being decided today the Catchment Board, although free of liability if it decided to take no steps to stem the flood, might attract a liability if it decided to exercise its power and take steps but exercised its power negligently. It seems to me that this would follow from a finding that the Board had made a policy decision to exercise its power and acted negligently in carrying its policy decision into operation. A liability might then be incurred not only with respect to any fresh damage caused by its negligent intervention but

la tentative infructueuse de la défenderesse de réparer la brèche dans le mur. Il n'y avait aucune preuve que l'intervention de la défenderesse avait été la cause de dommages supplémentaires.

Lord Wilberforce n'a pas jugé suffisant de considérer l'arrêt *East Suffolk* uniquement comme un arrêt sur le lien de causalité. Il a plutôt estimé que l'arrêt révèle qu'en 1940 le concept d'obligation générale de diligence imposée aux fonctionnaires publics n'était pas encore complètement accepté et qu'en réalité cette acceptation n'est survenue qu'en 1970 avec l'arrêt *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, précité.

À mon avis, l'arrêt *East Suffolk* se distingue nettement de l'espèce. Il ne s'agit pas d'un pouvoir que la ville a décidé d'exercer, mais qu'elle a exercée de façon négligente. Il s'agit d'un cas d'obligation à laquelle la ville est tenue envers le demandeur, qui satisfait au critère du lien entre les parties énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*. La responsabilité de la ville énoncée dans le règlement consistait à examiner soigneusement les travaux du constructeur et à protéger le demandeur contre les conséquences de toute négligence dans leur exécution. Dans ces circonstances, on ne peut à mon avis prétendre que le manquement de la ville à son obligation ne constitue pas une cause. La négligence du constructeur est vraiment fondamentale. Il a construit les fondations inadéquates. Mais la ville, dont l'obligation consistait à veiller à ce qu'on y remédie, a autorisé la construction de l'édifice sur ces fondations. La négligence de la ville dans ce cas a été de manquer à son obligation de protéger le demandeur contre la négligence du constructeur.

Dans l'arrêt *Anns*, lord Wilberforce laisse entendre que si l'arrêt *East Suffolk* était rendu aujourd'hui, la Commission, bien que dégagée de toute responsabilité si elle avait décidé de ne rien faire pour enrayer l'inondation, pourrait encourir une responsabilité si elle avait décidé d'exercer son pouvoir de prendre des mesures, mais l'avait exercé de manière négligente. Il me semble que cela découle de la conclusion selon laquelle la Commission a pris la décision d'exercer son pouvoir et a fait preuve de négligence dans l'exécution de cette décision. Elle pourrait être tenue responsa-

also with respect to damage the flood would have caused regardless of its intervention provided that damage could and ought to have been mitigated by a non-negligent intervention.

I believe that if the courts below had found in this case that the City owed no private law duty of care to the plaintiff, they would have held the Hughes one hundred per cent liable. Their apportionment of liability therefore must stand or fall on the existence of such a duty.

4. Non-feasance and Misfeasance

The second proposition put forward on behalf of the City goes directly to the central issue in the case, namely what, if any, duty was owned by the City to the plaintiff. Counsel submits that even if this Court were to adopt the principle in *Anns*, it should not be applied in this case because at most the City was guilty of non-feasance rather than misfeasance. He submits that this distinction between non-feasance and misfeasance is well established in Canadian law and that non-feasance does not give rise to a liability in negligence. Accordingly, he submits, the principle in *Anns*, if adopted, should be confined in Canada to misfeasance cases. It is necessary to consider this submission in some detail.

A good starting point is the case most strongly relied upon by counsel, namely *McCrea v. White Rock (City of)* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525. The circumstances giving rise to that litigation are not dissimilar to those arising here. An owner of a building sued the municipality for negligent inspection of the structure after it collapsed. Alterations had been made to the building to substitute a beam supported by two columns for a bearing wall. Three inspections were made at the call of the contractor, one at the time of the pouring of the cement floor, another in relation to a laminated fire wall and the third in connection with the

ble non seulement des dommages causés par son intervention fautive, mais aussi des dommages que l'inondation aurait causés, indépendamment de son intervention, si les dommages avaient pu être atténués par une intervention exempte de faute.

Je crois que si les cours d'instance inférieure avaient, en l'espèce, jugé que la ville n'avait envers le demandeur aucune obligation de diligence qui relève du droit privé, elles auraient tenu les Hughes entièrement responsables. Leur partage de la responsabilité doit donc être confirmé ou infirmé selon qu'une telle obligation existe.

4. Inaction et mauvaise exécution

Le deuxième moyen soumis par la ville vise directement la question principale en l'espèce, savoir quelle obligation, s'il en est une, la ville a-t-elle envers le demandeur? L'avocat soutient que même si cette Cour devait adopter le principe énoncé dans l'arrêt *Anns*, celui-ci ne doit pas être appliqué en l'espèce parce que la ville s'est tout au plus rendue coupable d'inaction plutôt que de mauvaise exécution. Il soutient que cette distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution est bien établie en droit canadien et que l'inaction ne donne pas lieu à responsabilité pour négligence. En conséquence, soutient-il, si le principe énoncé dans l'arrêt *Anns* est adopté, il ne doit être appliqué au Canada qu'aux affaires où il est question de mauvaise exécution. Il y a lieu d'analyser cet argument en détail.

L'arrêt *McCrea v. White Rock (City of)* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525, sur lequel l'avocat s'est très fortement appuyé, constitue un bon point de départ pour cette analyse. Les circonstances à l'origine de cette affaire ressemblent à celles de l'espèce. Le propriétaire d'un édifice a intenté contre la municipalité des poursuites pour négligence dans l'inspection de la structure de la bâtisse après que celle-ci se fut effondrée. Des modifications avaient été apportées à l'édifice afin de remplacer un mur porteur par une poutre appuyée sur deux colonnes. Trois inspections ont été faites à la demande de l'entrepreneur, une au moment du coulage du plancher de béton, une autre relativement à un mur coupe-feu laminé et la troisième à l'égard de la réparation du plancher. Le juge

floor repair. Maclean J.A. summarizes the crucial facts, at pp. 528-29, as follows:

There was evidence that the practice in White Rock was for the contractor to call for inspections on behalf of the owner. No further calls for inspections were made and the inspector did not inspect the beam. In fact, the contractor did not follow the plan which he had submitted in support of the application for the building permit. However, the inspector had no reason to believe that an inspection other than one called for by the owner or his agent was required.

Mr. Justice Berger found that the City had been negligent, applying the reasoning in *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, [1972] 1 All E.R. 462, [1972] 1 Q.B. 373, *sub nom. Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*. The Court of Appeal of British Columbia reversed the decision of the trial judge. Maclean J.A. distinguished the *Dutton* case on the basis of the distinction between non-feasance and misfeasance. Quoting from his judgment at pp. 529-30:

In my view, if it could be said that the building inspector was at fault at all, his fault was one of non-feasance at the worst, rather than misfeasance. The respondents relied on the case of *Dutton v. Bognor Regis United Building Co. Ltd. et al.*, [1972] 1 All E.R. 462, [1972] 1 Q.B. 373 *sub nom. Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*. In that case the builder erected the building on a rubbish tip, and upon discovering the nature of the ground, he enlarged the foundations and made other provisions in an attempt to ensure the safety of the building. These attempts were futile, however, and the building became an almost total loss because of settling of the foundations. The building inspector had passed the foundations following an inadequate inspection. There is no doubt that his inspection was inadequate and careless in the extreme. The negligent inspection by the building inspector was clearly an act of misfeasance as Lord Denning, M.R., said at p. 475 of the report of the *Dutton* case:

It was his job to examine the foundations to see if they would take the load of the house. He failed to do it properly. In the third place, the council should answer for his failure. They were entrusted by Parliament with the task of seeing that houses were properly

Maclean de la Cour d'appel résume ainsi les faits essentiels, aux pp. 528 et 529:

[TRADUCTION] Il a été démontré qu'à White Rock il était d'usage que l'entrepreneur demande les inspections au nom du propriétaire. Il n'y a eu aucune autre demande d'inspection et l'inspecteur n'a pas procédé à celle de la poutre. En réalité, l'entrepreneur n'a pas suivi le plan qu'il avait soumis à l'appui de sa demande de permis de construction. Cependant, l'inspecteur n'avait aucun motif de croire qu'une autre inspection que celles demandées par le propriétaire ou son représentant était nécessaire.

Le juge Berger a conclu que la ville avait fait preuve de négligence et il a appliqué le raisonnement de l'arrêt *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, [1972] 1 All E.R. 462, [1972] 1 Q.B. 373, cité sous le nom de *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du juge de première instance. Le juge Maclean a distingué l'arrêt *Dutton* en fonction de la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution. L'extrait suivant est tiré des pages 529 et 530 de ses motifs:

[TRADUCTION] À mon avis, si l'on peut dire que l'inspecteur des bâtiments a commis une faute quelconque, sa faute en est une d'inaction tout au plus et non de mauvaise exécution. Les intimés ont invoqué l'arrêt *Dutton v. Bognor Regis United Building Co. Ltd. et al.*, [1972] 1 All E.R. 462, [1972] 1 Q.B. 373, cité sous le nom de *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*. Dans cette affaire, le constructeur a bâti l'édifice sur un tas de décombres et, après s'être rendu compte de la nature du terrain, il a agrandi les fondations et pris d'autres mesures afin d'assurer la sécurité de l'édifice. Toutefois ses efforts se sont révélés vains et l'édifice a été presque complètement détruit à cause de l'affaissement des fondations. L'inspecteur des bâtiments avait approuvé les fondations à la suite d'une inspection insuffisante. Il n'y a pas de doute que son inspection était insuffisante et qu'elle avait été faite avec la plus grande insouciance. L'inspection fautive auquelle l'inspecteur des bâtiments a procédé constituait nettement une mauvaise exécution comme l'affirme lord Denning, maître des rôles, dans l'arrêt *Dutton*, à la page 475 du recueil:

Son travail consistait à examiner les fondations pour vérifier si elles pourraient supporter la maison. Il ne l'a pas fait correctement. En troisième lieu, le conseil doit répondre de son omission. Il a reçu du Parlement l'obligation de veiller à ce que les maisons soient bien

built. They received public funds for the purpose. Yet, they failed to protect them. *Their shoulders are broad enough to bear the loss.*

(Emphasis added.)

It should be noted that the building inspector was also held liable for the loss, but, as previously noted, the *Dutton* case was clearly a case of misfeasance on the part of the servant, the building inspector. Liability was imposed upon him by the law of England, but in my view, the same result does not necessarily follow here. In any event, the *Dutton* case is distinguishable because that was a case of misfeasance whereas in my view this is a case of non-feasance if it is anything. [My emphasis.]

Robertson J.A. agreed with Maclean J.A. that the *Dutton* case was distinguishable on this basis. In the course of his reasons for judgment he made reference to the judgment of Schroeder J.A. in *Schacht v. The Queen in right of the Province of Ontario,* [1973] 1 O.R. 221, in which certain police officers failed to warn the plaintiff of an excavation on the highway and as a result he suffered personal injuries. Action was brought against the Crown. After reviewing a number of cases and statutory provisions Mr. Justice Schroeder, delivering the judgment of the Court, said at p. 231:

Looked upon superficially the passivity of these two officers in the face of the manifest dangers inherent in the inadequately guarded depression across the highway may appear to be nothing more than non-feasance, but in the case of public servants subject not to a mere social obligation, but to what I feel bound to regard as a legal obligation, it was non-feasance amounting to misfeasance. [My emphasis.]

Seaton J.A. commented on *Schacht* at pp. 548-49 as follows:

In *Schacht* there is reference to non-feasance amounting to misfeasance. I do not understand that statement. In *Dutton* Sachs, L.J., dealt with the borderline between non-feasance and misfeasance so as to much reduce the area termed non-feasance. The judgment under appeal adopts that reasoning and carries it further. I think that the result is not consistent with the decisions in England (for example, *East Suffolk, supra),* this jurisdiction (for example, *Stevens & Willson v. Chatham, supra, Main-*

construites. Il a reçu des deniers publics à cette fin. Mais il n'a pas protégé le public. *Il a suffisamment bon dos pour assumer la perte.*

(Les italiques sont de moi.)

Il faut que noter l'inspecteur des bâtiments a aussi été tenu responsable de la perte mais, je l'ai déjà dit, l'affaire *Dutton* était manifestement un cas de mauvaise exécution de la part d'un préposé, l'inspecteur des bâtiments. Il a été tenu responsable en vertu du droit anglais, mais à mon avis on n'en arrive pas nécessairement au même résultat en l'espèce. De toute façon, l'affaire *Dutton* est différente parce qu'il s'agit d'un cas de mauvaise exécution alors que, à mon avis, il s'agit tout au plus en l'espèce d'un cas d'inaction. [C'est moi qui souligne.]

Le juge Robertson a partagé l'avis du juge Maclean portant que l'arrêt *Dutton* est différent pour ce motif. Dans ses motifs de jugement, il parle de l'arrêt du juge Schroeder dans l'affaire *Schacht v. The Queen in right of the Province of Ontario*, [1973] 1 O.R. 221, où des agents de police n'avaient pas averti le demandeur de l'existence d'une excavation sur la route, d'où les blessures qu'il avait subies. Des poursuites ont été intentées contre Sa Majesté. Après avoir étudié un certain nombre de décisions et de dispositions législatives, le juge Schroeder, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, affirme à la p. 231:

[TRADUCTION] Considérée de façon superficielle, la passivité de ces deux agents de police en présence des dangers évidents que présentait en soi une dénivellation mal signalée en travers de la route peut paraître ne constituer rien de plus qu'une inaction, mais, dans le cas de fonctionnaires assujettis non pas à une simple obligation sociale, mais à ce que je me dois de considérer comme une obligation légale, il s'agissait d'une inaction équivalant à une mauvaise exécution. [C'est moi qui souligne.]

Le juge Seaton commente l'arrêt *Schacht* aux pp. 548 et 549 de la façon suivante:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Schacht*, on parle d'inaction équivalant à une mauvaise exécution. Je ne comprends pas cela. Dans l'arrêt *Dutton*, le lord juge Sachs traite de la démarcation entre l'inaction et la mauvaise exécution de manière à réduire considérablement le domaine dit de l'inaction. Le jugement dont il est fait appel suit ce raisonnement et va encore plus loin. Je crois que ce résultat n'est pas compatible avec la jurisprudence anglaise (par exemple, *East Suffolk*, précité),

waring v. Nanaimo, [1951] 4 D.L.R. 519, 3 W.W.R. (N.S.) 258, and *Miller & Brown Ltd. v. City of Vancouver* (1966), 59 D.L.R. (2d) 640, 58 W.W.R. 191), or elsewhere (for example, *Gorringe v. Transport Com'n (Tas.)* (1950), 80 C.L.R. 357, and *Oamaru Borough v. McLeod,* [1967] N.Z.L.R. 940). I think that this case must turn upon the presence or absence of a duty to inspect. If a duty is discovered the non-feasance/misfeasance dichotomy is not necessary. [My emphasis.]

Mr. Justice Seaton concluded that there was no duty on the appellant in the *McCrea* case to inspect and that was sufficient to dispose of the appeal. He was able to reach this conclusion because there was no obligation on the inspector to inspect until the owner had given notice and no notice had been given in respect of the beam.

The *McCrea* case, of course, predates *Anns.* Counsel relies also therefore on a number of Canadian decisions since *Anns* including a decision of this Court. In *Barratt v. North Vancouver (Corporation of),* [1980] 2 S.C.R. 418, a plaintiff was thrown from his bicycle and injured when he rode into a deep pothole in the road surface. The evidence indicated that the municipality had a once every two weeks inspection system, that the road was properly inspected one week before the accident and that the pothole developed between the time of that inspection and the date of the accident. It was held that the plaintiff could not recover in negligence from the municipality on the ground that it should have provided for more frequent inspections. It should be noted that s. 513(2) of the British Columbia *Municipal Act* gave the municipality authority to lay out, construct, maintain and improve highways but it imposed no duty on the municipality to maintain its highways. Mr. Justice Martland said at p. 428:

In my opinion, no such duty existed. The Municipality, a public authority, exercised its power to maintain Marine Drive. It was under no statutory duty to do so. Its method of exercising its power was a matter of policy to be determined by the Municipality itself. If, in the implementation of its policy its servants acted negligently, causing damage, liability could arise, but the Municicelle d'ici (par exemple, *Stevens & Willson v. Chatham,* précité, *Mainwaring v. Nanaimo,* [1951] 4 D.L.R. 519, 3 W.W.R. (N.S.) 258 et *Miller & Brown Ltd. v. City of Vancouver* (1966), 59 D.L.R. (2d) 640, 58 W.W.R. 191), ou celle d'autres pays (par exemple, *Gorringe v. Transport Com'n (Tas.)* (1950), 80 C.L.R. 357 et *Oamaru Borough v. McLeod,* [1967] N.Z.L.R. 940). Je crois qu'en l'espèce l'issue doit dépendre de la présence ou de l'absence d'une obligation de faire une inspection. Si l'obligation existe, la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution n'est pas nécessaire. [C'est moi qui souligne.]

Le juge Seaton a conclu que l'appelante dans l'affaire *McCrea* n'était pas tenue de procéder à une inspection et que cela suffisait pour trancher l'appel. Il a pu arriver à cette conclusion parce que l'inspecteur n'était pas tenu de procéder à l'inspection avant que le propriétaire ne l'avise et aucun avis n'avait été donné à l'égard de la poutre.

Naturellement, l'arrêt *McCrea* a précédé l'arrêt *Anns.* L'avocat invoque donc également plusieurs décisions rendues depuis l'arrêt *Anns,* notamment un arrêt de cette Cour. Dans l'affaire *Barratt c. North Vancouver (Corporation of),* [1980] 2 R.C.S. 418, le demandeur était tombé de sa bicyclette et s'était blessé en roulant dans un nid-de-poule profond sur la chaussée. La preuve a démontré que la municipalité avait un système d'inspection aux deux semaines, que la rue avait été bien inspectée une semaine avant l'accident et que le nid-de-poule s'était formé entre le moment de cette inspection et le moment de l'accident. On a conclu que le demandeur n'avait pas de recours pour négligence contre la municipalité pour le motif que celle-ci aurait dû procéder à des inspections plus fréquentes. Il faut souligner que le paragraphe 513(2) de la *Municipal Act* de la Colombie-Britannique accorde à la municipalité le pouvoir de tracer, de construire, d'entretenir et d'améliorer des rues, mais elle n'impose à la municipalité aucune obligation d'entretenir ses rues. Le juge Martland affirme, à la p. 428:

À mon avis, il n'existe pas d'obligation semblable. La Municipalité, un corps public, a exercé son pouvoir d'entretenir Marine Drive. La Loi ne l'obligeait pas à le faire. La méthode qu'elle a choisie pour exercer ce pouvoir est une question de politique qu'il lui appartenait de déterminer. Si, dans l'application de sa politique, ses employés avaient agi de façon négligente, causant

pality cannot be held to be negligent because it formulated one policy of operation rather than another.

The position of the Municipality is well stated in the judgment of du Parcq L.J. in the Court of Appeal in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, at p. 338:

> The law would perhaps be more satisfactory, or at any rate seem more satisfactory in some hard cases, if a body which chose to exercise its powers were regarded as being in exactly the same position as one upon which an Act of Parliament imposed a duty. On the other hand, it must be remembered that when Parliament has left it to a public authority to decide which of its powers it shall exercise, and when and to what extent it shall exercise them, there would be some inconvenience in submitting to the subsequent decision of a jury, or judge of fact, the question whether the authority had acted reasonably, a question involving the consideration of matters of policy and sometimes the striking of a just balance between the rival claims of efficiency and thrift.

Mr. Justice Martland then stated his conclusion as follows, at p. 428:

> My conclusion is that the trial judge sought to impose upon the Municipality too heavy a duty, that the determination of the method by which the Municipality decided to exercise its power to maintain the highway, including its inspection system, was a matter of policy or planning, and that, absent negligence in the actual operational performance of that plan, the appellant's claim fails.

Two things are of interest about Mr. Justice Martland's reasons for judgment in *Barratt*. The first is that he makes no reference to any distinction between non-feasance and misfeasance although presumably, if the distinction was significant, this would be categorized as a non-feasance case. The second is that it seems to be central to his judgment that no duty was imposed upon the municipality. It was in the discretion of the municipality whether or to what extent it exercised its maintenance power. The courts could not therefore interfere in the absence of negligence in the implementation of the policy it adopted with respect to inspection. This, it appears to me, is the ratio of the decision in *Barratt*.

des dommages, sa responsabilité aurait pu être engagée, mais on ne peut juger que la Municipalité a été négligente parce qu'elle a élaboré une politique d'entretien plutôt qu'une autre.

La situation dans laquelle se trouve la Municipalité est bien expliquée par le lord juge du Parcq de la Cour d'appel dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, à la p. 338:

> [TRADUCTION] Juridiquement, il serait peut-être plus satisfaisant ou, tout au moins, il semblerait plus satisfaisant dans certains cas difficiles, que l'on considère qu'un organisme qui a choisi d'exercer ses pouvoirs soit exactement dans la même situation que celui auquel une loi du Parlement impose une obligation. Par ailleurs, il faut se souvenir que lorsque le Parlement permet à un corps public de décider quel pouvoir il doit exercer, quand et comment il doit le faire, il serait déplacé de soumettre ensuite à un jury ou à un juge des faits la question de savoir si le corps en question a agi de façon raisonnable, question qui exige de tenir compte des politiques et parfois de l'équilibre des besoins opposés d'efficacité et d'économie.

Le juge Martland formule alors sa conclusion comme ceci à la p. 428:

> Ma conclusion est que le juge de première instance a cherché à imposer un fardeau trop lourd à la Municipalité, que la détermination de la méthode par laquelle la Municipalité a décidé d'exercer son pouvoir d'entretenir la rue, y compris son système d'inspection, était une question de politique ou de planification et qu'en l'absence de négligence dans l'application même de ce plan, la réclamation de l'appelant doit échouer.

Il y a deux choses à noter au sujet des motifs de jugement du juge Martland dans l'arrêt *Barratt*. La première est que le juge ne mentionne aucune distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution bien que, si la distinction était importante, il s'agirait probablement d'un cas d'inaction. La deuxième, qui paraît capitale pour sa décision, est qu'aucune obligation n'a été imposée à la municipalité. Il relevait du pouvoir discrétionnaire de la municipalité d'exercer ou de ne pas exercer son pouvoir d'entretenir la rue, ou de décider dans quelle mesure l'exercer. Les tribunaux ne pouvaient donc pas intervenir en l'absence de négligence dans la mise en oeuvre de la politique qu'elle avait adoptée en matière d'inspection. Cela me paraît être le principe de l'arrêt *Barratt*.

This Court did, however, indicate some support for the non-feasance/misfeasance distinction in its earlier decision in *Stevens and Willson v. Chatham (City of)*, [1934] S.C.R. 353. Indeed, that case may be viewed as the primary source of the distinction. The facts in brief were that the plaintiff's building burned while firemen stood by helplessly because they did not know how to turn off the electricity which was the source of the fire. The firemen telephoned the Public Utilities Commission to get them to turn off the electricity but by the time this was done the fire was out of control and the building could not be saved. Duff C.J. and Smith J. agreed with the trial judge and the majority of the Ontario Court of Appeal that the firemen were not in these circumstances negligent. Rinfret J. concurred but added at p. 363:

> The City is not legally responsible in damages, in this case, for mere inactivity on the part of its firemen.

Crocket J. dissented, expressing no opinion on whether the firemen were negligent in their "non-feasance or misfeasance" in waiting for the Commission to shut off the power. He found that the Commission had been negligent in being slow to shut off the power. Only Lamont J. based his judgment primarily on the ground that the City was not liable "for mere inactivity on the part of its servants" (p. 364). The "mere inactivity" approach would appear to have formed the basis of the non-feasance/misfeasance distinction adopted and applied in cases such as *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740, *Neabel v. Ingersol (Town of)* (1967), 63 D.L.R. (2d) 484, and *McCrea v. White Rock (City of)*, *supra*.

5. The Nature of the Alleged Breach

Two important questions that must be answered in the present case are: (1) What was it that the building inspector failed to do in this case that is alleged to have contributed to the plaintiff's damage? and (2) Was he under a duty to do that thing? If the building inspector was under a duty

Cette Cour a cependant déjà manifesté un certain appui pour la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution dans l'arrêt antérieur *Stevens and Willson c. Chatham (City of)*, [1934] R.C.S. 353. En réalité, cet arrêt peut être considéré comme étant à l'origine de la distinction. En résumé, les faits étaient les suivants: l'édifice du demandeur a brûlé en présence des pompiers qui ne pouvaient rien faire parce qu'ils ne savaient pas comment couper l'électricité qui était à l'origine de l'incendie. Les pompiers ont téléphoné à la Public Utilities Commission pour lui demander de couper l'électricité, mais au moment où on l'a fait l'incendie n'était plus maîtrisable et il a été impossible de sauver l'édifice. Le juge en chef Duff et le juge Smith ont partagé l'avis du juge de première instance et de la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario portant que, dans les circonstances de l'espèce, les pompiers n'avaient pas fait preuve de négligence. Le juge Rinfret a souscrit à leur opinion mais a ajouté, à la p. 363:

> [TRADUCTION] En l'espèce, la ville n'est pas, en droit, responsable des dommages à cause de la simple passivité de ses pompiers.

Le juge Crocket, dissident, n'a pas exprimé d'avis sur la question de savoir si les pompiers ont fait preuve de négligence du fait de leur «inaction ou mauvaise exécution» en attendant que la Commission coupe le courant. Il a conclu que la Commission avait fait preuve de négligence par sa lenteur à couper le courant. Seul le juge Lamont a fondé sa décision surtout sur le motif que la ville n'était pas responsable «à cause de la simple passivité de ses préposés» (p. 364). Le concept de «simple passivité» semble avoir été à l'origine de la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution adoptée et appliquée notamment dans les arrêts *Wing v. Moncton*, [1940] 2 D.L.R. 740, *Neabel v. Ingersol (Town of)* (1967), 63 D.L.R. (2d) 484 et *McCrea v. White Rock (City of)*, précité.

5. Nature du manquement allégué

En l'espèce, il faut répondre à deux questions importantes: (1) Qu'est-ce que l'inspecteur des bâtiments a omis de faire en l'espèce, qui aurait contribué aux dommages subis par le demandeur? et (2) Était-il obligé de le faire? Si l'inspecteur des bâtiments était tenu de faire ce qu'il a omis de

to do the thing he failed to do, then it seems to me that Seaton J.A. was right in *McCrea* when he stated that the non-feasance/misfeasance dichotomy becomes irrelevant. He is in breach of a duty and, if his breach caused the plaintiff's damage, liability must ensue. If, however, he is under no duty to do the thing he failed to do, there can be no liability. Again, the non-feasance/misfeasance dichotomy is irrelevant.

Lambert J.A., speaking for the Court of Appeal, [(1981), 31 B.C.L.R. 311], found that the building inspector was under a public law duty to prevent the continuation of the construction of the building on structurally unsound foundations once he became aware that the foundations were structurally unsound. He was also under a public law duty to prevent the occupancy of the building by the Hughes or the plaintiff. He failed to discharge either of those public law duties. Lambert J.A. then went on to discuss the nature of the private law duty he was under. He said at p. 319:

I turn now to the private law duty. The conduct of the building inspector in response to the public law duties involved decisions on alternative courses of conduct which were, in my opinion, operational in character. The building was a danger to the occupant of the house and to adjoining property owners. It may have been a danger to anyone in the house. Policy decisions could have confronted the city as to whether to prosecute or to seek an injunction. There may have been other policy choices. But a decision not to act at all, or a failure to decide to act, cannot be supported by any reasonable policy choice. That decision or failure was not "within the limits of a discretion bona fide exercised", using again the words of Lord Wilberforce. It was certainly open to the trial judge to reach that conclusion. Indeed, having regard to the evidence of Mr. Backmeyer, it was open to the trial judge to conclude that the decision not to act or the failure to decide to act, was influenced by the pressure exerted by Mr. Hughes Sr. in his capacity as alderman.

I would follow the reasons of Lord Wilberforce in *Anns* in concluding that a private law duty was owed to Mr. Nielsen as the owner and occupier of the house at the time when the defective foundations first became

faire, il me semble que le juge d'appel Seaton avait raison d'affirmer dans l'arrêt *McCrea* que la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution devient sans importance. Il a manqué à une obligation et si son manquement est à l'origine des dommages subis par le demandeur, il doit y avoir responsabilité. Si toutefois il n'était pas tenu de faire ce qu'il a omis de faire, il ne peut y avoir de responsabilité. Je le répète, la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution est sans importance.

Le juge Lambert, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel [(1981), 31 B.C.L.R. 311] a conclu que l'inspecteur des bâtiments avait une obligation de droit public d'arrêter la construction de l'édifice sur des fondations inadéquates après avoir constaté que les fondations étaient inadéquates. Il avait aussi une obligation de droit public d'empêcher les Hughes ou le demandeur d'occuper l'édifice. Il n'a rempli ni l'une ni l'autre de ces obligations de droit public. Le juge Lambert a ensuite abordé la nature de l'obligation de droit privé qui lui incombait. Il a affirmé à la p. 319:

[TRADUCTION] Je traiterai maintenant de l'obligation de droit privé. La conduite de l'inspecteur des bâtiments face aux obligations de droit public comportait des décisions sur des mesures possibles qui relevaient, à mon avis, de l'aspect exécution. L'édifice constituait un danger pour ses occupants et pour les propriétaires des immeubles avoisinants. Il peut avoir constitué un danger pour quiconque s'y trouvait. La ville aurait pu avoir à prendre la décision de poursuivre ou de demander une injonction. Il y avait peut-être d'autres possibilités qui s'offraient. Mais la décision de ne rien faire du tout ou l'omission de décider d'agir ne pouvait nullement s'appuyer sur un choix de politique raisonnable. Cette décision ou cette omission n'était pas «dans les limites d'un pouvoir discrétionnaire exercé de bonne foi» selon les termes employés par lord Wilberforce. Il était certainement loisible au juge de première instance d'arriver à cette conclusion. En réalité, compte tenu du témoignage de M. Backmeyer, il était loisible au juge de première instance de conclure que la décision de ne rien faire ou l'omission de décider d'agir a été le résultat des pressions exercées par M. Hughes père, à titre d'échevin.

Je suis d'avis de suivre les motifs de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* et de conclure qu'il existait une obligation de droit privé envers M. Nielsen, en tant que propriétaire et occupant de la maison au moment où le

apparent by causing actual subsidence and damage. [My emphasis.]

It seems to me that Lambert J.A. was correct in concluding that the courses of conduct open to the building inspector called for "operational" decisions. The essential question was what steps to take to enforce the provisions of the by-law in the circumstances that had arisen. He had a duty to enforce its provisions. He did not have a discretion whether to enforce them or not. He did, however, have a discretion as to how to go about it. This may, therefore, be the kind of situation envisaged by Lord Wilberforce when, after discussing the distinction between policy decisions and operational decisions, he added the rider [[1978] A.C. 728, at p. 754]:

> Although this distinction between the policy area and the operational area is convenient, and illuminating, it is probably a distinction of degree; many "operational" powers or duties have in them some element of "discretion". It can safely be said that the more "operational" a power or duty may be, the easier it is to superimpose upon it a common law duty of care.

It may be, for example, that although the building inspector had a duty to enforce the by-law, the lengths to which he should go in doing so involved policy considerations. The making of inspections, the issuance of stop orders and the withholding of occupancy permits may be one thing; resort to litigation, if this became necessary, may be quite another. Must the City enforce infractions by legal proceedings or does there come a point at which economic considerations, for example, enter in? And if so, how do you measure the "operational" against the "policy" content of the decision in order to decide whether it is more "operational" than "policy" or vice versa? Clearly this is a matter of very fine distinctions.

Mr. Justice Lambert resolves this problem, as I apprehend the passage already quoted from his reasons, by concluding that the City could have

vice des fondations s'est manifesté en causant l'affaissement et les dommages. [C'est moi qui souligne.]

Il me semble que le juge Lambert a eu raison de conclure que les lignes de conduite que pouvait adopter l'inspecteur des bâtiments exigeaient des décisions «d'exécution». La question essentielle consistait à se demander quelles mesures prendre pour appliquer les dispositions du règlement dans les circonstances. Il avait le devoir d'appliquer le règlement. Il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer. Il avait cependant un pouvoir discrétionnaire quant à la manière de le faire. Cela peut donc être le genre de situation envisagée par lord Wilberforce lorsque, après avoir analysé la distinction entre les décisions de politique et des décisions d'exécution, il ajoute [[1978] A.C. 728, à la p. 754]:

> [TRADUCTION] Bien que la distinction entre ce qui relève de la politique et ce qui relève de l'exécution soit utile et nous éclaire, il s'agit probablement d'une distinction de degré; un bon nombre de pouvoirs et d'obligations «d'exécution» comportent certains éléments de «discrétion». On peut affirmer sans contredit que plus un pouvoir ou une obligation relève du domaine de l'exécution, plus il est facile de lui superposer une obligation de diligence qui relève de la *common law*.

Il se peut, par exemple, que même si l'inspecteur des bâtiments avait l'obligation d'appliquer le règlement, l'étendue des mesures à prendre pour le faire ait comporté des considérations de politique. C'est peut-être une chose que de procéder à des inspections, de délivrer des ordonnances d'arrêt des travaux et de refuser des permis d'occupation; ce peut être tout à fait différent que d'entamer des procédures si cela se révèle nécessaire. La ville doit-elle remédier aux infractions par recours judiciaire ou y a-t-il un moment où des considérations financières, par exemple, entrent en jeu? Et si tel est le cas, comment évaluer l'aspect «exécution» et l'aspect «politique» de la décision afin de déterminer si elle relève davantage du domaine de l'exécution que de celui de la politique administrative ou vice-versa? Manifestement, il s'agit de distinctions très subtiles.

Suivant mon interprétation de l'extrait déjà cité des motifs du juge Lambert, celui-ci résout cette question en concluant que la ville aurait pu pren-

made a policy decision either to prosecute or to seek an injunction. If it had taken either of those steps, it could not be faulted. Moreover, if it had considered taking either of those steps and decided against them, it could likewise not be faulted. But not to consider taking them at all was not open to it. In other words, as I read his reasons, his view was that the City at the very least had to give serious consideration to taking the steps toward enforcement that were open to it. If it decided against taking them, say on economic grounds, then that would be a legitimate policy decision within the operational context and the courts should not interfere with it. It would be a decision made, as Lord Wilberforce put it, within the limits of a discretion *bona fide* exercised.

dre la décision de poursuivre ou de demander une injonction. Si elle avait pris l'une ou l'autre de ces mesures, elle ne pourrait être tenue responsable. De plus, si elle avait étudié la possibilité de prendre l'une ou l'autre de ces mesures et finalement décidé de ne pas le faire, on ne pourrait pas non plus la tenir responsable. Mais il ne lui était pas loisible de ne pas envisager de les prendre. En d'autres termes, si je comprends bien ses motifs, il est d'avis que la ville devait tout au moins envisager sérieusement de prendre les mesures qu'il lui était loisible de prendre pour appliquer le règlement. Si elle avait décidé de ne pas les prendre, supposons pour des motifs d'ordre financier, alors il s'agirait d'une décision de politique valable dans le contexte de l'exécution et les cours ne devraient pas y porter atteinte. Il s'agirait, selon l'expression de lord Wilberforce, d'une décision prise dans les limites d'un pouvoir discrétionnaire exercé de bonne foi.

There is no evidence to support the proposition that the City gave serious consideration to legal proceedings and decided against them on policy grounds. Rather the evidence gives rise to a strong inference that the City, with full knowledge that the work was progressing in violation of the by-law and that the house was being occupied without a permit, dropped the matter because one of its aldermen was involved. Having regard to the fact that we are here concerned with a statutory duty and that the plaintiff was clearly a person who should have been in the contemplation of the City as someone who might be injured by any breach of that duty, I think this is an appropriate case for the application of the principle in *Anns*. I do not think the appellant can take any comfort from the distinction between non-feasance and misfeasance where there is a duty to act or, at the very least, to make a conscious decision not to act on policy grounds. In my view, inaction for no reason or inaction for an improper reason cannot be a policy decision taken in the *bona fide* exercise of discretion. Where the question whether the requisite action should be taken has not even been considered by the public authority, or at least has not been considered in good faith, it seems clear that for that very reason the authority has not acted with reasonable care. I conclude therefore that the

Aucun élément de preuve n'indique que la ville a sérieusement envisagé de prendre des procédures judiciaires et décidé de ne pas le faire pour des motifs de politique administrative. Au contraire, la preuve permet nettement de déduire que la ville, sachant parfaitement que les travaux se poursuivaient en violation du règlement et que la maison était occupée sans permis, n'a pas agi parce qu'un de ses échevins était impliqué. Étant donné qu'il s'agit en l'espèce d'une obligation imposée par une loi et que le demandeur est manifestement une personne dont la ville pouvait prévoir qu'il pourrait subir des dommages à cause du manquement à cette obligation, je crois que le principe énoncé dans l'arrêt *Anns* s'applique en l'espèce. Je ne crois pas que l'appelante puisse tirer avantage de la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution lorsqu'il y a une obligation d'agir ou, tout au moins, de prendre une décision réfléchie de ne rien faire pour des motifs de politique. À mon sens, la passivité non motivée ou mal motivée ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire. Lorsque les autorités publiques n'ont même pas examiné la question de savoir si les mesures nécessaires devaient être prises ou du moins, si elles ne l'ont pas fait de bonne foi, il semble évident que, pour cette raison précise, elles n'ont pas fait preuve de

conditions for liability of the City to the plaintiff have been met.

It is of interest to note in this connection that other courses were open to the City. It could have posted warning notices on the building and it could have condemned it. In fact, it did neither even although it knew that work was continuing despite the stop work order and that the house was being occupied without an occupancy permit. Indeed, it issued a plumbing permit in August 1974 before the Hughes moved in.

6. The "Floodgates" Argument

Before leaving the issue of the liability of public officials and moving on to the equally vexatious issue of recovery for pure economic loss, I should like to say a word or two about what has come to be known as the "floodgates" argument. The floodgates argument would discourage a finding of private law duties owed by public officials on the ground that such a finding would open the floodgates and create an "open season" on municipalities. No doubt a similar type of concern was expressed about the vulnerability of manufacturers following the decision in *Donoghue v. Stevenson, supra*. While I think this is an argument which cannot be dismissed lightly, I believe that the decision in *Anns* contains its own built-in barriers against the flood. For example, the applicable legislation or the subordinate legislation enacted pursuant to it must impose a private law duty on the municipality or public official before the principle in *Anns* applies. Further, the principle will not apply to purely policy decisions made in the *bona fide* exercise of discretion. This is, in my view, an extremely important feature of the *Anns* principle because it prevents the courts from usurping the proper authority of elected representatives and their officials. At the same time, however, the principle ensures that in the operational area, *i.e.* in implementing their policy decisions, public officials will be exposed to the same liability as other people if they fail in discharging their duty to take reasonable care to avoid injury to their neighbours. The only area, in my view, which leaves scope for honest concern is that difficult area identified by Lord Wilberforce where

diligence raisonnable. Je conclus donc que les conditions pour que la ville soit responsable envers le demandeur sont remplies.

Il est important de souligner à ce sujet que d'autres possibilités s'offraient à la ville. Elle aurait pu afficher des avis sur l'édifice et aurait pu le déclarer inhabitable. En réalité, elle n'a fait ni l'un ni l'autre, même si elle savait que les travaux se poursuivaient en dépit de l'ordonnance et que la maison était occupée sans permis. Elle a même délivré un permis de plomberie en août 1974 avant que les Hughes n'emménagent dans la maison.

6. L'argument de l'«avalanche de poursuites»

Avant de terminer l'analyse de la question de la responsabilité des fonctionnaires publics et d'aborder celle qui n'est pas moins controversée de l'indemnisation de la perte purement financière, j'aimerais dire quelques mots au sujet de l'argument dit de l'«avalanche de poursuites». Selon cet argument, on devrait écarter la conclusion selon laquelle les fonctionnaires publics ont des obligations de droit privé parce qu'elle aurait pour effet de provoquer une avalanche de poursuites et de déclarer ouverte la chasse aux municipalités. Bien sûr, on a exprimé une préoccupation du même ordre à propos de la vulnérabilité des manufacturiers après l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, précité. Bien qu'à mon avis il ne faille pas écarter cet argument à la légère, je crois que l'arrêt *Anns* comporte des barrières inhérentes qui sont de nature à empêcher une avalanche de poursuites. Ainsi la loi applicable ou son règlement d'application doit imposer une obligation de droit privé à la municipalité ou au fonctionnaire pour que s'applique le principe énoncé dans l'arrêt *Anns*. De plus, le principe ne s'applique pas à de simples décisions de politique prises dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire. C'est là, à mon avis, un trait extrêmement important du principe de l'arrêt *Anns* parce qu'il empêche les cours de s'approprier la compétence propre aux représentants élus et à leurs fonctionnaires. En même temps, d'autre part, le principe assure que dans le domaine de l'exécution, c.-à-d. dans la mise en application de leurs décisions de politique, les fonctionnaires seront assujettis à la même responsabilité que d'autres personnes si, dans l'exercice de

the operational subsumes what might be called secondary policy considerations, *i.e.* policy considerations at the secondary level. This, I believe, is the area into which this case falls. This case, however, is more easily disposed of by virtue of the complete failure of the municipality to deal with the policy considerations. On the assumption that by and large municipalities and their officials discharge their responsibilities in a conscientious fashion, I believe that such a failure will be the exception rather than the rule and that the scope for application of the principle in *Anns* will be relatively narrow. I do not see it, as do some commentators, as potentially ruinous financially to municipalities. I do see it as a useful protection to the citizen whose ever-increasing reliance on public officials seems to be a feature of our age: see Linden, "Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power", *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1979*, p. 67.

7. Recovery for Pure Economic Loss

It was forcefully argued by the appellant that even if the Court were to find a breach by the City of a private law duty owed to the plaintiff, the plaintiff's action should be dismissed because his loss was purely economic. Reliance was placed on the decision of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189.

It will be recalled that in *Rivtow* the plaintiff had purchased a crane manufactured by the defendant from a distributor. The crane had a latent defect which made it dangerous to operate—a fact which the defendant discovered when one of its cranes broke, killing the operator. The defendant knew that the plaintiff had purchased one of its cranes, but it took no steps to warn the plaintiff. The plaintiff discovered the defect when cracks appeared during the busy season and had to withdraw the crane from operation in order to

leurs fonctions, ils manquent à leur obligation de prendre des mesures raisonnables afin d'éviter de léser leur prochain. À mon avis, le seul secteur qui laisse place à une inquiétude légitime est le domaine difficile, décrit par lord Wilberforce, où l'aspect exécution subsume ce qu'on pourrait appeler des considérations de politique secondaires, c.-à-d. des considérations de politique qui ne viennent qu'au second rang. C'est, je crois, le domaine dont relève le présent cas. La présente affaire est toutefois plus facile à trancher à cause de l'omission totale de la municipalité de s'arrêter aux considérations de politique administrative. En supposant que, dans l'ensemble, les municipalités et leurs fonctionnaires s'acquittent de leurs responsabilités de façon consciencieuse, je crois qu'une telle omission sera l'exception plutôt que la règle et que le champ du principe énoncé dans l'arrêt *Anns* sera relativement restreint. Je ne crois pas, à la différence de certains commentateurs, que cela puisse causer des catastrophes financières aux municipalités. J'y vois une protection utile pour les citoyens dont la confiance de plus en plus grande dans les fonctionnaires semble une caractéristique de notre temps: voir l'article de Linden intitulé «Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power», *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1979*, p. 67.

7. Indemnisation de la perte purement financière

L'appelante a soutenu avec force que même si la Cour devait conclure que la ville a manqué à une obligation de droit privé envers le demandeur, l'action de ce dernier devrait être rejetée parce que sa perte était purement financière. On a invoqué l'arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189.

On se rappellera que dans l'affaire *Rivtow*, la demanderesse avait acheté à un distributeur une grue fabriquée par la défenderesse. La grue avait un vice caché qui en rendait le fonctionnement dangereux—fait que la défenderesse a découvert lorsque l'une de ses grues s'est brisée et a entraîné la mort du grutier. La défenderesse savait que la demanderesse avait acquis une de ses grues, mais elle n'a aucunement cherché à avertir la demanderesse. La demanderesse a découvert le vice lorsque des fissures sont apparues pendant la saison de

have it repaired. The Supreme Court characterized the cost of the repairs as economic loss. The majority held that that cost was not recoverable but, since the defendant was in breach of its duty to warn the plaintiff of the defect in the crane, it was liable to the plaintiff for the difference between the loss of earnings it sustained during the busy season and the loss of earnings it would have sustained if its attention had been directed to the defect and it had had the crane repaired during the slack season. The minority would have allowed the cost of repair to the crane itself.

The learned trial judge identified the damages in the instant case as being the cost to the plaintiff of having his home restored to the condition it should have been in if properly constructed plus certain expenses he could incur while this was being done. He awarded general damages in the amount of $45,004.27 and attributed 25 per cent of that sum to the City.

The City submits that this is pure economic loss analogous to the cost of repairs to the crane which was expressly disallowed by the majority in *Rivtow*. Lambert J.A., after pointing out that recovery for economic loss was allowed in *Anns*, Lord Wilberforce expressing a preference for the dissenting judgment of Laskin J. (as he then was) in *Rivtow* over that of the majority, proceeded to distinguish *Rivtow*. The majority, he said, analyzed the breach in that case as a failure in the duty of the manufacturer and sales agent to warn the plaintiff of the defects in the crane. However, and this he thought was the key to *Rivtow*, even if that duty had been complied with the crane would still have been damaged and the plaintiff would have had to bear the cost of repair in the absence of any contractual warranty. Accordingly, the plaintiff could recover only for the economic loss occasioned by the breach of the duty to warn. The minority, on the other hand, would have allowed the cost of the repair to the crane, not as damage

pointe et a dû retirer la grue du service pour la faire réparer. La Cour suprême a qualifié les coûts de réparation de perte financière. Elle a conclu à la majorité que ces coûts ne pouvaient être recouvrés, mais que, puisque la défenderesse avait manqué à son obligation d'avertir la demanderesse du vice de la grue, elle était responsable envers la demanderesse de la différence entre la perte de revenus subie par la demanderesse pendant la saison de pointe et celle qu'elle aurait subie si le vice avait été porté à son attention et si elle avait fait réparer la grue pendant la morte-saison. Les juges dissidents auraient accordé les coûts de réparation de la grue elle-même.

En l'espèce, le savant juge de première instance a fixé les dommages-intérêts à ce qu'il en coûtera au demandeur pour remettre la maison dans l'état où elle aurait dû être si elle avait été bien construite, plus certaines dépenses qui pourront être engagées pendant ces travaux. Il a accordé des dommages-intérêts généraux de 45 004,27 $ et imposé le paiement de 25 p. 100 de cette somme à la ville.

La ville soutient qu'il s'agit d'une perte purement financière analogue au coût des réparations de la grue qui a été expressément refusé par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Rivtow*. Après avoir souligné qu'on a permis l'indemnisation d'une perte financière dans l'arrêt *Anns* où lord Wilberforce se dit plutôt d'accord avec les motifs de dissidence du juge Laskin (alors juge puîné) dans l'arrêt *Rivtow* qu'avec ceux de la majorité, le juge Lambert a fait la distinction entre l'espèce et l'arrêt *Rivtow*. La Cour à la majorité, dit-il, a considéré qu'il s'agissait dans cette affaire d'un manquement à l'obligation du fabricant et du distributeur d'aviser la demanderesse des vices de la grue. Cependant, et cela constitue la clé de l'arrêt *Rivtow*, même si l'on avait rempli cette obligation, la grue aurait quand même été endommagée et la demanderesse aurait dû assumer le coût de sa réparation en l'absence de toute garantie contractuelle. En conséquence, la demanderesse ne pouvait être indemnisée que pour la perte financière résultant du manquement à l'obligation d'avertir. D'autre part, les juges dissidents auraient accordé les coûts de réparation de la grue, non pas à titre

flowing from breach of a duty to warn but as the cost of avoiding damage to persons or property.

There is no doubt that the preclusion of recovery for economic loss in the absence of physical injury to person or property has a venerable history. The decision of Blackburn J. in *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, was still held to be good law by Widgery J. in *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, [1965] 3 All E.R. 560. The *rationale* for the economic loss rule was probably most articulately stated by Cardozo C.J. in *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931) who said at p. 179 that to allow such recovery would "expose [defendants] to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class".

It took the decision of the House of Lords in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd., supra*, to spark a review and reassessment of the economic loss rule by legal scholars and judges, and this review has been going on now for almost two decades. How, it is asked, can one justify to injured plaintiffs the difference in treatment the law accords to physical and to economic loss caused by a defendant's negligent acts? In one you are compensated by the wrongdoer: in the other you have to bear the loss yourself. Does it make sense to permit the recovery of economic loss for negligent words but not for negligent acts? What is the significant difference between them? Why, if economic loss is reasonably foreseeable as a consequence of negligent acts, should it not be as recoverable as reasonably foreseeable physical injury to persons or to property? And should Chief Judge Cardozo's fear of indeterminate liability to an indeterminate class preclude recovery by a very specific plaintiff in a very specific amount? Can a policy consideration which leads to a manifest injustice in certain types of cases be a good policy consideration? Is there some *rationale* whereby injustice in specific cases can be avoided and Chief

de dommages découlant du manquement à l'obligation d'avertir, mais à titre de dépenses faites pour éviter des dommages aux personnes ou aux biens.

Il n'y a pas de doute que l'exclusion de l'idemnisation d'une perte financière en l'absence de blessures ou de dommages matériels ne date pas d'hier. La décision du juge Blackburn dans l'affaire *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, a été jugée encore applicable par le juge Widgery dans l'affaire *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, [1965] 3 All E.R. 560. Le juge en chef Cardozo explique probablement le mieux le fondement de la règle relative à la perte financière dans l'arrêt *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931), en disant à la p. 179 que permettre une telle indemnisation [TRADUCTION] «exposerait (les défendeurs) à une responsabilité pour un montant indéterminé, pendant une période indéterminée et envers une catégorie indéterminée de demandeurs».

Il a fallu l'arrêt de la Chambre des lords *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, précité, pour amorcer une révision et une réévaluation de la règle relative à la perte financière par les auteurs juridiques et les juges; cette révision se poursuit maintenant depuis presque vingt ans. Comment, se demande-t-on, expliquer aux demandeurs lésés le traitement différent que réserve le droit aux pertes matérielles et aux pertes financières dues aux actes fautifs d'un défendeur? Dans un cas, on est indemnisé par l'auteur du dommage alors que, dans l'autre, il faut assumer la perte soi-même. Est-il logique d'autoriser l'idemnisation d'une perte financière pour des paroles fautives et non pour des actes fautifs? En quoi diffèrent-ils sensiblement? Si la perte financière est raisonnablement prévisible comme conséquence d'actes fautifs, ne devrait-elle pas donner lieu à indemnisation tout comme les blessures ou les dommages matériels raisonnablement prévisibles? La crainte exprimée par le juge en chef Cardozo d'une responsabilité indéterminée envers une catégoire indéterminée devrait-elle empêcher l'idemnisation d'un demandeur bien déterminé pour un montant très précis? Une considération de politique qui entraîne

Judge Cardozo's fear guarded against at the same time?

In an edifying article *Negligent Misstatements, Negligent Acts and Economic Loss*, 92 L.Q.R. 213, Mr. Craig points out that it is the reasonable foreseeability test of recovery in *Donoghue v. Stevenson* which could open up an exposure for economic loss of indeterminate scope. It is arguable that no such exposure arises under the *Hedley Byrne* principle because of the restricted class entitled to recovery under that principle. Quoting from Mr. Craig's article at p. 218:

> The very nature of the duty framed by the House of Lords in 1964 has within it certain limiting factors mentioned above which mean that these problems of indeterminate liability are far less likely to arise: the need for some form of relationship between the participants, reasonable reliance leading to loss, knowledge by the representor of some particular transaction for which the information is to be required. The nexus envisaged was far closer than reasonable foresight *per se*.

Mr. Craig is clearly not completely satisfied with this distinction since the full scope of the duty in *Hedley Byrne* has not yet been determined. There has been a tendency to expand it in subsequent cases (see, for example, *Dutton v. Bognor Regis United Building Co., supra,* and *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 2 Q.B. 223) and this is a trend which might well continue as the jurisprudence around *Hedley Byrne* develops.

The High Court of Australia has tried to find a solution to the economic loss problem by narrowing the test of reasonable foreseeability. In *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529, the *Willemstad*, while conducting dredging operations in Botany Bay, damaged an oil pipeline belonging to a refin-

une injustice évidente dans certains genres de causes peut-elle être valable? Y a-t-il un raisonnement quelconque qui permette d'éviter l'injustice dans des cas précis et, en même temps, de parer à la crainte exprimée par le juge en chef Cardozo?

Dans un article instructif *Negligent Misstatements, Negligent Acts and Economic Loss*, 92 L.Q.R. 213, M. Craig souligne que c'est le critère de prévisibilité raisonnable applicable en matière d'indemnisation et énoncé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* qui pourrait comporter un risque de responsabilité d'une portée indéterminée à l'égard d'une perte financière. On peut prétendre qu'un tel risque n'existe pas en vertu du principe énoncé dans l'affaire *Hedley Byrne* en raison de la catégorie restreinte de demandeurs qui ont droit à l'indemnisation en vertu de ce principe. Voici un extrait de l'article de M. Craig tiré de la p. 218:

> [TRADUCTION] La nature même de l'obligation définie par la Chambre des lords en 1964 comporte certains facteurs de limitation déjà mentionnés, de sorte que ces problèmes de responsabilité indéterminée sont beaucoup moins susceptibles de se poser: la nécessité d'un rapport quelconque entre les participants, une confiance raisonnable qui entraîne la perte, la connaissance de la part du promettant d'une opération donnée pour laquelle les renseignements seront requis. Le lien envisagé est beaucoup plus étroit que la prévisibilité raisonnable en soi.

M. Craig n'est manifestement pas tout à fait satisfait de cette distinction puisque la portée complète de l'obligation mentionnée dans l'arrêt *Hedley Byrne* n'a pas encore été déterminée. Dans des arrêts subséquents (voir, par exemple, *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, précité, et *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, [1970] 2 Q.B. 223), on a eu tendance à l'étendre et c'est une tendance qui pourrait fort bien se maintenir au fur et à mesure que se développe la jurisprudence autour de l'arrêt *Hedley Byrne*.

La Haute Cour de l'Australie a cherché à résoudre le problème de la perte financière en restreignant le critère de la prévisibilité raisonnable. Dans l'affaire *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge «Willemstad»* (1976), 136 C.L.R. 529, le *Willemstad* qui procédait à des travaux de dragage dans la baie de Botany a endommagé un

ery which ran across the bed of the Bay to a terminal operated by Caltex. Caltex supplied crude oil to the refinery for processing and received the refined product back by way of the pipeline. By reason of the damage to the pipeline Caltex had to find other means of transportation, either by road or ship, and this cost it $95,000. This amount was characterized as pure economic loss.

Gibbs J. affirmed that the general rule was that economic loss was not recoverable. The fact that it was reasonably foreseeable did not make it recoverable. However, he held (at p. 555) that an exception to this rule of non-recovery arises when the defendant "has knowledge or means of knowledge that the plaintiff individually, and not merely as a member of an unascertained class, will be likely to suffer economic loss as a consequence of his negligence". He found that the defendant had knowledge in this case and permitted recovery. The decision was unanimous. Stephen and Mason JJ. adopted Gibb J.'s exception to the general rule. Jacobs J. distinguished between physical injury to property and physical effect on property and said that physical effect on property was recoverable even if it took the form of economic loss resulting from the immobilization of the property. Murphy J. stated that there was no satisfactory general principle governing the recovery of economic loss and that the issue was really a policy one. Just as *Donoghue v. Stevenson* had brought the law into conformity with the then notions of social justice, so must the court do the same in permitting recovery for economic loss unless there are acceptable policy reasons for not doing so. He saw none in this case.

It is quite apparent that Gibbs and Jacobs JJ., and possibly Stephen J. also, were seeking some means of permitting recovery for pure economic loss while avoiding the undesirable consequences of applying the reasonable foreseeability rule, namely indeterminate liability to an indeterminate

oléoduc appartenant à une raffinerie, qui traversait le lit de la baie jusqu'à un terminal exploité par Caltex. Caltex approvisionnait la raffinerie en pétrole brut pour le raffinage et recevait les produits raffinés par le même oléoduc. À cause du dommage causé à l'oléoduc, Caltex a dû recourir à d'autres moyens de transport, que ce soit par route ou par mer, ce qui lui a coûté 95 000 $. Cette somme a été qualifiée de perte purement financière.

Le juge Gibbs a affirmé qu'en règle générale une perte financière ne peut pas être recouvrée. Le fait qu'elle ait été raisonnablement prévisible ne la rend pas recouvrable. Toutefois, il a jugé (à la p. 555) qu'il y a exception à la règle de la non-indemnisation lorsque le défendeur [TRADUCTION] «sait ou a les moyens de savoir que le demandeur personnellement, et non en tant que membre d'un groupe indéterminé, est susceptible de subir une perte financière par suite de sa négligence». Il a conclu que le défendeur le savait dans ce cas précis et a autorisé l'indemnisation. Il s'agit d'une décision unanime. Les juges Stephen et Mason ont adopté l'exception à la règle générale mentionnée par le juge Gibbs. Le juge Jacobs a fait la distinction entre le dommage matériel causé à un bien et les conséquences matérielles sur un bien et affirmé que ces dernières pouvaient donner lieu à indemnisation même si elles prenaient la forme d'une perte financière consécutive à l'impossibilité de se servir du bien. Le juge Murphy a affirmé qu'il n'y a pas de principe général satisfaisant qui régit l'indemnisation d'une perte financière et que la question en est véritablement une de principe. À l'instar de l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* qui a rendu le droit conforme aux notions de justice sociale de cette époque, les cours doivent faire de même en autorisant l'indemnisation de la perte financière, à moins qu'il n'y ait des motifs de principe acceptables de ne pas le faire. Il n'en a pas trouvé dans ce cas précis.

Il est très clair que les juges Gibbs et Jacobs, et peut-être aussi le juge Stephen, cherchaient un moyen de permettre l'indemnisation d'une perte purement financière tout en évitant les inconvénients de l'application de la règle de la prévisibilité raisonnable, savoir l'imposition d'une responsabi-

class. They saw the solution in limiting foreseeability to specific individuals rather than members of a class. I am not sure, however, that their exception solves the problem. It may make the class determinate but it gives no guarantee that it will be small.

The House of Lords took a fresh look at the issue in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] A.C. 520. In that case the defendants were hired to lay a floor in a factory which was being erected for the plaintiffs by a building company. The defendants were sub-contractors and had no contractual relationship with the plaintiffs. The plaintiffs claimed that the floor was defective owing to the defendants' negligence and that the defendants knew what products were required and were alone responsible for the composition and construction of the floor. They also knew that the plaintiffs were relying on their skill and judgment. The plaintiffs brought an action for the estimated cost of relaying the floor and for various items of economic loss consequential on its replacement, such as the cost of removal of machinery and the loss of profits while the floor was being relaid.

It was held by the House of Lords (Lord Brandon of Oakbrook dissenting) that where the relationship between parties is sufficiently close the scope of the duty of care owed by a person doing work is not limited to a duty to avoid causing foreseeable harm to persons or property by negligent acts or omissions but extends also to a duty to avoid defects in the work itself which will involve the plaintiffs in the cost of having them remedied. There was a sufficient degree of proximity between the plaintiffs and the defendants in this case and the plaintiffs were entitled to recover the cost of repairing the floor.

Lord Roskill, who delivered the main judgment in the case, said the case must be approached as

lité indéterminée envers une catégorie indéterminée de demandeurs. Comme solution ils ont choisi de limiter la prévisibilité à des personnes précises plutôt qu'aux membres d'une catégorie de personnes. Je ne suis cependant pas certaine que leur exception résout le problème. Elle peut rendre déterminée la catégorie de personnes mais ne garantit pas qu'elle sera limitée.

La Chambre des lords a réexaminé la question dans l'arrêt *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] A.C. 520. Dans cette affaire, les services de la défenderesse ont été retenus pour l'installation du plancher d'une usine construite par un entrepreneur pour le compte de la demanderesse. La défenderesse était un sous-traitant qui n'avait aucun lien contractuel avec la demanderesse. La demanderesse a soutenu que le plancher était défectueux à cause de la négligence de la défenderesse, que la défenderesse savait quels matériaux il aurait fallu employer et que cette dernière était seule responsable de l'agencement et de la construction du plancher. Elle savait également que la demanderesse se fiait à sa compétence et à son bon jugement. La demanderesse a intenté une action pour un montant représentant le coût estimatif de la réinstallation du plancher et divers éléments de perte financière consécutive à son remplacement, comme le coût du déplacement de machines et la perte de profits pendant la réinstallation du plancher.

La Chambre des lords (lord Brandon of Oakbrook étant dissident) a conclu que, lorsque les rapports entre les parties sont suffisamment étroits, la portée de l'obligation de diligence à laquelle une personne est tenue dans l'exécution d'un travail ne se limite pas à l'obligation d'éviter de causer un dommage prévisible aux personnes ou aux biens, par négligence ou omission, mais s'étend aussi à l'obligation d'éviter les vices dans le travail lui-même qui pourront occasionner aux demandeurs des frais pour les faire corriger. Il y avait en l'espèce un lien suffisamment étroit entre la demanderesse et la défenderesse pour que la demanderesse ait le droit de recouvrer le coût de la réparation du plancher.

Lord Roskill, qui a rédigé le jugement de la majorité, a dit qu'il fallait considérer qu'en l'es-

one in which there was no physical damage. He referred with approval to Lord Wilberforce's two propositions in *Anns:* (1) his test of proximity and (2) whether there were any considerations which would call for a limitation on recovery. He found the proximity test was met and that the only reason for negating recovery was the traditional attitude of the law to economic loss. He held that this was not good enough. He saw no reason why "damage to the pocket" *simpliciter* should be disallowed when "damage to the pocket" coupled with physical damage has always been allowed. It was time for the law to take the next step forward in its development and he saw no untoward consequences from doing so. He expressed the view that the fears raised by the floodgates argument had proved unfounded.

Lord Brandon, dissenting, agreed that Lord Wilberforce's two propositions in *Anns* were sound. He agreed also that the proximity test was met in *Junior Books*. However, he found that *Donoghue v. Stevenson* itself and all the cases in which it had been followed had one thing in common, namely the existence of danger or the threat of danger of physical damage to persons or their property excluding the property from the defective condition of which the danger or threat of danger arose. In the absence of a contractual relationship Lord Brandon thought it inappropriate to extend the duty in tort so as, in effect, to create a warranty. He was, I believe, expressing a concern not dissimilar to that troubling the majority of this Court in *Rivtow*.

It is noted that in the instant case there is present the danger or threat of danger referred to by Lord Brandon. However, that was so in *Rivtow* also. The majority in *Junior Books* do seem to have carried the law a significant step forward.

As I mentioned earlier, recovery for economic loss was permitted in *Anns* with an expression of preference for the minority rather than the majority judgment in *Rivtow*. It seems to me, however, that the minority judgment results from the

pèce il n'y a pas eu de dommages matériels. Il mentionne et approuve les deux propositions de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*: 1) le critère du lien entre les parties et 2) la question de savoir s'il y a des facteurs qui justifieraient une limite à l'indemnisation. Il a conclu que l'affaire satisfaisait aux critères du lien entre les parties et que le seul motif de ne refuser l'indemnisation était l'attitude traditionnelle du droit à l'égard de la perte financière. Il a conclu que cela ne suffisait pas. Il n'a vu aucune raison de refuser l'indemnisation de [TRADUCTION] «dommages causés au porte-monnaie» uniquement alors que l'indemnisation des «dommages causés au porte-monnaie» ajoutés aux dommages matériels a toujours été accordée. Il était temps que le droit progresse d'un pas dans son évolution et il n'a vu aucun inconvénient à le faire. Il a exprimé l'opinion que les craintes générées par l'argument de l'avalanche de poursuites s'étaient révélées injustifiées.

Lord Brandon, dissident, a convenu que les deux propositions énoncées par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* sont bien fondées. Il a convenu également que l'arrêt *Junior Books* satisfait au critère du lien entre les parties. Il a toutefois conclu que l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* lui-même et toutes les décisions dans lesquelles il a été suivi ont une chose en commun, savoir l'existence d'un danger ou risque de causer des dommages matériels aux personnes ou à leurs biens à l'exclusion du bien dont le vice est à l'origine du danger ou du risque. En l'absence d'un lien contractuel, lord Brandon a estimé inopportun d'élargir la responsabilité délictuelle de manière à créer, en fait, une garantie. Je crois qu'il a exprimé une préoccupation qui n'est pas différente de celle qu'avait la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Rivtow*.

Il convient d'observer qu'en l'espèce on retrouve le danger ou risque dont parle lord Brandon. Toutefois, il en était de même dans l'affaire *Rivtow*. Dans l'arrêt *Junior Books*, la majorité semble avoir fait franchir au droit une étape importante.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, on a autorisé, dans l'arrêt *Anns*, l'indemnisation d'une perte financière en optant plutôt pour l'avis de la minorité que pour celui de la majorité dans l'arrêt *Rivtow*. Il me semble toutefois que le jugement de

application of the reasonable foreseeability test which, it would appear, gives rise to the concern over indeterminate liability. 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.

It seems to me, however, that *Rivtow* is distinguishable from this case in several significant respects. *Rivtow* was a lawsuit between private litigants. The plaintiff's claim here is against a public authority for breach of a private law duty of care arising under a statute. (This should not be confused with breach of statutory duty *per se*: see *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. It is noted that in the *Dutton* case Sachs L.J. put great emphasis on the fact that the defendant was a public authority and stated that the type of loss recoverable was the type of loss the private law duty arising under the statute was designed to prevent. If economic loss was within the purview of the statute, then it should be recoverable for breach of the private law duty arising under the statute whether or not it is recoverable for breach of a duty at common law. In my view, the private law duty in this case was designed to prevent the expense incurred by the plaintiff in putting proper foundations under his house. It was imposed to ensure that proper foundations would be under his house from the outset. I suppose it is arguable that the damage the duty was designed to prevent was injury to the occupants from the collapse of the house or damage caused by the house sliding down the hill. But it seems to me that this is too narrow an approach to the protection the statute was designed to provide. The purpose of the By-law in this case was to prevent the construction of houses on defective foundations. The duty of enforcement which the By-law imposed on the building inspector required him at the very least to determine the scope of the measures which were necessary to achieve that end and, if required, to attempt to obtain the approval of the City for them. If he failed in that duty and a house on defective foundations resulted, it was obviously going to have to be repaired since it represented a threat to the health and safety of the occupants. This is not a case, like *Rivtow*, of

la minorité découle de l'application du critère de la prévisibilité raisonnable qui, semble-t-il, est à la source de la préoccupation relative à la responsabilité indéterminée. 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.

Il me semble toutefois que l'arrêt *Rivtow* peut être distingué de l'espèce sous plusieurs aspects importants. Dans l'affaire *Rivtow*, il s'agissait d'une action entre parties privées. La réclamation en l'espèce vise un organisme public et porte sur un manquement à une obligation de diligence qui relève du droit privé et qui découle d'une loi. (Ne pas confondre avec le manquement à une obligation légale en soi: voir *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. Il y a lieu d'observer que dans l'arrêt *Dutton*, le lord juge Sachs insiste beaucoup sur le fait que la défenderesse est un organisme public et affirme que le genre de perte recouvrable est exactement le genre de perte que l'obligation de droit privé qui découle de la loi est destinée à prévenir. Si la perte financière était visée par la loi, alors elle devrait être recouvrable par suite d'un manquement à l'obligation de droit privé qui découle de la loi, quelle soit ou non recouvrable par suite du manquement à une obligation en *common law*. À mon avis, l'obligation de droit privé en l'espèce visait à prévenir les dépenses engagées par le demandeur pour la réparation des fondations de sa maison. Elle est imposée afin d'assurer que la maison ait des fondations adéquates dès le début. Je suppose qu'on peut prétendre que les dommages que l'obligation vise à prévenir sont des blessures aux occupants par suite de l'effondrement de la maison ou les dommages causés par le glissement de la maison au bas de la colline. Il me semble cependant que c'est une vision trop restreinte de la protection que la loi en question vise à fournir. En l'espèce, le règlement a pour objet d'empêcher la construction de maisons sur des fondations inadéquates. Le règlement exige tout au moins de l'inspecteur des bâtiments qu'il détermine l'étendue des mesures requises pour réaliser cette fin et, si nécessaire, qu'il tente d'obtenir leur approbation par la ville. S'il manque à cette obligation et qu'une maison est construite sur des fondations inadéqua-

failure to warn of the defective foundations: this is a case of failure to give consideration to a course of action which would have prevented the defective foundations. What else was the plaintiff to do to rectify the situation resulting from the City's breach?

It is noted also that there are no contractual overtones to this case as there were in *Rivtow*. It seems to have been important to the majority in *Rivtow* that no contractual warranty had been given with respect to the crane. Accordingly, there was some concern that the tort door should not be opened so far as to permit a recovery in tort which would not have been available in contract. No such problem arises in this case.

I said earlier in commenting upon the floodgates argument in relation to the imposition of a private law duty of care that I was not troubled by the thought that public officials in discharging their duties should incur the same liability as ordinary citizens. It may be that in exposing public authorities to liability for economic loss when under our law as it presently stands a private litigant may not be so exposed, the Court would be extending the liability of public authority beyond that of private litigants. I am not, however, persuaded that this is so. Like Lambert J.A. I tend to think that the problem of concurrent liability in contract and tort played a major role in the restrictive approach taken by the majority in *Rivtow* and that, as in the case of *Hedley Byrne*, we will have to await the outcome of a developing jurisprudence around that decision also: see *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; but *cf. Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority* (1977), 79 D.L.R. (3d) 522 (F.C.); *Ital-Canadian Invest-*

tes, cette maison a incontestablement besoin de réparations puisqu'elle constitue une menace pour la santé et la sécurité de ses occupants. Il ne s'agit pas, comme dans l'affaire *Rivtow*, de l'omission d'avertir que les fondations sont inadéquates: il s'agit d'un cas où on a omis de prendre en considération une ligne de conduite qui aurait permis d'empêcher la construction de fondations inadéquates. Que devait faire d'autre le demandeur pour corriger la situation qui découlait du manquement de la ville?

On remarque aussi qu'il n'y a pas d'apparence de contrat en l'espèce comme il y en avait dans l'affaire *Rivtow*. Il semble que la majorité dans l'arrêt *Rivtow* a jugé important qu'aucune garantie contractuelle n'avait été donnée à l'égard de la grue. En conséquence, on ne voulait pas élargir le recours délictuel au point de permettre un recouvrement en matière délictuelle qui n'aurait pas été possible en matière contractuelle. Ce problème ne se pose pas en l'espèce.

J'ai déjà mentionné, en commentant l'argument de l'avalanche de poursuites relativement à l'imposition d'une obligation de diligence qui relève du droit privé, que je ne m'inquiète pas de ce que le fonctionnaire devrait encourir, dans l'exercice de ses fonctions, la même responsabilité que le citoyen ordinaire. Il se peut qu'en soumettant les autorités publiques à la responsabilité pour perte financière alors qu'une partie privée peut en être exemptée dans l'état actuel de notre droit, la Cour étende la responsabilité des autorités publiques au delà de celle des parties privées. Toutefois, je ne suis pas convaincue que ce soit le cas. À l'instar du juge Lambert, je suis portée à croire que la responsabilité simultanée en matière contractuelle et délictuelle a joué un rôle important dans l'attitude restrictive adoptée par la majorité dans l'arrêt *Rivtow* et 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: voir *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147: *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; mais voir également *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority* (1977), 79 D.L.R. (3d) 522 (C.F.):

ments Ltd. v. North Shore Plumbing and Heating Co., [1978] 4 W.W.R. 289 (B.C.S.C.)

I do not believe that to permit recovery in this case is to expose public authorities to the indeterminate liability referred to in *Ultramares*. In order to obtain recovery for economic loss the statute has to create a private law duty to the plaintiff alongside the public law duty. The plaintiff has to belong to the limited class of owners or occupiers of the property at the time the damage manifests itself. Loss caused as a result of policy decisions made by the public authority in the *bona fide* exercise of discretion will not be compensable. Loss caused in the implementation of policy decisions will not be compensable if the operational decision includes a policy element. Loss caused in the implementation of policy decisions, *i.e.* operational negligence will be compensable. Loss will also be compensable if the implementation involves policy considerations and the discretion exercised by the public authority is not exercised in good faith. Finally, and perhaps this merits some emphasis, economic loss will only be recoverable if as a matter of statutory interpretation it is a type of loss the statute intended to guard against.

It seems to me that recovery for economic loss on the foregoing basis accomplishes a number of worthy objectives. It avoids undue interference by the courts in the affairs of public authorities. It gives a remedy where the legislature has impliedly sanctioned it and justice clearly requires it. It imposes enough of a burden on public authorities to act as a check on the arbitrary and negligent discharge of statutory duties. For these reasons I would permit recovery of the economic loss in this case.

8. Limitation of Actions

The City alleged in its pleadings that the plaintiff's action in this case was statute-barred by the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, ss. 738 and

Ital-Canadian Investments Ltd. v. North Shore Plumbing and Heating Co., [1978] 4 W.W.R. 289 (C.S.C.-B.).

Je ne crois pas qu'en permettant l'indemnisation en l'espèce on expose les autorités publiques à la responsabilité indéterminée mentionnée dans l'arrêt *Ultramares*. Pour obtenir l'indemnisation d'une perte financière, il faut que la loi crée une obligation de droit privé envers le demandeur en plus de l'obligation de droit public. Le demandeur doit appartenir à la catégorie limitée des propriétaires ou occupants de la propriété au moment où le dommage se manifeste. La perte qui résulte de décisions de politique prises par les autorités publiques dans l'exercice de bonne foi de leur pouvoir discrétionnaire ne donne pas lieu à indemnisation. La perte qui résulte de la mise à l'exécution de décisions de politique ne donne pas lieu à indemnisation si la décision d'exécution comporte un élément de politique. La perte qui résulte lors de la mise à exécution de décisions de politique, c.-à-d. de l'exécution fautive, donne lieu à indemnisation. La perte donne lieu également à indemnisation si la mise à exécution fait appel à des considérations de politique et que le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques n'est pas exercé de bonne foi. Enfin, et ce point mérite peut-être d'être souligné, la perte financière ne donne lieu à indemnisation que si, selon l'interprétation de la loi, il s'agit d'un type de perte que la loi vise à prévenir.

Il me semble que l'indemnisation de la perte financière aux conditions qui précèdent répond à un certain nombre d'objectifs valables. Elle permet d'éviter l'intervention indue des cours dans les affaires des autorités publiques. Elle fournit un redressement lorsque le législateur l'a implicitement sanctionné et que la justice l'exige clairement. Elle impose aux autorités publiques une obligation suffisamment astreignante de réprimer l'exercice fautif et arbitraire des fonctions prévues par la loi. Pour ces motifs, je suis d'avis d'autoriser l'indemnisation de la perte financière en l'espèce.

8. La prescription

La ville a prétendu dans ses procédures écrites que l'action du demandeur en l'espèce est prescrite en vertu de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960,

739 or, alternatively, by the *Limitations Act*, 1975 (B.C.), 1975, c. 37, s. 3, as amended. The limitations issue was not raised on appeal to this Court but for reasons which I will refer to in a moment the Court subsequently invited counsel to address it on this subject.

Limitations was an issue before the Court of Appeal and, according to Mr. Justice Lambert, the City accepted the proposition that the limitation period starts to run from the date on which the plaintiff actually discovers the damage or should with reasonable diligence have discovered it. It accepted, in other words, that the law in Canada was as stated in *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858. It did not put forward any other date. Rather, it confined its case before the Court of Appeal to the proposition that the plaintiff ought reasonably to have discovered the damage before he purchased the house in December 1977.

Since the hearing of the appeal in this Court the law in England has been changed by the decision of the House of Lords in *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 65, and the Court now has the written submissions of counsel on the implications of the change for this appeal.

The limitation problem stems from the apparent conflict between the decision of the English Court of Appeal in *Sparham-Souter* and the earlier decision of the House of Lords in *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758. In *Sparham-Souter* the date of discoverability of the damage was held to be the date from which the limitation period started to run. In *Cartledge*, however, the effective date was held as a matter of statutory interpretation to be the date on which the damage occurred. The statutory language in *Cartledge* precluded the bringing of an action after the expiration of six years "from the date on which the cause of action accrued. . . ." The statute contained a separate provision that where fraud or mistake was involved time did not begin to run until the fraud had been or could with

chap. 255, art. 738 et 739 ou, subsidiairement, en vertu de la *Limitations Act*, 1975 (C.-B.), chap. 37, art. 3 et modifications. La question de la prescription n'a pas été soulevée en cette Cour, mais pour les motifs que je vais exposer dans un instant, la Cour a subséquemment invité les avocats à la débattre.

La question de la prescription a été soulevée devant la Cour d'appel et, selon le juge Lambert, la ville a reconnu que le délai de prescription a commencé à courir le jour où le demandeur a effectivement constaté le dommage ou aurait dû, en faisant preuve de diligence raisonnable, le constater. En d'autres termes, elle a reconnu que la règle applicable au Canada est celle énoncée dans l'arrêt *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858. Elle n'a proposé aucune autre date. Devant la Cour d'appel, elle s'est plutôt bornée à soutenir que le demandeur aurait dû raisonnablement découvrir le dommage avant d'acheter la maison en décembre 1977.

Depuis l'audition du pourvoi en cette Cour, l'état du droit en Angleterre a changé en raison de l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners (a firm)*, [1983] 1 All E.R. 65, et la Cour dispose maintenant des plaidoiries écrites des avocats concernant les répercussions de ce changement sur le présent pourvoi.

Le problème de la prescription découle du conflit apparent entre l'arrêt de la Cour d'appel anglaise *Sparham-Souter* et l'arrêt antérieur de la Chambre des lords *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758. Dans l'affaire *Sparham-Souter*, on a statué que le délai de prescription commence à courir à la date où le dommage peut être constaté. Dans l'arrêt *Cartledge* cependant, on a décidé que, selon l'interprétation de la loi, la date à retenir était celle où le dommage s'est produit. Le texte de loi dans *Cartledge* interdisait l'institution d'une action après un délai de six ans [TRADUCTION] «à compter de la date à laquelle la cause d'action a pris naissance . . .» La loi en question prévoyait dans une disposition distincte qu'en cas de dol ou d'erreur, le délai ne commençait à courir qu'au moment où le dol avait été

reasonable diligence have been discovered. The House of Lords held unanimously, although regretfully, that these provisions left no room for an argument that in the absence of fraud the limitation period started to run from the date of discovery. Accordingly, since the plaintiff had contracted an industrial disease several years prior to his becoming aware of it, and also it appears, prior to the ability of medical science to detect it, his cause of action was barred by the statute before he even knew he had one.

The members of the English Court of Appeal discussed *Cartledge* in *Sparham-Souter*. They distinguished it on a variety of different bases and I think it is fair to say that no clear basis of distinction emerges from the several sets of reasons. The House of Lords nevertheless in *Anns* approved the views of the Court of Appeal in *Sparham-Souter*. Lord Wilberforce stated at p. 760 that the cause of action can only arise when "the state of the building is such that there is present or imminent danger to the health or safety of persons occupying it". Lord Salmon expressed the view at p. 770 that the cause of action arose "when the building began to sink and the cracks appeared". He said also that the period started to run when "the building suffered damage . . . which endangered the safety of its occupants or visitors".

In *Pirelli* the House of Lords overruled *Sparham-Souter* and applied *Cartledge*. The defendants in *Pirelli* were consulting engineers who in March 1969 were negligent in the design of a boiler flue chimney at the plaintiff's works. As a result cracks appeared in the chimney. The plaintiffs did not discover the cracks until November 1977 and issued the writ in October 1978. The trial judge found that the cracks could not have occurred later than April 1970. He also found that the plaintiffs could not with reasonable diligence have discovered the damage before October 1972. He concluded, applying *Sparham-Souter*, that the plaintiffs only suffered damage when they discovered it.

constaté ou aurait pu l'être en faisant preuve de diligence raisonnable. La Chambre des lords a statué à l'unanimité, mais à regret, que ces dispositions ne permettaient pas de soutenir qu'en l'absence de dol le délai de prescription commençait à courir à la date de la constatation du dommage. En conséquence, puisque le demandeur avait contracté une maladie professionnelle plusieurs années avant de s'en rendre compte et même, semble-t-il, avant que la médecine ne puisse la déceler, sa cause d'action était prescrite en vertu de la loi, avant même de savoir qu'il en avait une.

Les juges de la Cour d'appel anglaise ont discuté de l'arrêt *Cartledge* dans *Sparham-Souter*. Ils les ont distingués l'un de l'autre sous plusieurs aspects et je crois juste d'affirmer que rien dans les motifs rédigés par les différents juges ne permet clairement d'établir une distinction. La Chambre des lords a néanmoins approuvé, dans l'arrêt *Anns*, le point de vue de la Cour d'appel exprimé dans l'arrêt *Sparham-Souter*. Lord Wilberforce affirme, à la p. 760, que la cause d'action ne prend naissance que lorsque [TRADUCTION] «l'état de l'édifice est tel qu'il présente un danger réel ou imminent pour la santé ou la sécurité de ses occupants». Lord Salmon exprime l'avis, à la p. 770, que la cause d'action a pris naissance [TRADUCTION] «lorsque l'édifice a commencé à s'affaisser et que les fissures sont apparues». Il affirme également que le délai a commencé à courir quand [TRADUCTION] «l'édifice a subi des dommages . . . qui ont menacé la sécurité de ses occupants ou de ses visiteurs».

Dans l'arrêt *Pirelli*, la Chambre des lords a rejeté l'arrêt *Sparham-Souter* et appliqué l'arrêt *Cartledge*. Les défendeurs dans l'affaire *Pirelli* étaient des ingénieurs-conseils qui, en mars 1969, ont fait preuve de négligence dans la conception d'une cheminée d'évacuation d'une chaudière de sorte que des fissures sont apparues dans la cheminée. La demanderesse n'a découvert ces fissures qu'en novembre 1977 et a intenté l'action en octobre 1978. Le juge de première instance a conclu que les fissures n'ont pu se former au plus tard qu'en avril 1970. Il a aussi conclu que la demanderesse ne pouvait, même en faisant preuve de diligence raisonnable, découvrir le dommage avant

covered or ought reasonably to have discovered the damage. Accordingly, the cause of action accrued within the six year limitation period and the plaintiffs were entitled to judgment. The defendants appealed to the Court of Appeal on the basis that the action was statute-barred. The Court of Appeal dismissed the appeal but the defendants succeeded in the House of Lords.

Their Lordships held that the cause of action accrued when physical damage occurred to the building, *i.e.* when the cracks formed in the chimney, whether or not the plaintiffs were or should have been aware of the damage at that time. The cause of action therefore accrued in April 1970 and the action was statute-barred. Their Lordships repudiated any distinction between personal injury damage and property damage for purposes of the application of the principle in *Cartledge*.

In addition to overruling *Sparham-Souter* on the date of discovery as the effective date, their Lordships also seized the opportunity to put to rest the problem of the limitation period applicable to successive owners. They rejected the idea that the period starts to run afresh with each new owner and instead found that the duty was owed to owners as a class so that if time ran against one owner it ran also against all his successors in title.

It seems to me that it is now settled, at least in England, that the defendant's negligence has to have manifested itself in the shape of physical damage to the property, *e.g.* cracks or subsidence, before time starts to run for limitation purposes. It is vital, therefore, that the trial judge make a finding as to when this occurred. Once the damage has manifested itself it is, according to *Pirelli*, immaterial when the plaintiff discovered or ought reasonably to have discovered it.

octobre 1972. Il a conclu, en appliquant l'arrêt *Sparham-Souter*, que la demanderesse n'a subi le dommage qu'au moment où elle l'a découvert, ou aurait raisonnablement dû le découvrir. En conséquence, la cause d'action avait pris naissance à l'intérieur du délai de prescription de six ans et la demanderesse avait droit à un jugement favorable. Les défendeurs ont interjeté appel en invoquant la prescription de l'action. La Cour d'appel a rejeté l'appel, mais les défendeurs ont eu gain de cause devant la Chambre des lords.

Leurs Seigneuries ont statué que la cause d'action a pris naissance lorsque la construction a subi le dommage matériel, c'est-à-dire lorsque les fissures se sont formées dans la cheminée, peu importe que la demanderesse ait eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance du dommage à ce moment-là. La cause d'action avait donc pris naissance en avril 1970 et l'action était prescrite. Leurs Seigneuries ont repoussé toute distinction entre les dommages découlant de blessures et les dommages causés aux biens aux fins de l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Cartledge*.

En plus de rejeter l'arrêt *Sparham-Souter* quant à la date de la découverte du dommage en tant que date déterminante, leurs Seigneuries ont profité de l'occasion pour régler le problème du délai de prescription applicable aux propriétaires successifs. Ils ont rejeté l'idée que le délai commence à courir de nouveau pour chaque propriétaire et ont plutôt conclu que l'obligation existe en faveur des propriétaires en tant que groupe de sorte que si le délai de prescription a couru contre l'un des propriétaires il a aussi couru contre tous ses successeurs en titre.

Il me semble qu'il est maintenant établi, du moins en Angleterre, que pour que le délai de prescription commence à courir, la négligence du défendeur doit s'être manifestée sous forme de dommages à la propriété, par exemple sous forme de fissures ou d'affaissement. Il est donc essentiel que le juge de première instance établisse la date à laquelle cela s'est produit. Dès que le dommage s'est manifesté, selon l'arrêt *Pirelli*, le moment où le demandeur a constaté le dommage ou aurait raisonnablement dû le constater est sans importance.

It seems to me that *Pirelli* casts a bit of a cloud on that part of Lord Wilberforce's judgement in *Anns* in which he adopts the reasoning of the Court of Appeal in *Sparham-Souter*. Lord Fraser of Tullybelton was clearly sensitive to this and attempted, in my view not too successfully, to analyze the extent to which Lord Wilberforce intended to approve *Sparham-Souter*.

Be that as it may, the question for this Court now is whether or not it should adopt the law in *Pirelli*. If it were to adopt it, it would face a problem in this particular case in that the trial judge made no findings as to when the defective construction caused cracks or subsidence to the building. Counsel for the City now submits that physical damage appeared as early as the spring of 1974 prior to the Hughes' purchase of the property from their son. Lambert J.A., however, stated in his reasons for judgment, (1981), 31 B.C.L.R. 311, at p. 322:

> There was no evidence that would show or would tend to show that anyone who entered the crawl space in December 1977 would have seen the same sight as that which greeted the plumber, Mr. Nielsen and Mr. Hank in November 1978. There was no evidence that the defect which was apparent in November 1978 must have been apparent in December 1977, or that the structural deterioration had been gradual rather than sudden. The trial judge made no relevant finding of fact.

There is no doubt that in the spring of 1974 and even earlier the building inspector was expressing concern about the inadequacy of the foundations. The defect which had the potential for damage was there, but was the damage? In *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, Lord Justice Diplock (as he then was) expressed the view that latent defects in a structure give rise to damage for limitation purposes at the time construction is completed but this approach, although consistent with *Cartledge*, was rejected by Lord Salmon in *Anns* and by Lord Fraser in *Pirelli*. Damage accrued only when the latent defect manifested itself in the form of physical damage such as cracks.

Il me semble que l'arrêt *Pirelli* obscurcit jusqu'à un certain point la partie des motifs de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* où il adopte le raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sparham-Souter*. Lord Fraser of Tullybelton a clairement tenu compte de cela et il a essayé, sans beaucoup de succès à mon avis, d'analyser jusqu'à quel point lord Wilberforce a voulu approuver l'arrêt *Sparham-Souter*.

Quoi qu'il en soit, cette Cour doit maintenant décider si elle doit adopter la règle énoncée dans l'arrêt *Pirelli*. Si elle choisit de l'adopter, il se posera un problème dans ce cas précis puisque le juge de première instance n'a pas établi la date à laquelle le vice de construction a causé les fissures ou l'affaissement de l'édifice. L'avocat de la ville soutient maintenant que le dommage matériel est apparu dès le printemps 1974 avant que les Hughes achètent la propriété à leur fils. Dans ses motifs de jugement, (1981), 31 B.C.L.R. 311, le juge Lambert affirme toutefois ce qui suit à la p. 322:

> [TRADUCTION] Il n'y a aucune preuve qui démontre ou tend à démontrer que quiconque aurait pénétré dans le vide sanitaire en décembre 1977, aurait constaté la même chose que ce que le plombier, M. Nielsen et M. Hank ont constaté en novembre 1978. Il n'y a aucune preuve que le vice qui était apparent en novembre 1978, devait l'être en décembre 1977, ni que la détérioration de la construction s'est produite progressivement plutôt que brusquement. Il n'y a eu aucune constatation de fait pertinente de la part du juge de première instance.

Il ne fait aucun doute qu'au printemps 1974 et même avant cela que l'inspecteur des bâtiments s'est préoccupé du caractère inadéquat des fondations. Le vice susceptible de causer des dommages existait, mais pouvons-nous en dire autant des dommages? Dans l'arrêt *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, le lord juge Diplock (tel était alors son titre) a exprimé l'avis que les vices de structure cachés entraînent des dommages, aux fins de la prescription, au moment où la construction est achevée, mais ce point de vue, même s'il est compatible avec l'arrêt *Cartledge*, a été rejeté par Lord Salmon dans l'arrêt *Anns* et par lord Fraser dans l'arrêt *Pirelli*. Les dommages ne surviennent que si le vice caché se manifeste sous forme de dommages matériels comme des fissures.

There are obvious problems in applying *Pirelli*. To what extent does physical damage have to have manifested itself? Is a hair-line crack enough or does there have to be a more substantial manifestation? And what of an owner who discovers that his building is constructed of materials which will cause it to collapse in five years time? According to *Pirelli* he has no cause of action until it starts to crumble. But perhaps the most serious concern is the injustice of a law which statute-bars a claim before the plaintiff is even aware of its existence. Lord Fraser and Lord Scarman were clearly concerned over this but considered themselves bound by *Cartledge*. The only solution in their eyes was the intervention of the legislature.

This Court is in the happy position of being free to adopt or reject *Pirelli*. I would reject it. This is not to say that *Sparham-Souter* presents no problem. As Lord Fraser pointed out in *Pirelli* the postponement of the accrual of the cause of action until the date of discoverability may involve the courts in the investigation of facts many years after their occurrence. *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486, is a classic illustration of this. It seems to me, however, to be much the lesser of two evils.

Applying *Sparham-Souter* then to s. 738(2) of the *Municipal Act* which bars an action on the expiration of one year from the date on which the cause of action arose, the plaintiff's cause of action would not have arisen until November 1978 when his plumber, called to fix a burst pipe, drew the damage to his attention. By this time, however, s. 738(2) had been repealed by the *Limitations Act*, 1975 (B.C.), c. 37, which came into force on July 1, 1975.

As already mentioned, the City relied in the alternative on s. 3 of the *Limitations Act* as barring the plaintiff's action. Section 3, however, must be read in conjunction with s. 6. The relevant parts of these sections read as follows:

L'application de l'arrêt *Pirelli* soulève, de toute évidence, des problèmes. Jusqu'à quel point les dommages matériels doivent-ils s'être manifestés? Une fissure de la largeur d'un cheveu suffit-elle ou doit-il y avoir un phénomène plus important? Et qu'en est-il du propriétaire qui découvre que son édifice a été construit au moyen de matériaux qui causeront son effondrement dans un délai de cinq ans? Suivant l'arrêt *Pirelli*, il n'aura une cause d'action qu'au moment où l'édifice commencera à s'écrouler. Mais ce dont on se préoccupe peut-être le plus est l'injustice d'une règle suivant laquelle une réclamation est prescrite avant même que le demandeur prenne conscience de son existence. Lord Fraser et lord Scarman étaient nettement préoccupés par cela mais ils s'estimaient liés par l'arrêt *Cartledge*. L'intervention du législateur constituait, à leurs yeux, la seule solution.

Il est heureusement loisible à cette Cour d'adopter ou de rejeter l'arrêt *Pirelli*. Je suis d'avis de le rejeter. Cela ne signifie pas que l'arrêt *Sparham-Souter* ne présente aucun problème. Comme le souligne lord Fraser dans l'arrêt *Pirelli*, le report de la naissance de la cause d'action à la date où il est possible de découvrir le dommage peut faire en sorte que les cours vont examiner les faits plusieurs années après leur survenance. L'arrêt *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 2 All E.R. 486, en est un exemple classique. Il me semble toutefois beaucoup plus constituer le moindre de deux maux.

Alors si on appliquait l'arrêt *Sparham-Souter* au par. 738(2) de la *Municipal Act* qui rend prescrite une action à l'expiration d'un an à compter de la date où la cause d'action a pris naissance, la cause d'action du demandeur n'aurait pris naissance qu'en novembre 1978 au moment où le plombier, appelé pour réparer un tuyau crevé, a porté les dommages à son attention. À cette époque toutefois, le par. 738(2) avait été abrogé par la *Limitations Act*, 1975 (C.-B.), chap. 37, entrée en vigueur le 1er juillet 1975.

Comme je l'ai déjà mentionné, la ville a invoqué subsidiairement l'art. 3 de la *Limitations Act* pour arrêter l'action du demandeur. L'article 3 doit toutefois être lu conjointement avec l'art. 6. Les parties de ces articles qui nous intéressent se lisent ainsi:

3. (1) The following actions shall not be brought after the expiration of 2 years after the date on which the right to do so arose:

(*a*) an action for damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising therefrom, whether based on contract, tort, or statutory duty . . . .

6. . . .

(3) The running of time with respect to the limitation periods fixed by this Act for an action

. . .

(b) for damage to property, or

. . .

(e) in which material facts relating to the cause of action have been wilfully concealed

. . .

is postponed and time does not commence to run against a plaintiff until the identity of the defendant is known to him and those facts within his means of knowledge are such that a reasonable man, knowing those facts and having taken the appropriate advice a reasonable man would seek on those facts, would regard those facts as showing

(j) that an action on the cause of action would, apart from the effect of the expiration of a limitation period, have a reasonable prospect of success, and

(k) that the person whose means of knowledge is in question ought, in his own interests and taking his circumstances into account, to be able to bring an action.

(4) For the purpose of subsection (3),

. . .

(b) "facts" include

(i) the existence of a duty owed to the plaintiff by the defendant, and

(ii) that a breach of a duty caused injury, damage, or loss to the plaintiff;

(c) where any person claims through a predecessor in right, title, or interest, the knowledge or means of knowledge of the predecessor before the right, title, or interest passed is that of the first-mentioned person; . . .

. . .

(5) The burden of proving that the running of time has been postponed under subsection (3) is on the person claiming the benefit of the postponement.

[TRADUCTION] **3.** (1) Les actions suivantes se prescrivent par 2 ans à compter de la date à laquelle le droit de les intenter a pris naissance:

a) l'action en dommages-intérêts relativement à des blessures ou à des dommages causés aux biens, y compris la perte financière qui en résulte, peu importe qu'elle soit fondée sur un contrat, un délit ou une obligation légale . . .

6. . . .

(3) Les délais de prescription fixées par la présente loi relativement à une action

. . .

b) pour des dommages causés aux biens, ou

. . .

e) dans laquelle il y a eu dissimulation volontaire de faits importants concernant la cause d'action

. . .

ne commencent à courir contre un demandeur qu'à compter du moment où il connaît l'identité du défendeur et les faits qu'il a les moyens de connaître sont tels qu'un homme raisonnable, connaissant ces faits et ayant reçu l'avis qu'un homme raisonnable aurait demandé au sujet de ces faits, les considérerait comme démontrant

j) qu'une action portant sur la cause d'action aurait, si ce n'était de l'expiration du délai de prescription, des chances de succès raisonnables, et

k) que la personne dont les moyens de connaissance sont en question devrait, dans son propre intérêt et compte tenu des circonstances, être en mesure d'intenter une action.

(4) Aux fins du paragraphe (3),

. . .

b) «faits» s'entend en outre

(i) de l'existence d'une obligation qu'a le défendeur envers le demandeur, et

(ii) du fait que le manquement à une obligation a causé des blessures, des dommages ou une perte au demandeur;

c) lorsqu'une personne fait une demande en se subrogeant à un prédécesseur en droit ou en titre, la connaissance ou les moyens de connaissance du prédécesseur, avant le transfert du droit ou du titre, sont les siens . . .

. . .

(5) Il appartient à la personne qui demande à s'en prévaloir de prouver que le délai de prescription n'a commencé à courir que plus tard en vertu du paragraphe (3).

It seems to me that the purpose of ss. 3(1)(a) and 6(3) was to give legislative effect to the reasoning in *Sparham-Souter* by postponing the running of time until the acquisition of knowledge or means of knowledge of the facts giving rise to the cause of action. The Act has also resolved the problem of stale claims which was the major criticism of the principle. Section 8(1) reads in relevant part:

> **8.** (1) Subject to section 3(3), but notwithstanding a confirmation made under section 5 or a postponement or suspension of the running of time under section 6, 7, or 12, no action to which this Act applies shall be brought after the expiration of 30 years from the date on which the right to do so arose . . . .

However, the 1975 legislation seems also in s. 6(4)(c) to have given statutory effect to the reasoning in *Pirelli* concerning successive purchasers by attributing the knowledge or means of knowledge of a predecessor in title to a subsequent owner. It may be said therefore that the Hughes' knowledge for purposes of the application of s. 6(4)(c) is the plaintiff's knowledge and he is accordingly statute-barred under the section by the Hughes' failure to litigate.

With respect, I do not think it is open to the City to make that argument. I think it would be doing violence to the facts in this case to say that the plaintiff was a person "claiming through" the Hughes. The Hughes were well aware of the structural defects. They were advised of them and of the stop work order by the city's solicitor in April, 1974 and their response was to encourage the City to drop the matter. I cannot see how the Hughes in these circumstances could allege a cause of action against the City so as to start time running against the plaintiff. This being so, the *Limitations Act*, even if applicable to the plaintiff's cause of action, does not assist the City. I find that the plaintiff, when he issued his writ in January 1979, had a valid and subsisting cause of action against the City which was not foreclosed by either s. 738(2)

Il me semble que l'al. 3(1)a) et le par. 6(3) ont pour objet de donner effet au raisonnement adopté dans l'arrêt *Sparham-Souter* en faisant en sorte que le délai de prescription ne commence à courir que lorsqu'on prend connaissance ou on est en mesure de prendre connaissance des faits qui donnent naissance à la cause d'action. La loi en question a également résolu le problème des demandes périmées qui constituait le principal reproche formulé à l'encontre de ce principe. La partie du par. 8(1) qui nous intéresse se lit ainsi:

> [TRADUCTION] **8.** (1) Sous réserve du paragraphe 3(3), mais nonobstant une confirmation en vertu de l'article 5 ou le fait que le délai de prescription ne commence que plus tard ou soit suspendu en vertu de l'un ou l'autre des articles 6, 7 ou 12, toute action à laquelle s'applique la présente loi se prescrit par 30 ans à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter . . .

Toutefois, la législation de 1975 semble également avoir, à l'al. 6(4)c), donné effet au raisonnement adopté dans l'arrêt *Pirelli* concernant les acheteurs successifs, en attribuant la connaissance et les moyens de connaissance d'un prédécesseur en titre à l'acheteur subséquent. On peut donc affirmer, aux fins de l'application de l'al. 6(4)c) que la connaissance qu'avaient les Hughes s'applique au demandeur et que, par conséquent, cet alinéa l'empêche d'intenter une action en raison de l'omission des Hughes de le faire.

Avec égards, je ne crois pas que la ville puisse invoquer cet argument. À mon avis, ce serait aller à l'encontre des faits en présence en l'espèce que d'affirmer que le demandeur est une personne «qui fait une demande en se subrogeant» aux Hughes. Les Hughes étaient bien conscients des vices de structure. Ils ont été avisés de ces vices et de l'ordonnance d'arrêt des travaux par l'avocat de la ville en avril 1974 et, en réponse, ils ont incité la ville à laisser tomber l'affaire. Je ne vois pas comment, dans ces circonstances, les Hughes pouvaient invoquer une cause d'action contre la ville de manière que le délai de prescription commence à courir contre le demandeur. Dans ces conditions, la *Limitations Act*, même si elle s'applique à la cause d'action du demandeur, n'est d'aucune utilité à la ville. Je conclus que lorsqu'il a intenté son

of the *Municipal Act* or s. 3 of the *Limitations Act*.

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Estez and McIntyre JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—This case involves consideration of whether or not a municipal government is under a duty to enforce its building by-law by proceedings in court after inspection has revealed breaches of the by-law in the construction of a building. I have read the reasons for judgment prepared in this matter by my colleague, Wilson J. I am content to accept, generally, her statement of the facts of the case, but because of their importance I wish to stress certain elements.

The son of the respondents Hughes (hereinafter Hughes, Jr.) set about the construction, or the completion of the construction, of a house for his parents, the respondents Hughes. He procured a building permit from the appellant municipality (the City) and deposited construction plans which, according to the building by-law, he was required to follow. Hughes, Jr., as he was required to do under the by-law, called for the inspection of the foundations after some construction work had been done. Being the only inspection called for, it was, according to the by-law, the only one the City was required to make. Not satisfied with the foundations, the inspectors directed corrective steps to be taken, and recommended that professional engineering advice be sought. The inspectors were prepared to cooperate with the builder in the necessary corrective program which was prepared by a qualified engineer, but Hughes, Jr. did not implement the scheme and, as a result, the engineers withdrew from the matter. The City made several further inspections wherein deficiencies in the foundations were noted and, on February 28, 1974, the administrative officer of the city inspection department wrote to Hughes, Jr., informing him that the design he was using for the foundations was unsafe and reimposing an earlier 'stop

action en janvier 1979, le demandeur disposait toujours d'une cause d'action valable contre la ville, qui n'était exclue ni par le par. 738(2) de la *Municipal Act* ni par l'art. 3 de la *Limitations Act*.

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

Version française des motifs des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une municipalité a l'obligation de faire appliquer un règlement de construction par voie de procédures judiciaires après qu'une inspection a révélé qu'il y a eu violation de ce règlement pendant la construction d'un édifice. J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par ma collègue le juge Wilson. J'accepte de façon générale son énoncé des faits, mais à cause de leur importance je tiens à souligner certains éléments.

Le fils des intimés Hughes (ci-après appelé Hughes fils) a entrepris de construire, ou du moins de compléter la construction d'une maison pour ses parents les intimés Hughes. Il s'est procuré un permis de construction auprès de la municipalité appelante (la ville) et a produit des plans auxquels il était tenu de se conformer selon le règlement de construction. Conformément à ce règlement, Hughes fils a demandé l'inspection des fondations après que certains travaux de construction eurent été exécutés. Ce fut la seule inspection qui a été demandée et, selon le règlement, c'était aussi la seule que la ville était tenue de faire. N'étant pas satisfaits des fondations, les inspecteurs ont prescrit des mesures correctives et ils ont recommandé de consulter un ingénieur. Les inspecteurs étaient prêts à collaborer avec le constructeur pour mettre en oeuvre le programme de mesures correctives préparé par un ingénieur diplômé, mais Hughes fils ne l'a pas mis en application, ce qui a amené les ingénieurs à se retirer de l'affaire. La ville a procédé à plusieurs autres inspections au cours desquelles elle a constaté que les fondations étaient inadéquates. Le 28 février 1974, le fonctionnaire responsable du service municipal des inspections a écrit à Hughes fils pour l'informer que le plan utilisé pour les fondations n'était pas conforme aux

work' order. Hughes, Jr. continued to build in defiance of the order and, on April 22, 1974, the city solicitor wrote to him and affirmed that the 'stop work' order would remain in effect. The 'stop work' order was posted on the premises during the month of February, 1974. Further inspections revealed continuing violations of the 'stop work' order. A plumbing permit was issued on August 23, 1974. According to the evidence of one Duncan, one of the building inspectors, the permit was issued to enable the sub-contractor who had completed the plumbing work to be paid, and because it did not interfere with the structural integrity of the building. No occupancy permit for the premises, as required by the building by-law, was ever issued despite many requests by the respondents Hughes.

It was not said, nor could it be said, that there was any negligence on the part of the city inspectors in the inspections they carried out or in the actions they took thereafter. The only fault alleged against the City is a failure to enforce the 'stop work' order. Consideration of the City's duty to the respondent Nielsen must be upon that basis.

The trial judge in very short reasons found both defendants, that is, the City and the respondents Hughes, negligent and, applying the provisions of the *Negligence Act*, R.S.B.C., 1979, c. 298, he apportioned 75 per cent to the respondents Hughes and 25 per cent to the City. He awarded damages in the amount of $45,004.27, which included the costs of the necessary repairs to the building and certain additional expenses which would be borne by the plaintiffs, together with the pre-judgment interest at 10 per cent per annum from December, 1978. An appeal by the City was dismissed.

Lambert J.A. wrote the judgment of the court (Taggart, Lambert and Macdonald JJ.A.) After reciting the facts, he pointed out that the claim made by the plaintiff Nielsen against the City:

exigences en matière de sécurité et que l'ordonnance antérieure d'arrêt des travaux était rétablie. Hughes fils a poursuivi la construction en dépit de cette ordonnance et, le 22 avril 1974, l'avocat de la ville lui a écrit et confirmé que l'ordonnance d'arrêt des travaux resterait en vigueur. L'ordonnance d'arrêt des travaux a été affichée sur les lieux pendant le mois de février 1974. D'autres inspections ont permis de constater que l'on continuait de violer l'ordonnance d'arrêt des travaux. Il y a eu délivrance d'un permis de plomberie le 23 août 1974. Selon le témoignage d'un nommé Duncan, l'un des inspecteurs des bâtiments, le permis a été délivré pour permettre au sous-traitant qui avait exécuté les travaux de plomberie d'être payé et parce que cela n'avait aucune incidence sur la solidité de l'édifice. Le permis d'occupation des lieux, requis par le règlement de construction, n'a jamais été délivré malgré plusieurs demandes en ce sens de la part des intimés Hughes.

On n'a pas affirmé et on ne saurait affirmer qu'il y a eu négligence quelconque de la part des inspecteurs de la ville dans les inspections qu'ils ont faites ou dans les mesures qu'ils ont prises par la suite. La seule faute que l'on reproche à la ville est l'omission de faire respecter l'ordonnance d'arrêt des travaux et c'est en fonction de cela que doit être faite l'analyse de l'obligation qu'a la ville envers l'intimé Nielsen.

Dans de très courts motifs, le juge de première instance a conclu qu'il y a eu négligence de la part des deux défendeurs, c'est-à-dire la ville et les intimés Hughes, et appliquant les dispositions de la *Negligence Act*, R.S.B.C., 1979, chap. 298, il a attribué 75 p. 100 de la responsabilité aux Hughes et 25 p. 100 à la ville. Il a accordé des dommages-intérêts de 45 004,27 $ qui comprenaient le coût des réparations que devrait subir l'édifice et certaines autres dépenses supplémentaires qui seraient supportées par les demandeurs, avec intérêts avant jugement au taux de 10 p. 100 l'an à compter de décembre 1978. L'appel interjeté par la ville a été rejeté.

Le juge Lambert a rédigé les motifs de jugement de la Cour d'appel composée des juges Taggart, Lambert et Macdonald. Après avoir exposé les faits, il souligne que la réclamation soumise par le demandeur Nielsen contre la ville:

. . . was for negligence in failing to take steps to enforce the stop work order or to condemn the building as unfit for habitation.

He posed the question which confronted the court in these terms:

Was there, in this case, a private law duty owed by the city to an as yet unrevealed Mr. Nielsen, "over and above, or perhaps alongside" the public law duty of inspection and the related public law duties under the Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, and the Kamloops building by-law?

He adopted the terminology and reasoning of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, in deciding on the existence of a private law duty of care and then said:

A private law duty of care may exist whether the corresponding public law imposes a duty or merely grants a power. Decisions as to the manner of performing the duty or as to whether to exercise the power, or, if it is exercised, as to the manner of performance, may raise alternative courses of action. If the decision as to the choice of alternatives should be classified as a policy or planning decision, that is, a decision involving allocation of scarce resources or balancing such factors as efficiency and thrift, then there is no liability in the realm of private law for making a choice which causes harm. If the decision as to the choice of alternatives should be classified as an operational decision then the particular choice, the particular decision, and the particular omission or commission must be examined to see whether the ordinary principles of the law of negligence operate to impose a private law liability. The relationship of proximity or lack of proximity between the parties that determines whether a private law liability should be imposed arises, of course, from the behaviour of the public authorities in response to the public law duty or power.

Then, after referring to parts of the building by-law, he continued:

In my opinion those provisions established a public law duty on the building inspector to prevent the continuation of the construction of the building on structur-

[TRADUCTION] . . . se fonde sur la négligence dont on a fait preuve en ne prenant pas les mesures nécessaires pour faire respecter l'ordonnance d'arrêt des travaux ou pour faire déclarer l'édifice inhabitable.

Il formule la question soumise à la cour en ces termes:

[TRADUCTION] En l'espèce, la ville avait-elle, envers M. Nielsen qui ne s'était pas encore manifesté, une obligation de droit privé «additionnelle ou peut-être parallèle» à l'obligation de droit public d'inspection et aux obligations de droit public connexes qui lui incombaient en vertu de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255 et du règlement de construction de la ville de Kamloops?

Après avoir adopté la terminologie et le raisonnement de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence relevant du droit privé, il ajoute:

[TRADUCTION] Une obligation de diligence relevant du droit privé peut exister peu importe que le droit public correspondant impose une obligation ou confère simplement un pouvoir. Les décisions quant à la manière de remplir une obligation ou quant à savoir s'il faut exercer le pouvoir ou, s'il est exercé, quant à la manière de l'exercer, peuvent donner lieu à différentes lignes de conduite. Si la décision quant au choix des solutions doit être considérée comme une décision de politique ou de planification, c'est-à-dire une décision comportant la répartition de ressources limitées ou la prise en considération de facteurs tels que l'efficacité ou l'économie, alors il n'y a pas de responsabilité de droit privé pour avoir fait un choix qui cause un préjudice. Si la décision relative au choix des solutions doit être considérée comme une décision d'exécution, alors ce choix particulier, cette décision particulière et cette omission ou action particulière doivent être analysées pour déterminer si les principes ordinaires du droit en matière de négligence s'appliquent de manière à imposer une responsabilité de droit privé. Le rapport de proximité ou d'éloignement entre les parties qui permet de déterminer s'il y a responsabilité de droit privé découle évidemment de la conduite adoptée par les autorités publiques face au pouvoir ou à l'obligation de droit public.

Puis, après avoir mentionné certaines parties du règlement de construction, il poursuit:

[TRADUCTION] À mon avis, ces dispositions imposaient à l'inspecteur des bâtiments l'obligation de droit public d'arrêter la construction de l'édifice sur des fon-

ally unsound foundations after it came to his notice that the foundations were unsound and a public law duty on the building inspector to prevent the occupancy of the building by Mr. and Mrs. Hughes Sr. or by Mr. Nielsen. Those public law duties should, in the last resort, have been exercised by seeking an injunction under the powers given by ss. 734 and 735 (now ss. 750 and 751) of the Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255.

I turn now to the private law duty. The conduct of the building inspector in response to the public law duties involved decisions on alternative courses of conduct which were, in my opinion, operational in character. The building was a danger to the occupant of the house and to adjoining property owners. It may have been a danger to anyone in the house. Policy decisions could have confronted the city as to whether to prosecute or to seek an injunction. There may have been other policy choices. But a decision not to act at all, or a failure to decide to act, cannot be supported by any reasonable policy choice. That decision or failure was not "within the limits of a discretion bona fide exercised", using again the words of Lord Wilberforce. It was certainly open to the trial judge to reach that conclusion. Indeed, having regard to the evidence of Mr. Backmeyer, it was open to the trial judge to conclude that the decision not to act or the failure to decide to act, was influenced by the pressure exerted by Mr. Hughes Sr. in his capacity as alderman.

I would interject here to say that, having read the entire record, I have been unable to find any evidence which would support any such inference of impropriety on the part of the Council. Later he said:

> The duty of the building inspector was not a duty to warn. It was a duty to prevent the construction of the house and a duty to prevent its occupation.

It will be seen that Lambert J.A. has applied the principles expressed by Lord Wilberforce in the *Anns* case to find a private duty upon the building inspector to prevent construction and occupation once the defective construction has been discovered by seeking an injuction under the powers conferred in ss. 734 and 735 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255. I have difficulty with the application of the trilogy of cases much discussed in this and other recent cases: *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, [1972] 1 All E.R. 462;

dations inadéquates après avoir constaté que les fondations étaient inadéquates, ainsi que l'obligation de droit public d'empêcher M. et Mme Hughes ou M. Nielsen d'occuper l'édifice. Ces obligations de droit public auraient dû, en dernier recours, être remplies en demandant une injonction en vertu des pouvoirs conférés par les art. 734 et 735 (maintenant art. 750 et 751) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255.

Je traiterai maintenant de l'obligation de droit privé. La conduite de l'inspecteur des bâtiments face aux obligations de droit public comportait des décisions sur des mesures possibles qui relevaient, à mon avis, de l'aspect exécution. L'édifice constituait un danger pour ses occupants et pour les propriétaires des immeubles avoisinants. Il peut avoir constitué un danger pour quiconque s'y trouvait. La ville aurait pu avoir à prendre la décision de poursuivre ou de demander une injonction. Il y avait peut-être d'autres possibilités qui s'offraient. Mais la décision de ne rien faire du tout ou l'omission de décider d'agir ne pouvait nullement s'appuyer sur un choix de politique raisonnable. Cette décision ou cette omission n'était pas «dans les limites d'un pouvoir discrétionnaire exercé de bonne foi» selon les termes employés par lord Wilberforce. Il était certainement loisible au juge de première instance d'arriver à cette conclusion. En réalité, compte tenu du témoignage de M. Backmeyer, il était loisible au juge de première instance de conclure que la décision de ne rien faire ou l'omission de décider d'agir a été le résultat des pressions exercées par M. Hughes père, à titre d'échevin.

J'ajouterais ici qu'après avoir lu tout le dossier j'ai été incapable de trouver quelque élément de preuve qui justifierait pareille conclusion d'irrégularité de la part du conseil. Plus loin, il affirme:

> [TRADUCTION] L'obligation de l'inspecteur des bâtiments n'était pas une obligation d'avertir. C'était une obligation d'empêcher la construction de la maison et une obligation d'empêcher son occupation.

On constatera que le juge Lambert de la Cour d'appel a appliqué les principes énoncés par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* pour conclure que l'inspecteur des bâtiments avait une obligation de droit privé d'empêcher la construction et l'occupation, dès la découverte du vice de construction, en demandant une injonction en vertu des pouvoirs conférés par les art. 734 et 735 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255. Je trouve difficile d'appliquer aux faits de l'espèce les trois arrêts analysés en détail en l'espèce et dans d'autres

Home Office v. Dorset Yacht Co., [1970] A.C. 1004; and *Anns, supra*, to the facts of the case at bar. In each of those cases the courts considered the position of a public authority whose liability depended upon the negligent conduct of their employees. *Dutton* was a case of faulty inspection of building construction. The *Dorset Yacht Co.* case was one of negligent supervision of prisoners, and *Anns* dealt with faulty building inspection. In each case the liability of the public authority was vicarious and depended upon the underlying negligence of its employees. In *Anns*, Lord Wilberforce held that a private law duty of care could arise in these circumstances, the breach of which would give to a person injured a cause of action for damages against the public authority. There is nothing novel in this proposition as far as Canadian law is concerned. Robertson J.A. pointed this out in *McCrea v. White Rock (City of)* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525, [1975] 2 W.W.R. 593, at p. 541 and p. 610, respectively, where he said:

> I am of the opinion that, where there is a duty to inspect and the person on whom the duty rests enters on its performance and carries it out in a negligent way, a person who thereby suffers damage has a cause of action against him.

He cited in support *Ostash v. Sonnenberg* (1968), 63 W.W.R. 257, in the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, where liability was found against a gas inspector for negligent inspection of a gas appliance, as well as against his employer, the Crown.

This is not, however, the case before us. The building inspector had a duty to enforce the by-law. In pursuance of that duty the inspector and his associates by adequate inspection found the defects, directed correction and when correction was not made issued a 'stop work' order. They posted a notice of the 'stop work' order on the premises and declined to issue an occupancy permit, despite repeated requests by the Hughes.

affaires récentes: *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, [1972] 1 All E.R. 462, *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004, et *Anns*, précité. Dans chacun de ces arrêts, les cours ont analysé la situation d'un organisme public dont la responsabilité découlait de la négligence de ses employés. L'arrêt *Dutton* concerne la mauvaise inspection d'un immeuble en construction, l'arrêt *Dorset Yacht Co.* porte sur la surveillance fautive de prisonniers et l'arrêt *Anns* sur une mauvaise inspection d'édifice. Dans chacun de ces cas, la responsabilité de l'organisme public était une responsabilité du fait d'autrui et découlait de la négligence de l'un de ses employés. Dans l'arrêt *Anns*, lord Wilberforce a conclu que, dans les circonstances de l'affaire, il pouvait exister une obligation de diligence relevant du droit privé et que le manquement à cette obligation constituerait, pour une personne lésée, une cause d'action en dommages-intérêts contre l'organisme public. Il n'y a rien de nouveau dans cette affirmation pour ce qui est du droit canadien. Le juge d'appel Robertson le souligne dans l'arrêt *McCrea v. White Rock (City of)* (1974), 56 D.L.R. (3d) 525, [1975] 2 W.W.R. 593, à la p. 541 et à la p. 610 respectivement, où il affirme:

> [TRADUCTION] À mon avis, celui qui subit un préjudice parce qu'une personne procède de façon négligente à une inspection qu'elle est tenue de faire a une cause d'action contre elle.

Il cite à l'appui de cette affirmation l'arrêt *Ostash v. Sonnenberg* (1968), 63 W.W.R. 257, rendu par la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui a conclu à la responsabilité d'un inspecteur du gaz et à celle de son employeur, Sa Majesté, pour négligence dans l'inspection d'un appareil à gaz.

Ce n'est cependant pas le cas qui nous est soumis. L'inspecteur des bâtiments avait l'obligation d'appliquer le règlement. En exécution de cette obligation, l'inspecteur et ses adjoints ont, grâce à une inspection adéquate, découvert les vices de construction, prescrit des mesures correctives et, ces mesures correctives n'ayant pas été appliquées, ils ont délivré une ordonnance d'arrêt des travaux. Ils ont affiché un avis de l'ordonnance

No complaint has been made of the manner of inspection and no allegation of negligence in that respect has been made. The building inspectors have fully and adequately performed their duties in the case at bar and no vicarious liability can be visited upon the City because of any failure on their part. The only complaint seriously advanced in this Court has been non-enforcement by proceedings in court.

This is a situation fundamentally different from that arising in *Anns* or in the other cases it referred to. If liability is to be found against the City in this case, it can have nothing to do with the conduct of the building inspectors. It can only be on the basis of its own conduct in not seeking to enforce the 'stop work' order and to prevent the occupation of the unsafe house by legal proceedings. Since the case sounds in negligence, it must be shown that the City was under a duty to enforce its by-law by proceeding in the courts and that that duty was one the non-performance of which could give a cause of action in damages to persons injured.

The City argued in this Court that it was under no duty to the Hughes or Nielsen to exercise its power to prosecute or sue the Hughes in order to procure compliance with the by-law. The power is permissive, lying within the discretion of the City and one in which, on the authorities, the Court would not interfere. To recognize a duty upon the City to enforce its by-law by legal proceedings would impose an impossible burden upon it, one exceeding any burden imposed by the governing statute, the *Municipal Act*.

The *Municipal Act, supra,* in force at the relevant time, deals with enforcement of municipal by-laws in ss. 734 and 735 in these terms:

734. (1) Any by-law adopted under this Act *may be enforced*, and the breach of any by-law, resolution, or

d'arrêt des travaux sur les lieux et refusé de délivrer le permis d'occupation malgré les demandes répétées des Hughes. On ne s'est pas plaint de la façon de procéder à l'inspection et on n'a pas allégué de négligence à cet égard. Les inspecteurs des bâtiments ont complètement et fidèlement rempli leurs obligations en l'espèce et la ville n'encourt aucune responsabilité du fait d'autrui à cause d'une faute quelconque de leur part. Le seul grief sérieusement formulé en cette Cour a été l'omission de faire appliquer le règlement par voie de procédures judiciaires.

Cette situation diffère fondamentalement de celle en présence dans l'arrêt *Anns* ou dans les autres arrêts qui y sont mentionnés. Si l'on doit conclure à la responsabilité de la ville en l'espèce, ce ne peut être en raison de la conduite des inspecteurs des bâtiments. Ce ne peut être qu'en raison de la conduite de la ville elle-même qui n'a cherché ni à faire respecter l'ordonnance d'arrêt des travaux ni à empêcher, par voie de procédures judiciaires, l'occupation de la maison qui n'était pas conforme aux exigences en matière de sécurité. Puisque l'affaire repose sur la responsabilité pour négligence, il faut démontrer que la ville avait l'obligation de faire appliquer son règlement par voie de procédures judiciaires et que l'omission de remplir cette obligation pouvait constituer une cause d'action en dommages-intérêts pour les personnes lésées.

La ville a soutenu en cette Cour qu'elle n'avait, envers les Hughes ou envers Nielsen, aucune obligation d'exercer le pouvoir qu'elle possédait de poursuivre les Hughes pour faire respecter le règlement. Il s'agit d'un pouvoir facultatif que la ville peut exercer à son gré et dans l'exercice duquel la Cour, selon la jurisprudence, ne doit pas intervenir. Reconnaître que la ville a l'obligation d'appliquer son règlement par voie de procédures judiciaires serait lui imposer un fardeau impossible qui dépasserait tous ceux prévus dans la loi applicable, la *Municipal Act*.

La *Municipal Act*, précitée, en vigueur à l'époque en cause, traite ainsi de l'application des règlements municipaux, aux art. 734 et 735:

[TRADUCTION] **734.** (1) Tout règlement adopté en vertu de la présente loi *peut être appliqué* et la violation

regulation of the Council or any provision of this Act restrained by action, suit, or proceeding in the Supreme Court or a County Court whether or not any penalty has been imposed for such breach.

(2) Any civil action, suit, or proceeding to enforce, or to prevent or restrain the breach of, any by-law, resolution, or regulation of the Council or any provision of this Act, or relating to any damage to or interference with any highway or any property of the municipality, *may be brought or taken by and in the name of the municipality*; and neither the Crown nor the Attorney-General, nor any officer of the Crown, is a necessary party plaintiff to any such action, suit, or proceeding; provided, however, that in all cases a municipality shall, before the expiration of the time limited by the writ for appearance by the defendant, or within such further time as may be added by the Court in which such action is brought, serve a copy of such writ on the Attorney-General.

735. Where a building is erected or used, or land is used, in contravention of a by-law adopted under the authority of this Act, in addition to any other remedy provided in this Act, and to any penalty imposed by the by-law, *such contravention may be restricted by action at the instance of the municipality alone.*

and see s. 715:

715. (1) The *Council may by by-law* authorize

(*a*) the demolition, removal, or the bringing up to a standard specified in the by-law of a building, structure, or thing, in whole or in part, that is

(i) in contravention of any by-law; or,

(ii) in the opinion of Council, in an unsafe condition; or

(*b*) the filling-in, covering-over, or alteration in whole or in part of an excavation that is

(i) in contravention of any by-law; or

(ii) in the opinion of Council, in an unsafe condition.

(2) A by-law adopted under subsection (1) shall provide for thirty days' notice of the comtemplated action to be given the owner, tenant, or occupier of the real property affected.

(3) An appeal lies to a Judge of the County Court having jurisdiction against the contemplated action under any by-law aforesaid.

de tout règlement, résolution ou ordonnance du conseil ou de toute disposition de la présente loi peut être empêchée par voie d'action, de poursuite ou de procédure devant la Cour suprême ou une cour de comté, qu'une peine ait été imposée ou non pour cette violation.

(2) Toute action, poursuite ou procédure civile visant à faire appliquer un règlement, une résolution ou une ordonnance du Conseil ou une disposition quelconque de la présente loi, ou encore à prévenir ou à empêcher leur violation, ou toute action, poursuite ou procédure civile relative à toute atteinte à une route ou à un bien de la municipalité, ou à des dommages causés à ceux-ci, *peut être engagée ou intentée par la municipalité et en son nom*; et ni Sa Majesté, ni le procureur général, ni aucun autre fonctionnaire de Sa Majesté n'est nécessairement demandeur dans une telle action, poursuite ou procédure pourvu toutefois que, dans tous les cas, la municipalité signifie au procureur général une copie du bref dans le délai imparti dans ledit bref pour la comparution du défendeur ou dans tout autre délai supplémentaire que la cour saisie de l'action peut fixer.

735. Lorsqu'un édifice est érigé ou utilisé ou un bien-fonds utilisé en contravention d'un règlement adopté en application de la présente loi, en sus de tout autre redressement prévu dans la présente loi et de toute autre peine imposée par le règlement, *cette contravention au règlement peut être empêchée par voie d'action en justice à la demande de la seule municipalité.*

Puis l'article 715:

[TRADUCTION] **715.** (1) Le *conseil peut, par règlement*, autoriser

a) la démolition, l'enlèvement ou la modification conformément à une norme mentionnée dans le règlement d'un édifice, d'une structure ou d'une chose qui, en totalité ou en partie,

(i) viole un règlement quelconque; ou

(ii) de l'avis du conseil constitue un danger; ou

b) le remplissage, la fermeture ou la modification en totalité ou en partie de toute excavation qui

(i) viole un règlement quelconque; ou

(ii) de l'avis du conseil constitue un danger.

(2) Un règlement adopté en vertu du paragraphe (1) prescrira qu'un préavis de trente jours de l'action envisagée par le conseil devra être donné au propriétaire, au locataire ou à l'occupant de l'immeuble touché.

(3) Il peut être interjeté appel, devant un juge de la cour de comté ayant compétence, de toute action envisagée en vertu d'un règlement susmentionné.

(4) Notice of an appeal under subsection (3) shall be given the municipality within ten days from the date of the notice given under the by-law to the owner, tenant, or occupier of the affected premises.

(5) The Judge shall hear and finally determine the matter, making such order as seems meet to him.

(6) At the expiration of the thirty-day period mentioned in subsection (2), it shall be competent for the proper authorized official to proceed in accordance with the by-law or the decision of the Judge, as the case may be. [Emphasis added.]

The provisions of the building by-law passed by the City, pursuant to the discretionary powers given in s. 714 of the *Municipal Act*, provide in s. 900:

900. The building inspector shall enforce the provisions of this by-law and administer the by-law.

This section imposes a duty on the building inspector with respect to enforcement matters within his competence, but in my view does not include authority to commence proceedings in court. The duty is satisfied when the building inspector, having made an adequate inspection and issued the 'stop work' order, reports fully to the Council. This duty was fully performed in the case at bar. Further steps towards enforcement are beyond the competence of the inspectors and solely within the powers of the Council to be exercised by by-law or resolution of the Council (see s. 165 of the *Municipal Act*). It will be observed that the sections give a statutory power to enforce its by-law by court proceedings or demolition without imposing a statutory duty to do so.

It has been held that a municipality has no duty to enforce by-laws passed under statutory powers which leave a discretion as to whether such powers may be exercised or not. The provisions of the *Municipal Act* of British Columbia which empower the passage of a building by-law are found in s. 714 of the Act and are clearly permissive. The provisions of ss. 734, 735 and 715, cited above,

(4) L'avis d'un appel interjeté en vertu du paragraphe (3) doit être transmis à la municipalité dans les dix jours de la date de transmission au propriétaire, locataire ou occupant des lieux touchés du préavis prévu au règlement.

(5) Le juge instruit l'affaire et il statue sur celle-ci en rendant l'ordonnance qu'il estime appropriée.

(6) À l'expiration du délai de trente jours mentionné au paragraphe (2), il sera loisible au fonctionnaire dûment autorisé de procéder conformément au règlement ou à la décision du juge selon le cas. [Les italiques sont de moi.]

Le règlement de construction adopté par la ville, conformément aux pouvoirs discrétionnaires conférés par l'art. 714 de la *Municipal Act*, dispose à son art. 900:

[TRADUCTION] **900.** L'inspecteur des bâtiments doit appliquer les dispositions du présent règlement.

Cet article impose à l'inspecteur des bâtiments une obligation quant aux questions d'application qui relèvent de sa compétence, mais, à mon avis, il ne lui confère pas le pouvoir d'intenter des procédures judiciaires. Cette obligation est remplie lorsque l'inspecteur des bâtiments présente un rapport détaillé au conseil après avoir fait une inspection adéquate et délivré une ordonnance d'arrêt des travaux. En l'espèce, il a rempli cette obligation parfaitement. Les autres démarches qui visent à faire appliquer le règlement relèvent non pas de la compétence des inspecteurs, mais uniquement des pouvoirs du conseil qui doivent être exercés par voie de règlement ou de résolution (voir l'art. 165 de la *Municipal Act*). On constate que les articles confèrent le pouvoir d'appliquer les règlements du conseil par voie de procédures judiciaires ou d'ordonnance de démolition sans imposer l'obligation de le faire.

On a conclu qu'une municipalité n'est pas obligée d'appliquer les règlements adoptés en vertu de pouvoirs conférés par une loi qui laisse toute latitude quant à l'exercice de ces pouvoirs. Les dispositions de la *Municipal Act* de la Colombie-Britannique qui permettent l'adoption d'un règlement de construction se trouvent à l'art. 714 de la Loi et sont manifestement facultatives. Les dispositions précitées des art. 734, 735 et 715 accordent le pouvoir d'intenter des procédures judiciaires pour

give a power to take legal steps towards enforcement but impose no duty.

In *Brown v. Hamilton (City of)* (1902), 4 O.L.R. 249, the City of Hamilton had passed a by-law which prohibited the setting off of fireworks in the city streets. The by-law had for many years been ignored by the public and, presumably, by the City. The plaintiff was injured by a Roman candle during a display of fireworks in the streets. He sued the City for damages arising from its failure to enforce its by-law. In the High Court, Chancellor Boyd said, at p. 251:

> Having enacted such a by-law, there is no duty cast on the municipality to see to its enforcement.

and at p. 252 he added:

> The argument of the plaintiff was that a cause of action arose because the city had passed a by-law, and that the by-law was systematically disregarded to the knowledge of the officers of the city, and that no steps were ever taken to enforce it by the city.
>
> This is a novel proposition, which has its sole sanction in the decisions of the Maryland courts, but is opposed to all other American, English and Canadian authorities.

In another trial judgment in *Bertrand v. Neilson and City of Vancouver*, [1934] 3. W.W.R. 433, a case where the plaintiff sought damages against the City for injuries alleged to have been caused or contributed to by the non-enforcement of a traffic and parking by-law, passed under powers given in the *Vancouver Incorporation Act*, Robertson J. of the British Columbia Supreme Court considered a breach of a permissive by-law would not render a city liable to a third party injured by the breach. In so doing, he referred to *Sheppard v. Glossop (Borough of)*, [1921] 3 K.B. 132; *Stevens and Willson v. Chatham (City of)*, [1934] S.C.R. 353; and *Sanitary Commissioners of Gibraltar v. Orfila* (1890), 15 A.C. 400.

faire appliquer les règlements, mais elles n'imposent aucune obligation de le faire.

Dans l'affaire *Brown v. Hamilton (City of)* (1902), 4 O.L.R. 249, la ville d'Hamilton avait adopté un règlement qui interdisait l'utilisation de feux d'artifice dans les rues de la ville. Pendant plusieurs années, le public et vraisemblablement la ville n'avaient pas tenu compte de ce règlement. Le demandeur a été blessé par une chandelle romaine au cours d'un spectacle de feux d'artifice dans les rues. Il a intenté contre la ville une action en dommages-intérêts fondée sur l'omission de cette dernière de faire appliquer son règlement. En Haute Cour, le chancelier Boyd a affirmé, à la p. 251:

> [TRADUCTION] Après avoir adopté un tel règlement, il n'y a pas d'obligation pour la municipalité de veiller à son application.

et à la p. 252, il ajoute:

> [TRADUCTION] Le demandeur soutient qu'il a une cause d'action parce que la ville a adopté un règlement, que le règlement a été systématiquement enfreint au su des fonctionnaires de la ville et que la ville n'a jamais pris aucune mesure pour faire appliquer le règlement.
>
> C'est là une proposition nouvelle qui n'a été sanctionnée que par des décisions des tribunaux du Maryland, mais elle est contraire à tous les autres précédents américains, anglais et canadiens.

Dans une autre décision de première instance, *Bertrand v. Neilson and City of Vancouver*, [1934] 3 W.W.R. 433, où le demandeur avait réclamé à la ville des dommages-intérêts pour des blessures qui auraient été causées en totalité ou en partie par suite de l'omission d'appliquer un règlement de circulation et de stationnement adopté en vertu de pouvoirs conférés par la *Vancouver Incorporation Act*, le juge Robertson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que la violation d'un règlement facultatif ne rendait pas la ville responsable envers un tiers blessé par suite de cette violation. Ce faisant, il a mentionné les arrêts *Sheppard v. Glossop (Borough of)*, [1921] 3 K.B. 132, *Stevens and Willson v. Chatham (City of)*, [1934] R.C.S. 353 et *Sanitary Commissioners of Gibraltar v. Orfila* (1890), 15 A.C. 400.

In *Toronto (City of) v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 (Ont. C.A.), the City brought proceedings for an injuction to restrain the use by the defendant of her house as a multiple family dwelling house in an area zoned against such use. For a number of years, the City had maintained a "deferred list" of known offenders of the zoning by-law against whom no prosecutions were to be brought during the current year. The list was subject to annual review. By this device, the City was exercising a discretion to prosecute some offenders and not others. The defendant, not being on the list, became the target of the City's action and resisted it on the ground that the action of the City was inequitable and discriminatory. The defendant succeeded at trial but an appeal was allowed (Schroeder, Jessup and Brooke JJ.A.) Three separate opinions were written. Schroeder J.A. said, at pp. 696-97:

As members of the city corporation the inhabitants are entitled to look to the duly elected representatives who comprise the municipal council for enforcement of the provision of by-laws passed for their protection, and in enforcing those by-laws the corporation, whether by means of a prosecution or in a suit for injunctive relief, acts on behalf of all the inhabitants. The municipality, acting through its council and duly appointed officials, occupies in a more restricted sense the same position as does the Attorney-General who represents the Crown in its capacity as *parens patriae* charged with the responsibility of enforcing the rights of the public when they are violated. The decision whether or not the Attorney-General should prosecute or sue is a matter for him, and the Courts have no power to question his right to do so or to refrain from doing so as distinct from his right to relief.

The Attorney-General is in a different position from the ordinary litigant, for he represents the public interest in the commmunity at large; when he intervenes to ask for relief the Courts should pay great heed to his intervention and only refuse relief in the most exceptional circumstances: *Atty-Gen'l v. Harris*, [1961] 1 Q.B. 75.

In my opinion the city, acting in a more restricted sphere in the enforcement of its own by-laws, is likewise in a different position from the ordinary litigant. The

Dans l'affaire *Toronto (City of) v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 (C.A. Ont.), la ville a demandé une injonction en vue d'empêcher la défenderesse d'utiliser sa maison comme habitation à logis multiples dans un secteur dont le zonage interdisait cette utilisation. Pendant un certain nombre d'années, la ville avait tenu une «liste de sursis» des contrevenants connus au règlement de zonage qui ne feraient pas l'objet de poursuites pendant l'année courante. La liste était révisée chaque année. Par ce moyen, la ville exerçait un pouvoir discrétionnaire de poursuivre certains contrevenants et de ne pas poursuivre certains autres. La défenderesse, dont le nom ne figurait pas sur la liste, a fait l'objet d'une action intentée par la ville et l'a contestée pour le motif que cette action était injuste et discriminatoire. La défenderesse a eu gain de cause en première instance, mais l'appel a été accueilli (les juges d'appel Schroeder, Jessup et Brooke). Les trois juges ont rédigé des motifs distincts. Le juge Schroeder affirme, aux pp. 696 et 697:

[TRADUCTION] Comme membres de la municipalité, les citoyens ont le droit de s'en remettre à leurs représentants dûment élus qui forment le conseil municipal pour ce qui est d'appliquer les dispositions des règlements adoptés pour leur protection, et, en appliquant ces règlements par voie de poursuites ou de demande d'injonction, la municipalité agit pour le compte de tous les citoyens. La municipalité qui agit par l'entremise de son conseil et de fonctionnaires dûment nommés est, dans un sens plus restreint, dans la même situation que le procureur général qui représente Sa Majesté en sa capacité de *parens patriae* chargé de faire valoir les droits du public lorsque ceux-ci sont violés. Il appartient au procureur général de décider s'il doit poursuivre et les tribunaux n'ont aucun droit de regard sur son droit de poursuivre ou de ne pas poursuivre, par opposition à son droit au redressement.

Le procureur général n'est pas dans la même situation qu'un plaideur ordinaire, car il représente l'intérêt public dans l'ensemble de la collectivité; lorsqu'il intervient pour demander un redressement, les tribunaux doivent prêter une attention toute particulière à son intervention et ne refuser le redressement que dans les circonstances les plus exceptionnelles: *Atty-Gen'l v. Harris*, [1961] 1 Q.B. 75.

À mon avis, lorsqu'elle agit dans un domaine plus restreint en appliquant ses propres règlements, la ville est, elle aussi, dans une situation différente de celle d'un

inhabitants and the municipality are sufficiently interested in the dispute to warrant intervention by the corporation for the purpose of asserting public rights, and the dispute is not one between individuals. Rather it is one between the public and a small section of the public refusing to comply with the by-law. In suits in which the Court's equitable jurisdiction is invoked and the clean hands doctrine is pleaded regard must be had to the nature of the relief sought and the character in which the plaintiff is suing. It would be a most extraordinary result if in a suit brought by an individual taxpayer, a course sanctioned by s. 486 of the *Municipal Act*, the relief were to be granted, but in a suit brought by the city, representing the general body of ratepayers, the suit should fail. The result appears even more incongruous when it is considered that the mere passing of a by-law by a municipal corporation does not cast any legal duty on the municipality to see to its enforcement: *Brown v. City of Hamilton* (1902), 4 O.L.R. 249 (*per* Chancellor Boyd).

And later he said, at pp. 698-99, in reference to the deferred list:

No doubt, to persons who are obliged to comply with the by-law this practice may present the appearance of policitical favouritism or it may smack of discrimination. It is one of the difficult problems of administration to decide what acts are harmless in themselves in particular circumstances or, in isolated instances, must be forbidden in the public interest, or what acts may be tolerated without doing injury to the public interest. Without embarking on a wide-ranging inquiry into all these other cases which are, in reality, *res inter alios acta*, the Court cannot determine whether the decision of the Committee was right or wrong, fair or unfair, in the particular circumstances. Be that as it may, that course is not open to us in these proceedings and the Court has neither the right nor the power to control the exercise of Council's discretion by either direct or indirect means, except, possibly, in a case where Council lays down a general policy not to enforce its restrictive zoning by-laws: *Vide R. v. Commissioner of Police, Ex p. Blackburn*, [1968] 2 W.L.R. 893.

Jessup J.A., while expressing a different view as to the findings of fact by the trial judge than that suggested by Schroeder J.A., supported the view that the Council's discretion in enforcing zoning by-laws was not, as a rule, reviewable by a court. He said, at p. 703:

plaideur ordinaire. Les citoyens de la municipalité sont suffisamment intéressés par le différend pour justifier une intervention de la municipalité dans le but de faire valoir les droits du public et il ne s'agit pas alors d'un différend entre particuliers. Il s'agit plutôt d'un différend entre le public et une minorité qui refuse de se conformer aux règlements. Dans les poursuites où l'on invoque la compétence en *equity* de la cour et la théorie de l'attitude irréprochable, il faut tenir compte de la nature du redressement demandé et de la qualité en laquelle le demandeur agit. Ce serait un résultat tout à fait exceptionnel si, dans une poursuite intentée par un contribuable, ce qui est permis par l'article 486 de *The Municipal Act*, le redressement demandé était accordé, mais qu'il ne le soit pas dans le cas d'une procédure intentée par la ville à titre de représentante de l'ensemble des contribuables. Le résultat paraît encore plus absurde si l'on considère que la simple adoption d'un règlement par une municipalité n'impose à celle-ci aucune obligation juridique de veiller à son application: *Brown v. City of Hamilton* (1902), 4 O.L.R. 249 (*le* chancelier Boyd).

Il dit plus loin aux pp. 698 et 699 à propos de la liste de sursis:

[TRADUCTION] Sans doute, pour les personnes tenues de se conformer au règlement, cette pratique peut apparaître comme du favoritisme politique ou sentir la discrimination. C'est là une des difficultés administratives que de décider quels actes sont inoffensifs en soi dans certaines circonstances ou, dans certains cas isolés, doivent être interdits au nom de l'intérêt public, ou quels actes peuvent être tolérés sans porter atteinte à l'intérêt public. À moins d'entreprendre un examen approfondi de tous ces autres cas qui sont, en réalité, *res inter alios acta*, la cour ne peut dire si la décision du comité était bonne ou mauvaise, juste ou injuste dans les circonstances données. Quoi qu'il en soit, cette décision ne relève pas de nous en l'espèce et la cour n'a ni le droit ni le pouvoir de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire du conseil de façon directe ou indirecte, sauf peut-être dans le cas où le conseil établirait une politique générale de ne pas appliquer ses règlements de zonage restrictifs: voir *R. v. Commissioner of Police, Ex p. Blackburn*, [1968] 2 W.L.R. 893.

Tout en exprimant un point de vue différent de celui du juge Schroeder quant aux constatations de fait du juge de première instance, le juge Jessup a été d'avis que le pouvoir discrétionnaire du conseil d'appliquer les règlements de zonage ne pouvait, en règle générale, faire l'objet d'un examen judiciaire. Il affirme, à la p. 703:

In his statement of law and fact, filed, counsel for the appellant concedes, "The 'deferred list' practice is admittedly open to abuse". However, it is to be emphasized that the learned trial Judge made no finding of corruption in the "deferred list" practice. There was absolutely no evidence of impropriety of that or like nature. In the absence of such evidence it is to be assumed that in placing properties on the "deferred list" the members of the Committee on Buildings and Development exercised *bona fides* the discretion they undoubtedly have in the enforcement of the city's zoning enactments: *Brown v. City of Hamilton* (1902), 4 O.L.R. 429.

Brooke J.A. reached his conclusion for different reasons, but recognized as well as the other judges the discretionary nature of municipal prosecution to enforce its by-laws. He said, at pp. 707-08:

Municipal council has a discretion as to when it will prosecute for a breach of or sue to enforce the provisions of the zoning by-law. To deny the discretion in municipal council would be to place the most technical breach of the by-law beside the most blatant and to remove from consideration the harm done to the offender and the value to the community of the proposed proceedings when considering when they ought to be taken. The discretion when to prosecute or when to sue which rests with the municipal corporation or the comparable discretion which rests with public authorities charged with the responsibility of enforcing the rights of the public when they are violated, is one of the great strengths of our system of justice. It is true that the Court cannot interfere with that discretion and the remedy by way of injunction provided by s. 486 of the *Municipal Act* should not be used for this purpose. On the other hand, and equally important, the Court must see to it that its processes are never used to accomplish a wrong against any person and, of course, this is so irrespective of who applies for the remedy. There may well be circumstances where it would be in the public interest to refuse relief by way of injunction to a plaintiff whether a municipal corporation or otherwise in this type of action and some actions where wrongful discrimination could be shown would fall within the class of cases to which I refer.

[TRADUCTION] Dans son exposé du droit et des faits, l'avocat de l'appelante reconnaît que «La pratique de la «liste de sursis» peut certes donner lieu à des abus». Cependant, il faut souligner que le savant juge de première instance n'a pas constaté l'existence de corruption dans la pratique de la «liste de sursis». Il n'y avait absolument aucune preuve d'irrégularité de cette nature ou de nature semblable. En l'absence de ces éléments de preuve, il faut présumer qu'en inscrivant des propriétés sur la «liste de sursis» les membres du comité des bâtiments et de l'aménagement ont exercé de bonne foi le pouvoir discrétionnaire que sans aucun doute ils détiennent pour appliquer les règlements de zonage de la ville: *Brown v. City of Hamilton* (1902), 4 O.L.R. 249.

Le juge Brooke a fondé sa conclusion sur des motifs différents, mais il a reconnu, tout comme les autres juges, la nature discrétionnaire du pouvoir de la municipalité de poursuivre pour faire appliquer son règlement. Il affirme, aux pp. 707 et 708:

[TRADUCTION] Le conseil municipal a un pouvoir discrétionnaire pour ce qui est d'intenter des poursuites pour la violation d'un règlement de zonage ou d'exiger son application en justice. Refuser ce pouvoir discrétionnaire au conseil municipal équivaudrait à mettre sur le même pied les manquements au règlement les plus techniques et les manquements les plus flagrants et à enlever la possibilité de prendre en considération le préjudice causé au contrevenant et la valeur pour la collectivité des procédures projetées au moment de décider s'il y a lieu de les intenter. Le pouvoir discrétionnaire qu'a la municipalité de décider s'il y a lieu de poursuivre ou le pouvoir discrétionnaire comparable qu'ont les autorités publiques chargées de faire valoir les droits du public lorsqu'ils sont violés est l'un des grands atouts de notre système de justice. Il est vrai que la cour ne peut pas porter atteinte à ce pouvoir discrétionnaire et que le redressement par voie d'injonction prévu à l'art. 486 de la *Municipal Act* ne doit pas servir à cette fin. D'autre part, ce qui est d'égale importance, la cour doit veiller à ce que personne n'utilise les procédures judiciaires pour causer du tort à quiconque et, bien sûr, cela vaut quelle que soit l'auteur de la demande de redressement. Il se peut bien qu'il y ait des circonstances où il serait conforme à l'intérêt public de refuser l'injonction à un demandeur, qu'il s'agisse d'une municipalité ou de quelqu'un d'autre, dans ce genre d'action, et les actions où l'on pourrait démontrer l'existence de discrimination injustifiée feraient partie de la catégorie d'affaires auxquelles je fais allusion.

An appeal of this decision to the Supreme Court of Canada was dismissed, [1973] S.C.R. 38, without any comment on the quoted passages.

Authority for this view may also be found in English cases, notably *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74 (H.L.) It seems to me that in Canada and in England, at least up until 1941, a public authority which had a mere power to act, as distinct from a duty to do so, could not be made liable in damages only by reason of a failure to exercise that power. It has been suggested that the three well-known cases in England, *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*; *Home Office v. Dorset Yacht Co.* and *Anns v. Merton London Borough Council*, have had the effect of changing the law in that respect in England and that Canadian courts should follow the lead. Indeed, the *Anns* case has been followed in Canadian courts and its principles concerning the law of negligence at least viewed with approval in this Court in *Barratt v. North Vancouver (Corporation of)*, [1980] 2 S.C.R. 418. My colleague, Wilson J., has dealt with the *Anns* case and it is not necessary for me to go into it at any great length. Lord Wilberforce, who wrote the principal judgment, suggests that the duty of care issue be approached in two steps. First, one should ask whether a relationship of proximity exists so as to give rise to a *prima facie* duty of care and then, if such a duty is found, it becomes necessary to consider whether there are considerations which ought to limit the scope of that duty. In respect of public authorities exercising statutory powers and duties, a distinction is drawn between policy and operational matters. There can be no liability in negligence, in respect of acts or omissions based on a *bona fide* policy consideration. In summary, it appears that the *Anns* case set aside the distinction between statutory powers and statutory duties as a source of a private law duty on a public authority. *Anns* placed the public authority on the same footing as the ordinary litigant with respect to liability for negligence, but recognizing the special nature of a public authority provided that it could be excused its want of care in respect of acts or omissions based on a *bona fide* policy choice which, but for the policy choice, would have led to

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi formé à l'encontre de cet arrêt, [1973] R.C.S. 38, sans formuler aucun commentaire sur les passages cités.

On peut également trouver confirmation de ce point de vue dans la jurisprudence anglaise, notamment dans l'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74 (H.L.) Il me semble qu'au Canada et en Angleterre, jusqu'en 1941 du moins, un organisme public qui avait un simple pouvoir d'agir, par opposition à une obligation de le faire, ne pouvait être tenu responsable de dommages simplement parce qu'il avait omis d'exercer ce pouvoir. On a laissé entendre que les trois arrêts anglais bien connus, *Dutton v. Bognor Regis United Building Co.*, *Home Office v. Dorset Yacht Co.* et *Anns v. Merton London Borough Council*, ont eu pour effet de modifier le droit sous ce rapport en Angleterre et que les tribunaux canadiens devraient suivre cet exemple. En fait, l'arrêt *Anns* a été suivi par les tribunaux canadiens et cette Cour en a au moins approuvé le principe quant au droit en matière de négligence dans l'arrêt *Barratt c. North Vancouver (Corporation of)*, [1980] 2 R.C.S. 418. Ma collègue le juge Wilson a analysé l'arrêt *Anns* et il ne m'est pas nécessaire de l'examiner en profondeur. Lord Wilberforce, qui a rédigé les motifs principaux du jugement, propose d'aborder en deux étapes la question de l'obligation de diligence. D'abord, il faut se demander s'il existe un lien suffisamment étroit entre les parties pour donner lieu à une apparence d'obligation de diligence et puis, si l'on conclut à l'existence d'une telle obligation, il devient nécessaire de se demander s'il y a des motifs de restreindre la portée de cette obligation. À l'égard des organismes publics qui ont des pouvoirs et des obligations prévus par la loi, il faut distinguer entre les questions de politique et les questions d'exécution. Il ne peut y avoir de responsabilité pour négligence à l'égard d'actes ou d'omissions fondés sur des considérations réelles de politique. En résumé, l'arrêt *Anns* paraît écarter la distinction entre les pouvoirs et les obligations prévus par la loi comme source d'obligation de droit privé pour un organisme public. L'arrêt *Anns* met l'organisme public sur le même pied qu'un plaideur ordinaire quant à la responsabilité pour

liability. In my view, *Anns*, and the principles it lays down, have no application in the case at bar.

Liability for negligence of a public authority, as dealt with in *Anns* and the other cases considered with it, would arise out of the activities of the public authority in the conduct of its business. Public authorities, in addition to their administrative and regulatory functions, must perform many tasks. They enter into a wide variety of contracts covering business, commercial and industrial enterprises, and public works. They enter the market place and operate as do private corporations and private individuals. In these circumstances there would seem to be no reason why a public authority should not be liable for its own acts of negligence and vicariously liable for the negligence of its servants in the performance of their duties of employment. The public authority, as has been noted in *Anns*, differs from the private citizen in that, while it must undertake much in accordance with its mandate, it has as a rule limited resources and frequently limited credit and relatively fixed revenues. The employment of those resources, frequently not sufficient to cover completely all responsibilities, will involve policy choices as to their application. The policy choice protective provision developed in *Anns* meets this problem. It will be observed, however, that in *Anns* and in the various other cases which preceded it (*Dutton v. Bognor Regis United Building Co.* and *Home Office v. Dorset Yacht Co.*) and in many later cases which have applied it, the policy choice required of the public authority was one which would protect it against negligence in carrying out the corporate functions and such negligence is ordinarily found in the conduct of its employees for which the authority may be vicariously liable.

négligence, mais, reconnaissant la nature particulière d'un organisme public, il prévoit qu'il peut être excusé de son manque de diligence à l'égard d'actes ou d'omissions fondés sur un choix réel de politique qui, n'eût été ce choix politique, auraient entraîné une responsabilité. À mon avis, l'arrêt *Anns* et les principes qu'il énonce ne s'appliquent pas en l'espèce.

La responsabilité d'un organisme public pour négligence, analysée dans l'arrêt *Anns* et les autres arrêts étudiés avec lui, découle des activités de cet organisme public dans la conduite de ses opérations. En plus de leurs fonctions d'administration et de réglementation, les organismes publics doivent accomplir de nombreuses tâches. Ils sont partie à une grande variété de contrats relatifs à des entreprises industrielles et commerciales et à des ouvrages publics. Ils sont sur le marché et fonctionnent comme des sociétés commerciales privées ou des particuliers. Dans ces circonstances, il ne semble y avoir aucune raison de ne pas imposer à un organisme public une responsabilité pour ses propres actes fautifs et une responsabilité du fait d'autrui pour la négligence de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions. L'organisme public, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Anns*, diffère du particulier en ce que même s'il doit entreprendre beaucoup de choses en exécution de son mandat, il jouit normalement de ressources limitées, de crédits souvent restreints et de revenus relativement fixes. L'utilisation de ces ressources, qui sont souvent insuffisantes pour subvenir complètement à toutes les responsabilités conférées, comporte des choix de politique. La disposition protectrice quant au choix de politique élaborée dans l'arrêt *Anns* répond à ce problème. On constatera toutefois que, dans l'arrêt *Anns* et dans les divers autres arrêts qui l'ont précédé (*Dutton v. Bognor Regis United Building Co.* et *Home Office v. Dorset Yacht Co.*) et dans beaucoup d'arrêts ultérieurs qui l'ont appliqué, le choix de politique requis de l'organisme public le protège contre la responsabilité pour négligence dans l'exécution de ses fonctions et cette négligence se manifeste ordinairement dans la conduite de ses employés dont l'organisme peut être tenu responsable à titre d'employeur.

No such negligence occurred in the case at bar. The building inspectors, as has been pointed out, fully and adequately carried out their duties and I am unable to agree with Lambert J.A. when he said:

> The conduct of the building inspector in response to the public law duties involved decisions on alternative courses of conduct which were, in my opinion, operational in character.
>
> The building inspector in his response to the problems he discovered faced no alternative courses of action. His duty was to report, and he did so, and any alternative courses of conduct in response to public duties were for the Council, the City itself, and I am wholly unable to characterize them as operational in character.

The exercise of the discretion by the City regarding enforcement proceedings in court differs fundamentally from the 'policy choice' contemplated by *Anns*. In my opinion, it does not involve considerations of negligence because it is not properly subject to restriction by a private law duty of care. It involves, in my view, such considerations as those discussed by Laskin J. (as he then was) in *Wellbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg (Metropolitan Corporation of)*, [1971] S.C.R. 957. In that case action was brought against the City of Winnipeg by an apartment company to recover damages suffered in acting in reliance on a city by-law declared *ultra vires* because of the procedural failure by the Council in its enactment. Laskin J. said, at pp. 965-66:

> The liability in negligence sought to be imposed upon the defendant is not a vicarious one, resting upon the fault of a servant or agent of the defendant, but rather an original, independent liability. As I took the argument, it was said to proceed from a duty of the defendant, in enacting a rezoning by-law enlarging the development possibilities of designated land, to exercise reasonable care to see that the procedures upon which valid enactment depended were followed; and this duty was owed specially to those persons having or obtaining an interest in the affected land which enabled them to exploit those possibilities. There was, in the circum-

Il n'y a pas eu de négligence de cette sorte en l'espèce. Les inspecteurs des bâtiments, comme je l'ai déjà souligné, se sont bien acquittés de leurs fonctions et je ne puis être d'accord avec le juge Lambert qui affirme:

> [TRADUCTION] La conduite de l'inspecteur des bâtiments face aux obligations de droit public comportait des décisions sur des mesures possibles qui relevaient, à mon avis, de l'aspect exécution.
>
> Face aux problèmes qu'il a découverts, l'inspecteur des bâtiments n'avait pas d'autre choix possible. Il avait l'obligation de faire rapport, ce qu'il a fait, et les mesures possibles qui pouvaient être adoptées face aux obligations de droit public étaient réservées au conseil, à la ville elle-même, et il m'est absolument impossible d'affirmer qu'elles relevaient de l'aspect exécution.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire de la ville relativement aux procédures d'application devant les tribunaux diffère fondamentalement du «choix de politique» dont parle l'arrêt *Anns*. À mon avis, il ne met en cause aucune considération de négligence parce qu'il n'est pas véritablement restreint par une obligation de diligence relevant du droit privé. À mon avis, il met en cause des considérations comme celles analysées par le juge Laskin (alors juge puîné) dans l'arrêt *Wellbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg (Metropolitan Corporation of)*, [1971] R.C.S. 957. Dans cette affaire, une compagnie de location d'appartements a intenté contre la ville de Winnipeg une action en recouvrement des dommages qu'elle a subis en agissant sur la foi d'un règlement municipal déclaré invalide à cause d'une faute de procédure commise par le conseil au moment de son adoption. Le juge Laskin affirme aux pp. 965 et 966:

> La responsabilité pour négligence qu'on veut imposer à la défenderesse n'est pas la responsabilité du fait d'autrui qui vient de la faute d'un préposé ou d'un agent, mais bien une responsabilité originale et indépendante. Si j'ai bien compris l'argument, elle découlerait de l'obligation qu'avait la défenderesse, en adoptant le règlement municipal de nouveau zonage étendant les possibilités d'aménagement de terrains désignés, d'exercer une diligence raisonnable afin de s'assurer que les procédures dont dépendait la validité du règlement soient suivies. Elle avait cette obligation spécialement envers ceux qui avaient ou obtenaient un droit sur les terrains visés leur

stances, more than merely a duty at large to the residents of the municipality or to the smaller number residing in the affected area. If a duty such as is urged exists, I would not exclude the appellant from the class of those to whom it was owing, merely because the appellant did not come into existence until after the invalid by-law was passed and did not acquire any interest in the affected land until about sixteen months after its passage.

and later, at pp. 968-69:

The defendant is a municipal corporation with a variety of functions, some legislative, some with also a quasi-judicial component (as the *Wiswell* case determined) and some administrative or ministerial, or perhaps better categorized as business powers. In exercising the latter, the defendant may undoubtedly (subject to statutory qualification) incur liabilities in contract and in tort, including liability in negligence. There may, therefore, be an individualization of responsibility for negligence in the exercise of business powers which does not exist when the defendant acts in a legislative capacity or performs a quasi-judicial duty.

Its public character, involving its political and social responsibility to all those who live and work within its territorial limits, distinguishes it, even as respects its exercise of any quasi-judicial function, from the position of a voluntary or statutory body such as a trade union or trade association which may have quasi-judicial and contractual obligations in dealing with its members: cf. *Abbott v. Sullivan*; *Orchard v. Tunney*. A municipality at what may be called the operating level is different in kind from the same municipality at the legislative or quasi-judicial level where it is exercising discretionary statutory authority. In exercising such authority, a municipality (no less than a provincial Legislature or the Parliament of Canada) may act beyond its powers in the ultimate view of a Court, albeit it acted on the advice of counsel. It would be incredible to say in such circumstances that it owed a duty of care giving rise to liability in damages for its breach. "Invalidity is not the test of fault and it should not be the test of liability": see Davis, 3 *Administrative Law Treatise*, 1958, at p. 487.

The facts in *Wellbridge* differ widely from the facts at bar, but the case emphasizes the different consequences that may flow from the exercise or

permettant d'exploiter ces possibilités. Dans les circonstances, il y avait plus qu'une simple obligation générale envers les résidents de la municipalité ou envers les résidents, moins nombreux, du secteur touché. Si une telle obligation existe, comme on le prétend, je n'exclurais pas l'appelante de la catégorie des personnes envers lesquelles elle existe, simplement parce qu'elle n'a été constituée qu'après l'adoption du règlement invalide et n'a acquis un droit sur le terrain en cause que seize mois environ après cette adoption.

Il poursuit plus loin, aux pp. 968 et 969:

La défenderesse est une municipalité ayant des fonctions diverses, certaines législatives, certaines qui comportent aussi un élément quasi judiciaire (comme on l'a statué dans l'affaire *Wiswell*) et certaines administratives ou ministérielles, auxquelles la désignation de pouvoirs relatifs aux affaires convient peut-être mieux. En exerçant ces derniers, la défenderesse peut sans aucun doute (sous réserve des conditions imposées par la loi) encourir une responsabilité contractuelle ou délictuelle, y compris une responsabilité pour négligence. Par conséquent, il peut y avoir une responsabilité individuelle pour négligence dans l'exercice des pouvoirs relatifs aux affaires, qui n'existe pas lorsque la défenderesse agit en qualité de législateur ou remplit un devoir quasi judiciaire.

Son caractère public, mettant en jeu sa responsabilité politique et sociale envers tous ceux qui vivent ou travaillent dans les limites de son territoire, la distingue, même dans l'exercice d'une fonction quasi judiciaire, d'organismes créés bénévolement ou par la loi, tels les syndicats ou associations professionnelles qui peuvent avoir des obligations quasi judiciaires et contractuelles dans leurs rapports avec leurs membres: *cf. Abbott v. Sullivan*; *Orchard v. Tunney*. Au niveau qu'on pourrait appeler celui des opérations, une municipalité n'est pas la même qu'au niveau législatif ou quasi judiciaire où elle exerce un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Elle peut alors (tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada) excéder ses pouvoirs, ainsi que le penserait finalement un tribunal, bien qu'elle ait suivi le conseil d'avocats. Dans ces circonstances, il serait inconcevable qu'on puisse dire qu'elle a une obligation de diligence qui entraîne sa responsabilité pour dommages si elle y manque. «L'invalidité n'est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité» [TRADUCTION] voir Davis, 3 *Administrative Law Treatise*, 1958, p. 487.

Les faits de l'affaire *Wellbridge* diffèrent beaucoup des faits de l'espèce, mais cet arrêt met l'accent sur les conséquences différentes qui peu-

non-exercise of *quasi*-judicial powers by a public authority. Laskin J. also pointed out the difference between a public body vicariously liable in negligence for the conduct of its employees and a public body charged with "an original independent liability". This factor is of fundamental importance and goes far to distinguish the case at bar from the trilogy of cases culminating in *Anns*. Here we have a public body against whom it is said, you are negligent in that you failed to exercise what is essentially a *quasi*-judicial function, that is, you failed to enforce your by-law by proceeding in court. It is my view that a public body, vested with the discretion of by-law enforcement, may not be required by a court to exercise that power in a certain way and is not under a private law duty to do so. I draw support in reaching this conclusion from *Wellbridge*.

Finding that the City is not under a private law duty to enforce its building by-law by court proceedings or demolition does not mean that its discretion is completely unfettered. This becomes clear from a reference to *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, where Rand J., at p. 140, said:

> In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature of purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

vent découler de l'exercice de pouvoirs quasi judiciaires par un corps public ou de son omission de les exercer. Le juge Laskin a aussi souligné la différence qui existe entre un organisme public assujetti à la responsabilité pour négligence du fait d'autrui par suite de la conduite de ses employés et un organisme public assujetti à «une responsabilité originale et indépendante». Ce facteur a une importance fondamentale et permet de distinguer nettement l'espèce des trois arrêts dont l'arrêt *Anns* est l'aboutissement. En l'espèce, nous avons un organisme public à qui l'on dit en quelque sorte «vous avez fait preuve de négligence en omettant d'exercer ce qui constitue essentiellement une fonction quasi judiciaire, c.-à-d. en ne faisant pas appliquer votre règlement par voie de procédures judiciaires». Je suis d'avis qu'un organisme public, investi du pouvoir discrétionnaire d'appliquer des règlements, ne peut pas être forcé par un tribunal d'exercer ce pouvoir d'une façon déterminée et qu'il n'a pas d'obligation de droit privé de le faire. Je m'appuie pour tirer cette conclusion sur l'arrêt *Wellbridge*.

La conclusion que la ville n'a pas d'obligation de droit privé d'appliquer son règlement de construction par voie de procédures judiciaires ou d'ordonnance de démolition ne signifie pas que son pouvoir discrétionnaire est absolument illimité. Cela ressort clairement du passage suivant de l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, où le juge Rand dit, à la p. 140:

> [TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une «discrétion» absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mentionnées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions que l'on doit toujours sous-entendre. La «discrétion» implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

These words have the support of Martland J. in his reasons in the same case, at p. 155-57, which was concurred in by Kerwin C.J. and Locke J. The plaintiff might have succeeded in this case on a showing of corruption upon the part of the City officials and Council, or upon showing that the failure to prosecute resulted from consideration of extraneous or improper matters or from bad faith. But the scanty evidence in the perhaps inadequate record before this Court would allow no such conclusion to be drawn.

In the case at bar the record discloses little as to what, if any, steps were taken by the Council towards the enforcement of its by-law. It is clear that the defective foundations rendered the house unsafe. It is equally clear that the building inspectors, having found the defective work, reported the matter to the Council and took such steps as were open to them to correct matters including the refusal to lift the 'stop work' order or give an occupancy permit. It is also evident that the Council was aware of the infraction of the by-law and that the respondents Hughes were living in the house. There is no evidence of any positive step taken in the matter by the Council, save that at one time it consulted its City solicitor who shortly after returned the file with a covering letter which is not before us. From all this, the only conclusion that can be reached is that the Council took no further step toward enforcement and there is no evidence which would justify any inference of bad faith or impropriety.

I would conclude as follows:

1. This is not a case of underlying negligence by employees of a public authority which could visit liability upon the appellant City.

2. At common law, a municipality has no duty to enforce its by-laws by court proceedings. The matter is discretionary. Failure to exercise enforce-

Le juge Martland a approuvé ces paroles dans les motifs de jugement qu'il a écrits dans la même affaire, aux pp. 155 à 157, et auxquels ont souscrit le juge en chef Kerwin et le juge Locke. Le demandeur aurait pu avoir gain de cause en l'espèce s'il avait fait la preuve de corruption de la part des fonctionnaires de la ville et du conseil ou s'il avait démontré que l'omission de poursuivre était due à la prise en considération de questions inapplicables ou étrangères à l'affaire, ou à la mauvaise foi. Mais la preuve plutôt maigre contenue au dossier peut-être insuffisant soumis à cette Cour ne permet pas de tirer cette conclusion.

En l'espèce, le dossier ne révèle peu de chose, quant aux mesures, s'il en est, qui ont été prises par le conseil pour faire appliquer son règlement. Il est clair que les fondations inadéquates rendaient la maison dangereuse. Il est également clair que les inspecteurs des bâtiments, après avoir constaté que les fondations étaient inadéquates, ont fait rapport de l'affaire au conseil et qu'ils ont pris les mesures qu'il leur était loisible de prendre pour corriger la situation, en refusant notamment de retirer l'ordonnance d'arrêt des travaux ou de délivrer le permis d'occupation. Il est également évident que le conseil était au courant de la violation du règlement et qu'il savait que les intimés Hughes habitaient la maison. Il n'y a aucune preuve que le conseil a pris des mesures concrètes dans cette affaire, si ce n'est qu'à un moment donné il a consulté l'avocat de la ville qui, un peu plus tard, a retourné le dossier avec une lettre d'accompagnement qui ne nous a pas été soumise. À partir de tout cela, la seule conclusion qu'il est possible de tirer est que le conseil n'a pris aucune autre mesure pour faire appliquer le règlement et il n'y a aucun élément de preuve qui permet de conclure à l'existence de mauvaise foi ou d'irrégularité.

Voici mes conclusions:

1. Il ne s'agit pas d'un cas de négligence fondamentale de la part des employés d'un organisme public qui peut entraîner la responsabilité de la ville appelante.

2. En *common law*, une municipalité n'a pas l'obligation de faire appliquer ses règlements par voie de procédures judiciaires. Cette question est

ment powers in court does not give rise to a private cause of action in negligence to those suffering harm from non-enforcement.

3. The concept of negligence as developed in *Anns* and its predecessors may apply to render a public authority liable for its own negligent acts or omissions or vicariously liable for the negligence of its employees, but municipal prosecutorial or enforcement powers by court proceedings, like municipal legislative functions, are different in kind and are not amenable to judicial constraint by the imposition of a private law duty of care.

4. The discretion regarding enforcement proceedings in court is not, however, unfettered and may be subject to judicial constraint in cases of corruption, bad faith, or in cases where extraneous or irrelevant considerations affect the exercise of the discretion. In the case at bar there was, however, no evidence of bad faith or reliance on irrelevant considerations arising from the mere failure to take legal proceedings, and no private cause of action can therefore arise.

For all of the above reasons I would allow the appeal, order the dismissal of the action against the City and attribute full liability to the respondents Hughes.

Appeal dismissed with costs, ESTEY *and* MCINTYRE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent Jan Clemmensen Nielsen: Berna, Horne, Marr & Coates, Kamloops.

Solicitor for the respondents Wesley Joseph Hughes and Gladys Annetta Hughes: John Gnitt, Kamloops.

laissée à sa discrétion. L'omission d'exercer les pouvoirs d'application par voie de procédures judiciaires ne donne pas naissance à une cause d'action privée pour négligence, en faveur de ceux qui subissent un préjudice par suite de l'omission de faire appliquer un règlement.

3. Le concept de négligence élaboré dans l'arrêt *Anns* et les arrêts qui l'ont précédé peut s'appliquer pour imposer à un organisme public une responsabilité pour ses propres actes ou omissions fautifs ou une responsabilité du fait d'autrui pour la négligence de ses employés, mais les pouvoirs des municipalités en matière de poursuites ou d'application par voie de procédures judiciaires, tout comme leurs fonctions législatives, sont de nature différente et ne sont pas assujettis au pouvoir des tribunaux par l'imposition d'une obligation de diligence qui relève du droit privé.

4. Le pouvoir discrétionnaire de faire appliquer un règlement par voie de procédures judiciaires n'est toutefois pas illimité et peut être assujetti au pouvoir des tribunaux dans les cas de corruption, de mauvaise foi ou dans les cas où des considérations étrangères ou non pertinentes influent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, cependant, aucune preuve de mauvaise foi ou de prise en considération de questions non pertinentes ne ressort de la simple omission d'intenter des procédures judiciaires et il ne peut donc en découler aucune cause d'action privée.

Pour tous ces motifs, je serais d'avis d'accueillir le pourvoi, d'ordonner le rejet de l'action intentée contre la ville et d'attribuer la responsabilité entière aux intimés Hughes.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ESTEY *et* MCINTYRE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Jan Clemmensen Nielsen: Berna, Horne, Marr & Coates, Kamloops.

Procureur des intimés Wesley Joseph Hughes et Gladys Annetta Hughes: John Gnitt, Kamloops.

Pamela Khan *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16992.

1984: June 19; 1984: July 26.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Jurisdiction — Procedure — Joinder — Indictable and summary conviction offences — Trial by magistrate elected prior to entering plea on indictable offence — Accused consenting to evidence on both counts being applied to each count — Whether or not jurisdiction to try together separate informations — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 388(1), 484, 717.

Appellant was charged, in separate informations, with an indictable offence and with a summary conviction offence. She elected trial by magistrate prior to entering a plea on the indictable offence, was arraigned on both counts and entered pleas of not guilty. Both informations were tried together and she was convicted on each. Appellant appealed her convictions and sentences but the Court of Appeal concluded that there was evidence to sustain the convictions and that the sentences were not inappropriate.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge, in light of the principle pronounced by this Court in *Phillips and Phillips v. The Queen*, was without jurisdiction to try together the separate informations. This case is not distinguishable from that case.

Phillips and Phillips v. The Queen, [1983] 2 S.C.R. 161, followed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from convictions and sentences pronounced by J. Murphy P.C.J. Appeal allowed.

Pamela Khan *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 16992.

1984: 19 juin; 1984: 26 juillet.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Compétence — Procédure — Réunion de chefs d'accusation — Acte criminel et infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité — Procès devant un magistrat choisi avant l'inscription du plaidoyer relatif à l'acte criminel — Consentement de l'accusée à ce que la preuve relative aux deux chefs d'accusation s'applique à chaque chef d'accusation — Compétence pour instruire ensemble deux dénonciations distinctes — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 388(1), 484, 717.

L'appelante a été accusée, dans des dénonciations distinctes, d'avoir commis un acte criminel et une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Elle a choisi de subir un procès devant un magistrat avant d'inscrire un plaidoyer à l'égard de l'acte criminel; elle a comparu et inscrit des plaidoyers de non-culpabilité à l'égard des deux chefs d'accusation. Les deux dénonciations ont été instruites ensemble et elle a été déclarée coupable relativement à chacune de ces dénonciations. L'appelante a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité et des sentences, mais la Cour d'appel a conclu qu'il y avait des éléments de preuve pour justifier les déclarations de culpabilité et que les sentences n'étaient pas inappropriées.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Compte tenu du principe énoncé par cette Cour dans l'arrêt *Phillips et Phillips c. La Reine*, le juge du procès n'avait pas compétence pour instruire ensemble les deux dénonciations distinctes. Aucune distinction ne peut être faite entre la présente espèce et cet arrêt.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Phillips et Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel interjeté contre les déclarations de culpabilité et les sentences prononcées par le juge J. Murphy de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Pamela Khan, appearing on her own behalf.

Brian J. Gover, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant was charged in an information with an indictable offence under s. 85 of the *Criminal Code* that:

Pamela Khan on or about the 27th day of August, 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, unlawfully did have in her possession a weapon, to wit: knife for a purpose dangerous to the public peace, contrary to the Criminal Code.

She was also charged in a separate information with an offence punishable on summary conviction under s. 388(1) of the *Criminal Code* that:

Pamela Khan on or about the 27th day of August, 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, unlawfully did wilfully damage makeup jars and glasses situate at 24 Madison Avenue, the property of Renee Palisa said damage not to exceed $50.00 in value, contrary to the Criminal Code.

Prior to entering a plea in respect of the information charging the indictable offence of possessing a weapon for a purpose dangerous to the public peace, she elected trial by magistrate, pursuant to s. 484 of the *Criminal Code*. On September 10, 1981 she was arraigned and entered pleas of 'not guilty' to each information. Before evidence was called there occurred the following discussion:

THE COURT: Yes, now prior to starting, Mr. Crown Attorney, which information are you proceeding on?

MR. KAPPY: I have asked her to be arraigned on both. The evidence is very similar with the same witnesses. I am in Your Honour's hands.

THE COURT: Miss Khan, it's my understanding from the Crown Attorney that the evidence—you had been arraigned on both charges. Do you wish the evidence on both counts to apply? You do not have to have the evidence apply? You may proceed on one count and then hear evidence on the other count. Do you wish all

Pamela Khan, agissant en son propre nom.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelante a été accusée, par voie de dénonciation, d'avoir commis un acte criminel contrairement à l'art. 85 du *Code criminel*:

[TRADUCTION] Le 27 août 1981 ou vers cette date, dans la municipalité du Toronto métropolitain, district judiciaire de York, Pamela Khan a eu illégalement en sa possession une arme, savoir un couteau, dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement au *Code criminel*.

Elle a également été accusée, dans une dénonciation distincte, d'avoir commis une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité contrairement au par. 388(1) du *Code criminel*:

[TRADUCTION] Le 27 août 1981 ou vers cette date, dans la municipalité du Toronto métropolitain, district judiciaire de York, Pamela Khan a volontairement détérioré, au 24, avenue Madison, des pots de fard et des verres appartenant à Renee Palisa, le montant de la détérioration n'excédant pas 50 $, contrairement au *Code criminel*.

Avant d'inscrire un plaidoyer à l'égard de la dénonciation imputant l'infraction de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, elle a choisi de subir son procès devant un magistrat en application de l'art. 484 du *Code criminel*. Elle a comparu le 10 septembre 1981 et a inscrit des plaidoyers de non-culpabilité à l'égard de chacune des dénonciations. Avant la présentation de la preuve, l'échange suivant a eu lieu:

[TRADUCTION] LA COUR: Bon, avant de commencer, M. le substitut du procureur général, en vertu de quelle dénonciation voulez-vous procéder?

Me KAPPY: Je l'ai citée à comparaître relativement au deux. La preuve est presque la même, les témoins sont les mêmes. Je m'en remets à vous, Votre Honneur.

LA COUR: Mlle Khan, selon ce que le substitut du procureur général me dit, la preuve — vous comparaissez à l'égard des deux accusations. Voulez-vous que la preuve relative aux deux chefs d'accusation s'applique à chaque chef? Vous n'êtes pas obligée de consentir à ce qu'elle s'applique ainsi. Vous pouvez procéder sur un

evidence on both charges to be applied to each of the two counts?

THE ACCUSED: (Nods affirmatively.)

THE COURT: Is that yes?

THE ACCUSED: Yes.

THE COURT: Yes. Thank you. All right.

It should be noted that the appellant was not represented by counsel.

The two informations were then tried together, the offences arising out of the same or very closely related events, and the appellant was convicted on both. She was sentenced to a term of nine months' imprisonment on the indictable offence of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public, and to imprisonment for thirty days to be served concurrently for the offence of wilful damage. She has served both sentences. She appealed the convictions and sentences to the Court of Appeal. Her appeals were dismissed on January 25, 1982, the court concluding that there was evidence on which the verdicts could be sustained, and that it had not been shown that the sentences were inappropriate. This appeal was heard and disposed of before the judgment of this Court in *Phillips and Phillips v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 161, was released.

Despite the submissions of the Crown to the contrary, I am of the view that this case is not distinguishable from *Phillips*. Following that case then it is apparent that the trial judge was without jurisdiction to try together the separate informations.

The appeal must therefore be allowed and the convictions quashed. The situation which arises here is made difficult because the appellant whose convictions are now quashed has already served the sentences which were imposed by the trial judge. The convictions are quashed on a technical point which in no way involves consideration of the merits of the case. I would therefore direct a new trial on each information so the merits may be dealt with and, in the event of a conviction, it

chef d'accusation, puis entendre la preuve relative à l'autre chef d'accusation. Voulez-vous que toute la preuve relative aux deux chefs d'accusation s'applique à chacun des deux chefs d'accusation?

L'ACCUSÉE: (Fait signe que oui.)

LA COUR: Cela signifie-t-il oui?

L'ACCUSÉE: Oui.

LA COUR: Oui, merci. Très bien.

Il faut souligner que l'appelante n'était pas représentée par un avocat.

Les deux dénonciations ont été instruites ensemble, les infractions découlaient des mêmes événements ou d'événements très intimement liés et l'appelante a été déclarée coupable relativement aux deux chefs d'accusation. Elle a été condamnée à neuf mois d'emprisonnement relativement à l'acte criminel de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, et à trente jours d'emprisonnement, à purger concurremment, pour l'infraction de dommages causés volontairement. Elle a purgé les deux sentences. Elle a interjeté appel des déclarations de culpabilité et des sentences à la Cour d'appel. La Cour d'appel a rejeté ses appels le 25 janvier 1982, en concluant qu'il y avait des éléments de preuve pour justifier les déclarations de culpabilité et qu'on n'a pas démontré que les sentences étaient inappropriées. Cet appel a été entendu et décidé avant que ne soit rendu l'arrêt de cette Cour *Phillips et Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161.

Malgré les prétentions contraires de la poursuite, je suis d'avis qu'on ne peut faire la distinction entre la présente espèce et l'arrêt *Phillips*. D'après cet arrêt, il est manifeste que le juge du procès n'avait pas compétence pour instruire ensemble les dénonciations distinctes.

Par conséquent, il faut accueillir le pourvoi et annuler les déclarations de culpabilité. La situation qui se présente en l'espèce soulève une difficulté parce que l'appelante, dont les déclarations de culpabilité sont maintenant annulées, a déjà purgé les sentences imposées par le juge du procès. Les déclarations de culpabilité sont annulées à cause d'une question de procédure qui n'a absolument rien à voir avec le fond de l'affaire. Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner un nouveau

would follow that no further sentence would be imposed, the sentences already having been served.

This, in my opinion, is a proper case in which this Court should make an order under s. 717 of the *Criminal Code*. Accordingly, I would order that no civil proceedings shall be taken against the magistrate, His Honour Judge J. Murphy, of the Provincial Court (Criminal Division) Judicial District of York, in respect of the convictions made in this case or against any officer who acted under the convictions or under any warrant which may have been issued to enforce them.

Appeal allowed.

Pamela Khan, on her own behalf.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, for Ontario Toronto.

procès pour chacune des dénonciations de sorte qu'il puisse y avoir examen du fond et, s'il y a déclaration de culpabilité, aucune nouvelle sentence ne devra être imposée puisque les sentences ont déjà été purgées.

À mon avis, il y a lieu en l'espèce que la Cour rende une ordonnance en vertu de l'art. 717 du *Code criminel*. En conséquence, je suis d'avis d'ordonner qu'aucune procédure civile ne soit prise contre le magistrat, le juge J. Murphy de la Cour provinciale (division criminelle) du district judiciaire de York, à l'égard des condamnations prononcées en l'espèce ni contre un fonctionnaire qui a agi en vertu des condamnations ou aux termes de tout mandat qui peut avoir été décerné pour leur application.

Pourvoi accueilli.

Pamela Khan, en son propre nom.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

The Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal and Lakeshore School Board *Respondents*;

and

The Attorney General of Canada *Respondent*;

and

The Island of Montreal School Council *Mis en cause.*

The Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Helena Wong-Woo, Hardeep Walia, Kee Chor Fong and Savitaben Patel *Respondents.*

The Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Marlene Orman *Respondent.*

The Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Chi Sum Mak *Respondent.*

The Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Sharon Lynn Toma *Respondent*;

The Attorney General for New Brunswick *Intervener.*

File No.: 17821.

1984: February 21, 22; 1984: July 26.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal et Lakeshore School Board *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada *Intimé*;

et

Le Conseil scolaire de l'île de Montréal *Mis en cause.*

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Helena Wong-Woo, Hardeep Walia, Kee Chor Fong et Savitaben Patel *Intimés.*

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Marlene Orman *Intimée.*

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Chi Sum Mak *Intimé.*

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Sharon Lynn Toma *Intimée*;

Le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenant.*

N° du greffe: 17821.

1984: 21, 22 février; 1984: 26 juillet.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Languages and education — English instruction — Limitations — Provincial provisions inconsistent with Charter — Whether provincial provisions are of no force or effect — Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 72-88 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23, 32(1), 33(1),(2) — Constitution Act, 1982, ss. 52(1),(2), 59(1),(2).

The purpose of this appeal is to determine whether the provisions regarding English instruction contained in Chapter VIII of the *Charter of the French language* ("*Bill 101*") are inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Charter*") and of no force of effect to the extent of the inconsistency. Motions for a declaratory judgment were submitted to the Superior Court, which held that there was an inconsistency and ruled Chapter VIII of *Bill 101* to be of no force or no effect to the extent of the inconsistency. Its judgments were affirmed by the Court of Appeal—hence this appeal by the Attorney General of Quebec from the Court of Appeal judgments.

Held: The appeal should be dismissed.

Sections 72 and 73 of Chapter VIII of *Bill 101* are inconsistent with s. 23 of the *Charter* and are of no force or effect to the extent of the inconsistency as a consequence of s. 52(1) and (2)(*a*) of the *Constitution Act, 1982*. The limits imposed by s. 73 are not legitimate limits within the meaning of s. 1 of the *Charter*, to the extent that the latter section applies to rights conferred by s. 23. In view of the period when the *Charter* was enacted and especially in light of the wording of s. 23, which repeats the unique set of criteria contained in s. 73 of *Bill 101*, it is apparent that Chapter VIII seemed to the framers as an archetype of the regimes needing reform. Accordingly, the limits which *Bill 101* imposes on rights relating to the language of instruction cannot possibly have been regarded by the framers of the Constitution as coming within "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

Even if enacted after the *Charter*, the s. 73 limits could not be legitimized by s. 1 of the *Charter*. Section 73 redefines for Quebec the classes of persons who are entitled to instruction in the minority language, and has the effect of creating an exception to s. 23 and of amending the *Charter*. Whatever their scope, the limits which s. 1 allows cannot be equated with exceptions to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Langues et éducation — Enseignement en langue anglaise — Restrictions — Dispositions provinciales incompatibles avec la Charte — Les dispositions provinciales sont-elles inopérantes? — Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 72 à 88 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23, 32(1), 33(1), (2) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1), (2), 59(1), (2).

Le présent pourvoi vise à déterminer si les dispositions relatives à l'enseignement en langue anglaise, contenues dans le chapitre VIII de la *Charte de la langue française* (la «*Loi 101*») sont incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte*») et inopérantes dans la mesure de l'incompatibilité. La Cour supérieure, saisie de requêtes en jugement déclaratoire, a conclu à l'incompatibilité et déclaré inopérant le chapitre VIII de la *Loi 101* dans la mesure de l'incompatibilité. La Cour d'appel a confirmé les jugements. D'où ce pourvoi du procureur général du Québec à l'encontre des arrêts de la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les articles 72 et 73 du chapitre VIII de la *Loi 101* sont incompatibles avec l'art. 23 de la *Charte* et sont, dans la mesure de l'incompatibilité, rendus inopérants par le par. 52(1) et l'al. 52(2)*a*) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les restrictions de l'art. 73 ne sont pas des restrictions légitimes au sens de l'art. 1 de la *Charte* pour autant que cet article s'applique aux droits conférés par l'art. 23. Vu l'époque où il a légiféré et vu la rédaction de l'art. 23, qui reprend l'ensemble unique des critères de l'art. 73 de la *Loi 101*, il saute aux yeux que le chapitre VIII est apparu au constituant comme un archétype des situations qu'il y a lieu de réformer. Il est donc inconcevable que les restrictions que la *Loi 101* impose aux droits relatifs à la langue de l'enseignement puissent avoir été considérées par le constituant comme se confinant à «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Même édictées après la *Charte*, les restrictions de l'art. 73 ne pourraient être légitimées par l'art. 1 de la *Charte*. L'article 73 redéfinit pour le Québec les catégories de personnes qui ont droit à l'instruction dans la langue de la minorité et a pour effet de déroger à l'art. 23 et de modifier la *Charte*. Or, quelle que soit leur portée, les restrictions que l'art. 1 permet ne peuvent équivaloir à des dérogations aux droits et libertés garan-

may not be treated as amendments to the *Charter*. As the exception clause contained in s. 33 of the *Charter* does not cover s. 23, it is only by following the procedure laid down for amending the Constitution that it is possible to validly redefine the classes of persons protected by s. 23. An ordinary statute will not suffice.

Ottawa Separate Schools Trustees v. MacKell, [1917] A.C. 62; *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal v. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 83 D.L.R. (3d) 645, referred to.

APPEAL from five judgments of the Court of Appeal for Quebec[1], which affirmed five judgments of the Superior Court[2]. Appeal dismissed.

Jean-K. Samson, Réal A. Forest and *André Binette*, for the appellant.

Colin Irving, Allan R. Hilton and *Cherine Cheftechi*, for respondents Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal and Lakeshore School Board.

Julius Grey and *Alex K. Paterson, Q.C.*, for respondents Marlene Orman, Chi Sum Mak, Sharon Lynn Toma, Helena Wong-Woo, Hardeep Walia, Kee Chor Fong and Savitaben Patel.

Raynold Langlois, Q.C., Louis Reynolds and *Claude Joli-Cœur*, for respondent the Attorney General of Canada.

B. A. Crane, Q.C., and *Robert G. Richards*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

English version of the judgment delivered by

THE COURT

I—Introduction

The question is whether the provisions regarding instruction in English contained in Chapter VIII of the *Charter of the French language*, R.S.Q. 1977,

[1] [1983] C.A. 77, 1 D.L.R. (4th) 573, 7 C.R.R. 139; C.A. Mtl., No. 500-09-001280-825, No. 500-09-001281-823, No. 500-09-001282-821, No. 500-09-001283-829, June 9, 1983.

[2] [1982] C.S. 673, 140 D.L.R. (3d) 33, 3 C.R.R. 114; C.S. Mtl., No. 500-05-007361-825, No. 500-05-007362-823, No. 500-05-008960-823, No. 500-05-009572-825, September 8, 1982.

tis par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*. Puisque la clause de dérogation prévue à l'art. 33 de la *Charte* ne couvre pas l'art. 23, ce n'est qu'en suivant la procédure prescrite pour modifier la Constitution qu'on peut validement remodeler les catégories de personnes protégées par l'art. 23. Une simple loi ne suffit pas.

Jurisprudence: *Ottawa Separate Schools Trustees v. MacKell*, [1917] A.C. 62; *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 83 D.L.R. (3d) 645.

POURVOI contre cinq arrêts de la Cour d'appel du Québec[1], qui ont confirmé cinq jugements de la Cour supérieure[2]. Pourvoi rejeté.

Jean-K. Samson, Réal A. Forest et *André Binette*, pour l'appelant.

Colin Irving, Allan R. Hilton et *Cherine Cheftechi* pour les intimés Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal et Lakeshore School Board.

Julius Grey et *Alex K. Paterson, c.r.*, pour les intimés Marlene Orman, Chi Sum Mak, Sharon Lynn Toma, Helena Wong-Woo, Hardeep Walia, Kee Chor Fong et Savitaben Patel.

Raynold Langlois, c.r., Louis Reynolds et *Claude Joli-Cœur*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

B. A. Crane, c.r., et *Robert G. Richards*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR

I—Introduction

Il s'agit de décider si les dispositions relatives à l'enseignement en langue anglaise, contenues dans le chapitre VIII de la *Charte de la langue fran-*

[1] [1983] C.A. 77, 1 D.L.R. (4th) 573, 7. C.R.R. 139; C.A. Mtl., nº 500-09-001280-825, nº 500-09-001281-823, nº 500-09-001282-821, nº 500-09-001283-829, 9 juin 1983.

[2] [1982] C.S. 673, 140 D.L.R. (3d) 33, 3 C.R.R. 114; C.S. Mtl., nº 500-05-007361-825, nº 500-05-007362-823, nº 500-05-008960-823, nº 500-05-009572-825, 8 septembre 1982.

c. C-11, and in the regulations adopted thereunder, are inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and of no force or effect to the extent of the inconsistency.

The applicable legislative and constitutional provisions must first be considered.

Chapter VIII of the *Charter of the French language* ("*Bill 101*"), which came into effect on August 26, 1977, is entitled "The Language of Instruction". At the time the proceedings were initiated, it consisted of seventeen sections, 72 to 88 inclusive. However, ss. 72 and 73 are at the heart of the matter, and only they need be cited:

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

This rule obtains in school bodies within the meaning of the Schedule and also applies to subsidized instruction provided by institutions declared to be of public interest or recognized for purposes of grants in virtue of the Act respecting private education (chapter E-9).

73. In derogation of section 72, the following children, at the request of their father and mother, may receive their instruction in English:

(*a*) a child whose father or mother received his or her elementary instruction in English, in Québec;

(*b*) a child whose father or mother domiciled in Québec on 26 August 1977, received his or her elementary instruction in English outside Québec;

(*c*) a child who, in his last year of school in Québec before 26 August 1977, was lawfully receiving his instruction in English, in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school;

(*d*) the younger brothers and sisters of a child described in paragraph *c*.

The applicable constitutional provisions are ss. 1, 23 and 32(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Charter*"), and ss. 52(1) and (2) and 59(1) and (2) of the *Constitution Act, 1982*, of which the *Charter* is part. These provisions read as follows:

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

çaise, L.R.Q. 1977, chap. C-11, et dans les règlements adoptés en vertu de celui-ci, sont incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et inopérantes dans la mesure de l'incompatibilité.

Il convient de citer dès le début les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes.

Le chapitre VIII de la *Charte de la langue française*, (la «*Loi 101*»), entrée en vigueur le 26 août 1977, s'intitule «La langue de l'enseignement». À l'époque où les procédures ont débuté, il comportait dix-sept articles, les art. 72 à 88 inclusivement. Mais ce sont les art. 72 et 73 qui sont au cœur du débat et qu'il suffit de citer:

72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

Cette disposition vaut pour les organismes scolaires au sens de l'Annexe et s'applique aussi aux enseignements subventionnés dispensés par les institutions déclarées d'intérêt public ou reconnues pour fins de subventions en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (chapitre E-9).

73. Par dérogation à l'article 72, peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de leur père et de leur mère,

a) les enfants dont le père ou la mère a reçu au Québec, l'enseignement primaire en anglais,

b) les enfants dont le père ou la mère est, le 26 août 1977, domicilié au Québec et a reçu, hors du Québec, l'enseignement primaire en anglais,

c) les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient légalement l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire,

d) les frères et soeurs cadets des enfants visés au paragraphe *c*.

Quant aux dispositions constitutionnelles pertinentes, il s'agit des art. 1, 23 et du par. 32(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte*») ainsi que des par. 52(1) et (2) et 59(1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dont la *Charte* fait partie. Voici le texte de ces dispositions:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

be demonstrably justified in a free and democratic society.

Section 23 of the *Charter* is entitled "Minority Language Educational Rights". It provides:

23. (1) Citizens of Canada

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

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

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

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

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

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

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

Section 32(1) of the *Charter* states:

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

However, s. 23(1)(*a*) of the *Charter*, cited above, is not in force in Quebec, pursuant to s. 59(1) and (2) of the *Constitution Act, 1982*:

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'article 23 de la *Charte* a pour titre «Droits à l'instruction dans la langue de la minorité». Il prescrit:

23. (1) Les citoyens canadiens:

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

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

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

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

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

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

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

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* porte:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Toutefois, l'alinéa 23(1)*a*) de la *Charte*, cité plus haut, n'est pas en vigueur au Québec, vu les par. 59(1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

59. (1) Paragraph 23(1)(*a*) shall come into force in respect of Quebec on a day to be fixed by proclamation issued by the Queen or the Governor General under the Great Seal of Canada.

(2) A proclamation under subsection (1) shall be issued only where authorized by the legislative assembly or government of Quebec.

Finally, s. 52(1) and (2)(*a*) of the *Constitution Act, 1982* provides:

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

(2) The Constitution of Canada includes

(*a*) the *Canada Act 1982*, including this Act;

It follows from these provisions that, if ss. 72 and 73 of *Bill 101* are inconsistent with s. 23 of the *Charter*, they are of no force or effect to the extent of the inconsistency as a consequence of s. 52(1) and (2)(*a*) of the *Constitution Act, 1982*, unless they are legitimized by s. 1 of the *Charter* to the extent, of course, that s. 1 applies to the rights conferred by s. 23.

II—The pleadings and the judgments of the Superior Court and Court of Appeal

Some weeks after the *Constitution Act, 1982* came into effect, on April 17, 1982, the Superior Court was presented with five motions for a declaratory judgment.

The motion of the Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal and Lakeshore School Board asked that the following two questions be answered in the affirmative:

Are school boards operating English language primary or secondary schools obliged to admit to English language schooling therein children who qualify pursuant to Sections 23(1)b) and 23(2) of the Canadian Charter whether or not they qualify under *La Charte de la langue française* and have complied with its requirements?

If the answer to question (i) is affirmative, do the school boards have the right to receive grants from public funds for the education of such children on the same basis as applies in respect of children who qualify for English

59. (1) L'alinéa 23(1)*a*) entre en vigueur pour le Québec à la date fixée par proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada.

(2) La proclamation visée au paragraphe (1) ne peut être prise qu'après autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec.

Enfin, le par. 52(1) et l'al. 52(2)*a*) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prescrivent:

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

(2) La Constitution du Canada comprend:

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;

Il résulte de ces dispositions que, si les art. 72 et 73 de la *Loi 101* sont incompatibles avec l'art. 23 de la *Charte*, ils sont, dans la mesure de l'incompatibilité, rendus inopérants par le par. 52(1) et l'al. 52(2)*a*) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à moins qu'ils ne soient légitimés par l'art. 1 de la *Charte*, pour autant évidemment que cet art. 1 s'applique aux droits conférés par l'art. 23.

II—Les procédures, les jugements de la Cour supérieure et les arrêts de la Cour d'appel

Quelques semaines après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le 17 avril 1982, la Cour supérieure était saisie de cinq requêtes pour jugement déclaratoire.

La requête de Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal et Lakeshore School Board conclut à ce qu'une réponse affirmative soit donnée aux deux questions suivantes:

[TRADUCTION] Les commissions scolaires qui administrent des écoles primaires ou secondaires dispensant l'instruction en langue anglaise sont-elles tenues d'y admettre les enfants qui satisfont aux conditions des articles 23(1)b) et 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qu'ils satisfassent aux conditions ou répondent aux exigences de la *Charte de la langue française* ou non?

Si la réponse à la question (i) est affirmative, les commissions scolaires sont-elles en droit de recevoir des subventions à même les fonds publics pour la prestation de l'instruction à ces enfants sur la même base que celles

language education under *La Charte de la langue française*?

The same motion further asked the Court to rule:

that the restrictions on access to English language education contained in Sections 72 et sqq. of *La Charte de la langue française* and the regulations thereunder, to the extent that they are inconsistent with Sections 23(1)b), 23(2) and 23(3) are of no force and effect.

With leave of the Superior Court, the Attorney General of Canada formally intervened to ask the Court to make three declarations along much the same lines as the two answers and the declaration proposed by applicants, although the wording differed.

The other four motions for a declaratory judgment were submitted by Canadian citizens. They asked the Court to find that the children of the applicants were eligible for instruction in English. The conclusions of these four motions are similar. It will suffice to cite one of them:

TO DECLARE that the petitioners are entitled under Section 23(2) and Section 23(3) to send his child to a publicly funded school dispensing instruction in English in the Province of Quebec notwithstanding any provision of the Charter of the French Language;

In five separate judgments Deschênes C.J.S.C., as he then was, allowed the five motions and in essence made the declarations requested. In particular, he answered in the affirmative the two questions put in the first motion and, in the judgment on this motion, he held Chapter VIII of *Bill 101* and two regulations adopted pursuant to the provisions of Chapter VIII to be of no force or effect "in so far as they are inconsistent with that part of s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is in force in Quebec".

The judgment rendered on the first motion is quite thorough. It was published *sub. nom. Quebec Association of Protestant School Boards v.*

versées pour l'instruction en langue anglaise des enfants qui satisfont aux conditions de la *Charte de la langue française*?

La même requête conclut au surplus à ce qu'il soit déclaré:

[TRADUCTION] Que les restrictions imposées à l'accès à l'instruction en langue anglaise par les art. 72 et suivants de la *Charte de la langue française* et ses règlements d'application sont inopérantes pour autant qu'elles sont incompatibles avec l'al. 23(1)b) et les par. 23(2) et 23(3).

Avec l'autorisation de la Cour supérieure, le procureur général du Canada est intervenu formellement pour demander à la Cour de faire trois déclarations allant généralement dans le même sens que les deux réponses et la déclaration proposées par les requérants quoiqu'elles s'en distinguent par le libellé.

Les quatre autres requêtes pour jugement déclaratoire ont été présentées par des citoyens canadiens. Elles demandent que les enfants des requérants soient déclarés admissibles à l'enseignement en langue anglaise. Les conclusions de ces quatre requêtes se ressemblent. Il suffit de citer celles de l'une d'entre elles:

[TRADUCTION] DÉCLARER que les requérants ont le droit, en vertu des par. 23(2) et 23(3) d'envoyer leur enfant à une école du système d'enseignement public qui dispense l'enseignement en anglais dans la province de Québec nonobstant les dispositions de la Charte de la langue française;

Par cinq jugements distincts, le juge Deschênes, alors juge en chef de la Cour supérieure, a accueilli les cinq requêtes et, pour l'essentiel, il a fait les déclarations demandées. De façon plus particulière, il a répondu par l'affirmative aux deux questions posées dans la première requête et il a, dans le jugement prononcé sur cette requête, déclaré inopérants «dans la limite où ils sont incompatibles avec la partie en vigueur au Québec de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*» le chapitre VIII de la *Loi 101* ainsi que deux règlements adoptés en vertu des dispositions du chapitre VIII.

Le jugement rendu sur la première requête est fort élaboré. Il a été publié *sub. nom. Quebec Association of Protestant School Boards c. Pro-*

Procureur général du Québec, [1982] C.S. 673. A translation of this judgment in English has also been published: (1982), 140 D.L.R. (3d) 33, 3 C.R.R. 114. The four other judgments have not been reported. They are quite brief, for they refer to the published judgment. The headnote appears to us to accurately summarize the reasons of Deschênes C.J. on the first motion. What the headnote writer calls the "Quebec clause" is s. 73 of *Bill 101*, and what he calls the "Canada clause" is s. 23 of the *Charter*. On the merits of the question he writes, at p. 674:

[TRANSLATION] ... the Quebec clause enacted in the Quebec Charter is inconsistent with the Canada clause contained in the federal Charter. Section 1 of the federal Charter is of general application and accordingly covers s. 23: the burden of proving that the Quebec clause meets the conditions laid down by s. 1 is on Quebec. This clause cannot be interpreted merely as a limitation falling within s. 1, and the Court cannot accept the argument that the denial of certain individual rights can be justified as a consequence of the limitation of collective rights: the Quebec clause must therefore give way. Alternatively, if the Court had concluded that this clause was a limitation, it would have found that it was a limitation prescribed by law that can be justified in a democratic society, but would be inclined to conclude that the clause is disproportionate to the objective sought and unnecessarily exceeds the limits of what is reasonable; Quebec certainly did not succeed in establishing on a balance of probabilities that the Quebec clause constitutes a "reasonable limit" within the meaning of s. 1 of the Canadian Charter, as may be seen from the vigorous controversy contained in the evidence.

In five judgments, the Court of Appeal dismissed the five appeals from the five trial judgments. The appeal judgments were rendered from the bench and, according to the appellant, without his submissions having been heard on the alternative reasons of the trial judge. Rather brief reasons were subsequently filed. The three judges of the Court of Appeal were unanimous in their conclusions but differed in their reasons.

Monet J.A. wrote reasons concurred in by McCarthy J.A. He noted that it was conceded that the provisions of Chapter VIII of *Bill 101* and of s.

cureur général du Québec, [1982] C.S. 673. Une traduction de ce jugement en langue anglaise a également été publiée: (1982), 140 D.L.R. (3d) 33, 3 C.R.R. 114. Les quatre autres jugements sont inédits. Ils sont plutôt brefs car ils renvoient au jugement publié. Le sommaire de l'arrêtiste nous paraît résumer fidèlement les motifs du juge en chef Deschênes relativement à la première requête. Ce que l'arrêtiste appelle la «clause-Québec», c'est l'art. 73 de la *Loi 101* et ce qu'il appelle la «clause-Canada», c'est l'art. 23 de la *Charte*. Voici comment il s'exprime, à propos du fond de la question, à la p. 674:

... il y a incompatibilité entre la clause-Québec édictée à la charte québécoise et la clause-Canada contenue dans la charte fédérale. L'article 1 de la charte canadienne a une portée générale et s'applique donc à l'article 23; le fardeau de prouver que la clause-Québec satisfait aux conditions stipulées par l'article 1 incombe au Québec. Or, cette clause ne peut être interprétée comme une simple restriction entrant dans le cadre de l'article 1 et la Cour ne peut accepter l'argument voulant que la négation de certains droits individuels puisse se justifier comme une conséquence de la restriction de droits collectifs: la clause-Québec doit donc céder. Subsidiairement, si la Cour en était arrivée à la conclusion que cette clause constitue une restriction, elle aurait conclu qu'il s'agissait d'une restriction par une règle de droit dont la justification pourrait se démontrer dans une société démocratique, mais inclinerait à conclure que la clause est disproportionnée au but poursuivi et excède inutilement les limites du raisonnable; en effet le Québec n'a certainement pas réussi à prouver d'une façon prépondérante que la clause-Québec constitue une «limite raisonnable» au sens de l'article 1 de la charte canadienne, les vives controverses dans la preuve en témoignant.

Par cinq arrêts, la Cour d'appel a rejeté les cinq appels qui entreprenaient les cinq jugements de première instance. Les arrêts ont été rendus séance tenante et, selon le mémoire de l'appelant, sans que ce dernier ait été entendu sur les motifs subsidiaires du premier juge. Des motifs assez brefs ont été déposés subséquemment. Les trois juges de la Cour d'appel sont unanimes dans leurs conclusions mais non pas dans leurs motifs.

Le juge Monet a écrit des motifs auxquels le juge McCarthy souscrit. Il constate qu'il est acquis au débat que les dispositions du chapitre VIII de la

23 of the *Charter* are inconsistent. He also noted that essentially appellant used s. 1 of the *Charter* to justify Chapter VIII of *Bill 101*. Like the trial judge, he recognized that the rights conferred by s. 23 of the *Charter* are guaranteed subject to the provisions of s. 1: in his view, however, far from merely imposing limits on the rights conferred by s. 23 of the *Charter*, Chapter VIII of *Bill 101* has the effect of denying or abolishing these rights, and this is not authorized by s. 1 of the *Charter*.

Beauregard J.A. agreed with his two brother judges and the trial judge that the rights secured by s. 23 of the *Charter* can be subject to a limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*. He considered, on the other hand, that the wording of s. 1, taken to its limit, might not preclude the possibility of limiting a right to the point of denying it. Nevertheless, Beauregard J.A. concluded as did the majority for the following reasons:

[TRANSLATION] ... it is quite apparent, and this seems to me to destroy appellant's argument, that s. 23 was adopted specifically and deliberately to limit the effects of Chapter VIII or other similar statutes, and that accordingly it is pointless to ask which provision limits which.

This is especially true as s. 23 was worded so precisely and guarantees such a specific right, to such a limited number of individuals, that it is hard to see how such an absolute limitation as that in Chapter VIII, however legitimate, could be regarded as other than a prohibited invasion of this right.

He also said that, in order to be justified within the meaning of s. 1 of the *Charter*, a limit or denial must assume the merits of the guaranteed right, and not challenge its very basis as in his view Chapter VIII of *Bill 101* does.

Pursuant to leave granted by this Court, appellant appealed from the five judgments of the Court of Appeal.

At the request of respondents Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal and Lakeshore

Loi 101 et celles de l'art. 23 de la *Charte* sont incompatibles. Il note également que l'appelant invoque essentiellement l'art. 1 de la *Charte* pour justifier le chapitre VIII de la *Loi 101*. Comme le premier juge, il reconnaît que les droits conférés par l'art. 23 de la *Charte* sont garantis sous réserve des dispositions de l'art. 1. Mais, à son avis, le chapitre VIII de la *Loi 101*, loin d'imposer de simples restrictions aux droits conférés par l'art. 23 de la *Charte*, a pour effet de nier ou d'annihiler ces droits, ce que ne permet pas l'art. 1 de la *Charte*.

Avec ses deux collègues et le premier juge, le juge Beauregard reconnaît que les droits garantis par l'art. 23 de la *Charte* peuvent faire l'objet d'une restriction au sens de l'art. 1 de la *Charte*. Par ailleurs il est d'avis que le libellé de l'art. 1 n'empêche pas que l'on puisse, à la limite, restreindre un droit jusqu'à le nier. Le juge Beauregard conclut néanmoins comme la majorité pour les motifs suivants:

... il est manifeste, et cela me paraît détruire la démonstration de l'appelant, que l'article 23 a été adopté dans le but précis et résolu de restreindre les effets du chapitre VIII ou d'autres lois semblables et qu'en conséquence on peut difficilement se demander quelle disposition restreint quelle autre.

D'autant plus que l'article 23 a été rédigé d'une façon si précise et qu'il garantit un droit si spécifique à un nombre si limité de titulaires qu'on imagine mal comment une restriction aussi absolue que celle du chapitre VIII, quelle que soit sa légitimité, pourrait être considérée autrement que comme une dérogation prohibée à ce droit.

Et il ajoute que pour être légitime aux termes de l'art. 1 de la *Charte*, une restriction ou une négation doit tenir pour acquis le bien-fondé du droit garanti, et non pas le remettre en question dans son principe même comme le fait selon lui le chapitre VIII de la *Loi 101*.

Conformément à l'autorisation qui lui a été accordée par cette Cour, l'appelant a formé un pourvoi contre les cinq arrêts de la Cour d'appel.

À la demande des intimés Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal et Lakeshore

School Board, the lamented Laskin C.J. stated the following constitutional questions:

(1) Are the provisions regarding access to English language education contained in Chapter VIII of the *Charter of the French language* (R.S.Q. 1977, c. C-11) and the regulations thereunder, inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and to the extent of the inconsistency, are they of no force or effect?

(2) Are school boards operating English language primary or secondary schools obliged to admit to English language schooling therein children who qualify pursuant to sections 23(1)(*b*) and 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* whether or not they qualify under the *Charter of the French language* and have complied with its requirements?

(3) Do school boards have the right to receive grants from public funds for the education of such children on the same basis as applies in respect of children who qualify for English language education under the *Charter of the French language*?

The Attorney General of New Brunswick was given leave to intervene and supported the position taken by respondents.

Counsel for the Island of Montreal School Council, the mis en cause on the first motion, informed the Court that it did not intend to prepare a submission or participate in the hearing.

III—Inconsistency between ss. 72 and 73 of *Bill 101* and s. 23 of the *Charter*

It is not disputed that ss. 72 and 73 of *Bill 101* and s. 23 of the *Charter* are inconsistent. Nevertheless, it is useful to indicate exactly the nature and extent of this inconsistency. The trial judge made a comparative study of the applicable legislative and constitutional provisions, and described this inconsistency in language the accuracy of which, at least in general terms, does not appear to have been disputed. He said the following, at pp. 681 and 682 of his judgment:

[TRANSLATION] Section 72 of Bill 101 enunciates the principle unambiguously: "Instruction ... shall be in French, except where this chapter allows otherwise."

Section 73 provides the only exceptions which are of interest in this case. "In derogation of section 72": the words at the beginning of s. 73 clearly indicate that it is

School Board, le regretté juge en chef Laskin a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

(1) Les dispositions relatives à l'enseignement en langue anglaise, contenues dans le chapitre VIII de la *Charte de la langue française* (L.R.Q. 1977, chap. C-11) et dans les règlements adoptés en vertu de celle-ci, sont-elles incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et inopérantes dans la mesure de l'incompatibilité?

(2) Les commissions scolaires qui administrent des écoles primaires ou secondaires dispensant l'instruction en langue anglaise sont-elles tenues d'y admettre les enfants qui satisfont aux conditions des articles 23(1)(*b*) et 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qu'ils satisfassent aux conditions ou répondent aux exigences de la *Charte de la langue française* ou non?

(3) Les commissions scolaires sont-elles en droit de recevoir des subventions à même les fonds publics pour la prestation de l'instruction à ces enfants sur la même base que celles versées pour l'instruction en langue anglaise des enfants qui satisfont aux conditions de la *Charte de la langue française*?

Le procureur général du Nouveau-Brunswick a été autorisé à intervenir et il a soutenu la position des intimés.

Le procureur du Conseil scolaire de l'île de Montréal, mis en cause dans la première requête, a informé la Cour qu'il ne se proposait pas de préparer de mémoire ou de participer à l'audition.

III—Incompatibilité des art. 72 et 73 de la *Loi 101* et de l'art. 23 de la *Charte*

Il n'est pas contesté que les art. 72 et 73 de la *Loi 101* et l'art. 23 de la *Charte* sont incompatibles. Il reste néanmoins utile de préciser la nature et la mesure de cette incompatibilité. Le premier juge a procédé à une étude comparative des textes législatifs et constitutionnels pertinents et décrit cette incompatibilité dans des termes dont nul ne semble avoir contredit l'exactitude au moins générale. Voici comment il s'exprime aux pp. 681 et 682 de son jugement:

L'article 72 de la Loi 101 énonce le principe sans ambages: «L'enseignement se donne en français ... sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre».

L'article 73 prévoit les seules exceptions qui intéressent la présente cause. «Par dérogation à l'article 72»: le début de l'article 73 marque bien son caractère d'excep-

an exception. Applying traditional canons of construction, s. 73 should receive a restrictive interpretation: only those who fall within the four categories enumerated in s. 73 are to be admitted to English schools.

We are familiar with these categories since the court has already quoted the section.

In the first category, the right follows from father or mother to son or daughter on condition that the mother or father received his or her primary education in English in Quebec.

In the three other categories, still subject to the "Quebec condition", the right will gradually fade away to lapse toward the end of the century: all children falling within these three categories should have completed their secondary schooling by then, and only in the case of a genetic accident will the period be extended.

But under s. 73 the children of immigrants, even English-speaking immigrants from other parts of Canada or from foreign countries, are not to be admitted into English schools in Quebec.

Section 73 sets out what has come to be known, in constitutional jargon in these last few years, as the "Quebec clause".

Undoubtedly, the Minister, Mr. Laurin, had this clause in mind when he spoke, last May 5th, of the "authentically English-speaking minority of Quebec".

Without doubt, it was this clause which was contemplated by the White Paper of March, 1977, setting out "La politique québecoise de la langue française" when it described English schooling as "an exceptional system for the present minority in Quebec".

On the other hand, s. 23 of the Charter, in s-ss. 1(*b*) and (2)—the only ones, along with s-s. (3) which are in force in Quebec—allows access to English schools to children whose parents, being citizens of Canada resident in Quebec, have received primary instruction in English in Canada or those children of citizens of Canada having a brother or a sister who has received or is receiving primary or secondary instruction in English in Canada.

Subsection (3) of the same section makes this right subject to the condition of "a sufficient number" of children, etc., but this condition presents no problem in Quebec.

In the same constitutional jargon, s. 23 of the Charter sets out the "Canada clause" in the general sense.

How should these two clauses be compared?

Paragraphs (*a*) and (*b*) of s. 73 of Bill 101 are included in s. 23(1)(*b*) of the Charter, if the condition of

tion. Suivant les canons traditionnels, l'article 73 devra recevoir une interprétation restrictive: personne d'autre ne sera admissible à l'enseignement en anglais que les membres des quatre catégories énumérées à l'article 73.

On connaît celles-ci, la Cour a déjà cité l'article.

Dans la première catégorie, le droit se perpétuera de père ou de mère en fils ou en fille, à la condition que l'enseignement primaire ait été reçu en anglais au Québec par le père ou la mère.

Dans les trois autres catégories, toujours soumises à la «condition-Québec», le droit s'éteindra graduellement pour devenir caduc vers la fin du siècle: tous les enfants admissibles dans ces trois catégories devraient avoir alors terminé leurs études secondaires, sauf le rare cas d'une prolongation à la suite d'un accident génétique.

Mais sous l'article 73 ne sont pas admissibles à l'école anglaise au Québec les enfants des immigrants même anglophones venant soit du reste du Canada, soit de l'étranger.

L'article 73 exprime ce que l'on est convenu d'appeler, dans le jargon constitutionnel de ces dernières années, la «clause-Québec».

C'est sans doute cette clause que le ministre Laurin avait en tête lorsqu'il parlait, le 5 mai dernier, de «la minorité authentiquement anglophone du Québec».

C'est sans doute cette clause que prévoyait le Livre blanc de mars 1977 exposant *La politique québécoise de la langue française* lorsqu'il décrivait l'école anglaise comme «un système d'exception accordé à la minorité actuelle du Québec».

D'autre part, l'article 23 de la Charte, dans ses paragraphes 1*b*) et 2—les seuls, avec 3, en vigueur au Québec—permet l'accès à l'école anglaise aux enfants dont les parents, citoyens canadiens qui résident au Québec, ont reçu leur instruction primaire en anglais au Canada ou aux enfants de citoyens canadiens dont un frère ou une sœur a reçu ou reçoit son instruction primaire ou secondaire en anglais au Canada

Par le paragraphe 3 du même article, ce droit est subordonné à la condition d'un «nombre suffisant» d'enfants, etc.; mais cette condition ne soulève pas de problème au Québec.

Dans le même jargon constitutionnel, l'article 23 de la Charte offre la «clause-Canada» au sens large.

Comment se comparent les deux clauses?

Les paragraphes *a*) et *b*) de l'article 73 de la Loi 101 sont inclus dans l'article 23(1)*b*) de la Charte, si la

citizenship is fulfilled; if not, Bill 101 is more permissive than the Charter.

Paragraphs (*c*) and (*d*) of s. 73 are included within s. 23(2) of the Charter, on the same condition; if not, again it would be necessary to consider Bill 101 as broader than the Charter.

In short, for those who are citizens of Canada, all cases contemplated by s. 73 of Bill 101 are equally covered by the Charter; for non-naturalized aliens Bill 101 is more generous.

Up to this point the applicants cannot complain of any contradiction. But, what of the inverse situation?

Section 23 of the Charter only applies to citizens of Canada: one must keep this premise constantly in mind.

Section 23(1)(*b*) opens English schooling in Quebec to children whose parents have received their primary instruction in English anywhere in Canada.

This general eligibility is prohibited in Quebec by the combined effect of ss. 72 and 73 of Bill 101.

Section 23(2) of the Charter opens English schooling in Quebec to children of citizens of Canada who have a brother or sister who has received or is receiving primary or secondary instruction in English anywhere in Canada.

This general eligibility is, again, denied by the effect of the same provisions of Bill 101.

The conclusion, then, is inevitable: Bill 101 and the Charter are incompatible.

IV—Arguments raised by appellant and the first constitutional question

The arguments raised by appellant may be summarized in three propositions:

(1) section 1 of the *Charter*, which guarantees the rights and freedoms contained in that document, applies to all the rights so guaranteed, including that conferred by s. 23;

(2) section 1 of the *Charter* does not distinguish between the limit and denial of a right, and makes the reasonable and justifiable nature of the limit the true test of its constitutionality;

(3) the provisions of Chapter VIII of *Bill 101* place upon the right secured by s. 23 of the *Charter* reasonable limits that can be justified in a free and democratic society.

condition de citoyenneté est remplie; au cas contraire, la Loi 101 devient plus permissive que la Charte.

Les paragraphes *c*) et *d*) de l'article 73 sont inclus dans l'article 23(2) de la Charte, à la même condition; sinon, il faut encore considérer la Loi 101 comme plus large que la Charte.

En bref, pour ce qui est des citoyens canadiens, tous les cas prévus à l'article 73 de la Loi 101 sont également couverts par la Charte; pour les aubains, la Loi 101 est plus accueillante.

Jusque-là, il n'y a donc pas de contrariété dont les requérants puissent se plaindre. Il reste à examiner la situation inverse.

L'article 23 de la Charte ne s'applique qu'aux citoyens canadiens; il faut constamment garder cette prémisse en mémoire.

L'article 23(1)*b*) ouvre l'école anglaise au Québec aux enfants dont les parents ont reçu leur instruction primaire en anglais où que ce soit au Canada.

Cette admissibilité générale est prohibée au Québec par le jeu combiné des articles 72 et 73 de la Loi 101.

L'article 23(2) de la Charte ouvre à son tour l'école anglaise au Québec aux enfants de citoyens canadiens dont un frère ou une sœur a reçu ou reçoit son instruction primaire ou secondaire en anglais où que ce soit au Canada.

Cette admissibilité générale est encore prohibée par le jeu des mêmes dispositions de la Loi 101.

La conclusion s'impose donc: il y a incompatibilité entre la Loi 101 et la Charte.

IV—Les moyens soulevés par l'appelant et la première question constitutionnelle

Les moyens soulevés par l'appelant peuvent se résumer en trois propositions:

1) l'article 1 de la *Charte*, qui garantit les droits et les libertés qu'elle énonce, s'applique à chacun des droits ainsi garantis, y compris celui qui est conféré par l'art. 23;

2) l'article 1 de la *Charte* ne distingue pas entre la restriction et la négation d'un droit et fait du caractère raisonnable et justifiable de la limite, le véritable test de sa constitutionnalité;

3) les dispositions du chapitre VIII de la *Loi 101* restreignent le droit garanti à l'art. 23 de la *Charte* dans des limites qui sont raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique.

The first proposition was approved by the Court of Appeal and the Superior Court. We are disposed to take this proposition as established, but for the sake of discussion only and without deciding the point.

The second and third propositions, like the first, were supported by a thorough memorandum and argument in which, *inter alia*, s. 1 of the *Charter*, the requirements which it imposes, the presumption of constitutionality and the question of the burden of proof were analysed in light of judicial interpretation of similar clauses in other constitutional charters by the Judicial Committee of the Privy Council for the Commonwealth nations and by the Supreme Court of India, as well as in light of American precedents and decisions of the courts on the *Canadian Bill of Rights*. Counsel for the appellant further argued that not only have respondent applicants not succeeded in establishing that the provisions relating to access to English schooling in Quebec are unreasonable, but also that the latter are reasonable within the meaning of s. 1 of the *Charter*, in view of factors such as demographic patterns, the physical mobility (migration) and linguistic mobility ("assimilation") of individuals and the regional distribution of interprovincial migrants. It was further argued that other free and democratic societies such as Switzerland and Belgium, which have sociolinguistic situations comparable to that in Quebec, have adopted stricter linguistic measures than *Bill 101*, and these measures have been held to be reasonable and justified by the Swiss and European courts. Finally, it was argued that the collective right of the Anglophone minority in Quebec to cultural survival is not threatened by *Bill 101*, which establishes a system providing access to English schooling which is not unreasonable.

We do not think it necessary to go into these arguments, for none of them answers the reasons of Beauregard J.A. of the Court of Appeal in the part of his opinion cited above. These reasons, with which we agree in substance, are fatal to appellant's position, and in our opinion are conclusive.

La Cour d'appel et la Cour supérieure ont approuvé la première proposition. Nous sommes prêts à considérer cette proposition comme établie, mais pour les fins de la discussion seulement et sans toutefois en décider.

La deuxième et la troisième propositions, comme la première, ont été étayées par un mémoire et une plaidoirie approfondis où, entre autres, l'art. 1 de la *Charte*, les critères qu'il impose, la présomption de constitutionnalité et la question du fardeau de la preuve ont été analysés à la lumière de l'interprétation judiciaire de clauses analogues d'autres chartes constitutionnelles par le Comité judiciaire du Conseil privé pour des pays du Commonwealth et par la Cour suprême indienne, ainsi qu'à la lumière de la jurisprudence américaine et de la jurisprudence interprétative de la *Déclaration canadienne des droits*. Le procureur de l'appelant a de plus plaidé que non seulement les intimés requérants n'ont pas réussi à établir que le régime d'accès à l'école anglaise au Québec est déraisonnable mais que celui-ci est raisonnable au sens de l'art. 1 de la *Charte* compte tenu de facteurs comme des bilans démographiques, la mobilité physique (migration) et la mobilité linguistique («assimilation») des individus ainsi que la répartition régionale des migrants interprovinciaux. Il a été aussi plaidé que d'autres sociétés libres et démocratiques comme la Suisse et la Belgique, qui connaissent des situations sociolinguistiques comparables à celle du Québec, ont adopté des mesures linguistiques plus rigoureuses que la *Loi 101*, mesures qui ont été jugées raisonnables et justifiées par les tribunaux suisses et européen. Il a été enfin plaidé que le droit collectif de la minorité anglophone du Québec à sa survie culturelle n'est pas menacé par la *Loi 101* laquelle établit un régime d'accès à l'école anglaise qui n'est pas déraisonnable.

Il nous paraît inutile de nous arrêter à ces moyens car aucun ne répond aux motifs retenus par le juge Beauregard en Cour d'appel dans la partie de son opinion citée plus haut. Or ces motifs, avec lesquels nous sommes d'accord pour l'essentiel, sont fatals à la position de l'appelant et, à notre avis, ils sont péremptoires.

Section 23 of the *Charter* is not, like other provisions in that constitutional document, of the kind generally found in such charters and declarations of fundamental rights. It is not a codification of essential, pre-existing and more or less universal rights that are being confirmed and perhaps clarified, extended or amended, and which, most importantly, are being given a new primacy and inviolability by their entrenchment in the supreme law of the land. The special provisions of s. 23 of the *Charter* make it a unique set of constitutional provisions, quite peculiar to Canada.

This set of constitutional provisions was not enacted by the framers in a vacuum. When it was adopted, the framers knew, and clearly had in mind the regimes governing the Anglophone and Francophone linguistic minorities in various provinces in Canada so far as the language of instruction was concerned. They also had in mind the history of these regimes, both earlier ones such as Regulation 17, which for a time limited instruction in French in the separate schools of Ontario—*Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62—as well as more recent ones such as *Bill 101* and the legislation which preceded it in Quebec. Rightly or wrongly,—and it is not for the courts to decide,—the framers of the Constitution manifestly regarded as inadequate some—and perhaps all—of the regimes in force at the time the *Charter* was enacted, and their intention was to remedy the perceived defects of these regimes by uniform corrective measures, namely those contained in s. 23 of the *Charter*, which were at the same time given the status of a constitutional guarantee. The framers of the Constitution unquestionably intended by s. 23 to establish a general regime for the language of instruction, not a special regime for Quebec; but in view of the period when the *Charter* was enacted, and especially in light of the wording of s. 23 of the *Charter* as compared with that of ss. 72 and 73 of *Bill 101*, it is apparent that the combined effect of the latter two sections seemed to the framers like an archetype of the regimes needing reform, or which at least had to be affected, and the remedy prescribed for all of Canada by s. 23 of the

L'article 23 de la *Charte* n'est pas, comme d'autres dispositions du même document constitutionnel, de ceux que l'on rencontre communément dans les chartes et déclarations de droits fondamentaux du même genre. Il n'est pas la codification de droits essentiels, préexistants et plus ou moins universels que l'on voudrait confirmer et peut-être préciser, étendre ou modifier et auxquels on veut surtout conférer une primauté et une intangibilité nouvelles en les enchâssant dans la loi suprême du pays. L'article 23 de la *Charte* constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada.

Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par les diverses provinces au Canada. Il avait également à l'esprit l'histoire de ces régimes juridiques, tant l'histoire relativement ancienne comme celle du Règlement 17 qui a restreint pour un temps l'enseignement en français dans les écoles séparées de l'Ontario—*Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62—que l'histoire relativement récente comme celle de la *Loi 101* et des régimes qui l'ont précédée au Québec. À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider, le constituant a manifestement jugé déficients certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des mesures réparatrices uniformes, celles de l'art. 23 de la *Charte*, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle. Sans doute est-ce un régime général que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue de l'enseignement par l'art. 23 de la *Charte* et non pas un régime particulier pour le Québec. Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la *Charte* lorsqu'on la compare à celle des art. 72 et 73 de la *Loi 101*, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter et qu'il

Charter was in large part a response to these sections.

Until 1969, the laws of Quebec appear to have been silent on the language of instruction, but in fact the system operated so as to leave almost complete freedom to everyone at all educational levels. Following the conflict that occurred in 1968 at the Saint-Léonard school board, where an attempt had been made to impose instruction in French on children of Italian immigrants—see Joseph Eliot Magnet, "Minority-Language Educational Rights", (1982) 4 *Supreme Court L. R.* 195, at p. 202—the Quebec legislator adopted the *Act to promote the French language in Québec*, 1969 (Que.), c. 9, also known as Bill 63. Despite its title, this Act embodied in legislation the freedom of choice regarding language of instruction which had existed up to then. However, the Quebec legislator indicated a concern with immigration in s. 3, where it directed the Minister of Immigration to

> ... in co-operation with the Minister of Education, take the measures necessary so that the persons who settle in Québec may acquire the knowledge of the French language upon arrival or even before they leave their country of origin, and may have their children instructed in educational institutions where courses are given in the French language.

This Act was replaced in 1974 by the *Official Language Act*, 1974 (Que.), c. 6, also known as Bill 22. Title 1 of this Act stated in its single section that French is the official language of Quebec. Chapter V of Title III is entitled "The Language of Instruction". Sections 40 and 41 gave French a certain degree of priority. The first paragraph of s. 40 provided that the language of instruction shall be French in the schools governed by the school boards, the regional school boards and the corporations of trustees, and the second paragraph stated that school boards, regional school boards and corporations of trustees "shall continue" to provide instruction in English. The third paragraph provided for control over increasing or reducing instruction in English by the Minister of Education, who was not to give his authorization "unless he considers that the number of pupils whose mother tongue is English and who

Jusqu'en 1969, les lois du Québec étaient apparemment silencieuses à propos de la langue de l'enseignement mais en fait le régime fonctionnait de façon à laisser à tous une liberté pratiquement complète à tous les niveaux de l'enseignement. À la suite de troubles survenus en 1968 à la Commission scolaire de Saint-Léonard où l'on avait voulu imposer l'enseignement en français aux enfants d'immigrants italiens—voir Joseph Eliot Magnet «Minority-Language Educational Rights», (1982) 4 *Supreme Court L. R.* 195, à la p. 202—la législature du Québec adopta la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, 1969 (Qué.), chap. 9, aussi connue sous le nom de Bill 63. Malgré son titre, cette loi consacre législativement la liberté de choix qui avait prévalu jusqu'alors relativement à la langue de l'enseignement. Mais le législateur québécois y manifeste que l'immigration le préoccupe à l'art. 3 où il enjoint au ministre de l'Immigration de

> ... prendre, de concert avec le ministre de l'éducation, les dispositions nécessaires pour que les personnes qui s'établissent au Québec acquièrent dès leur arrivée ou même avant qu'elles quittent leur pays d'origine la connaissance de la langue française et qu'elles fassent instruire leurs enfants dans des institutions d'enseignement où les cours sont donnés en langue française.

Cette dernière loi est remplacée en 1974 par la *Loi sur la langue officielle*, 1974 (Qué.), chap. 6, aussi connue sous le nom de Bill 22. Le titre I de cette loi porte à son article unique que le français est la langue officielle du Québec. Le chapitre V du titre III a pour titre «La langue de l'enseignement». Les articles 40 et 41 privilégient jusqu'à un certain point la langue française. Le premier alinéa de l'art. 40 décrète que l'enseignement se donne en langue française dans les écoles régies par les commissions scolaires, les commissions scolaires régionales et les corporations de syndics, tandis que le deuxième alinéa prescrit que les commissions scolaires, les commissions scolaires régionales et les corporations de syndics «continuent» de donner l'enseignement en langue anglaise. Le troisième alinéa assure le contrôle de la croissance ou de la réduction de l'enseignement en langue anglaise par le ministre de l'Éducation

are under the jurisdiction of such body warrants it". Section 41 provided that pupils must have a sufficient knowledge of the language of instruction to receive their instruction in that language, which had the practical effect of closing off French schooling to the majority of Anglophone pupils and English schooling to the majority of Francophone pupils. Section 41 also provided that pupils who do not have a sufficient knowledge of any of the languages of instruction must receive their instruction in French, a provision which, though it did not say so expressly, was directed at immigrants, unless they were French- or English-speaking.

These provisions of the *Official Language Act* were found to be *intra vires* by Deschênes C.J.S.C. in *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal v. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 83 D.L.R. (3d) 645. The Court of Appeal of Quebec dismissed an appeal on the ground that the *Official Language Act* had been replaced by *Bill 101*: (1978), 83 D.L.R. (3d), at p. 679, see note.

Thus, at the time the *Charter* was adopted, there had for some years been legislation in Quebec which, apart from the Act adopted in 1969, tended to give preferred treatment to French as the language of instruction, and correspondingly to lessen the benefits hitherto given to English, in fact if not in law. The culmination of this legislation was *Bill 101*.

Although the fate reserved to the English language as a language of instruction had generally been more advantageous in Quebec than the fate reserved to the French language in the other provinces, Quebec seems nevertheless to have been the only province where there was then this tendency to limit the benefits conferred on the language of the minority. In the other provinces at the time, either the earlier situation had remained unchanged, at least so far as legislation was concerned, as in Newfoundland and British Columbia which have no legislation on the language of instruction, or else relatively recent statutes had been adopted improving the situation of the lin-

qui ne doit donner son autorisation «que s'il est d'avis que le nombre d'élèves de langue maternelle anglaise relevant de la compétence de l'organisme le justifie». L'article 41 porte que les élèves doivent connaître suffisamment la langue de l'enseignement pour recevoir l'enseignement dans cette langue ce qui a pour effet pratique d'interdire l'école française au plus grand nombre des élèves anglophones et l'école anglaise au plus grand nombre des élèves francophones. L'article 41 porte également que les élèves qui ne connaissent suffisamment aucune des langues de l'enseignement reçoivent l'enseignement en langue française, disposition qui, sans le dire expressément, vise les immigrants, à moins qu'ils ne soient de langue française ou de langue anglaise.

Ces dispositions de la *Loi sur la langue officielle* ont été trouvées *intra vires* par le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure dans *Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Ministre de l'Éducation du Québec*, [1976] C.S. 430, 83 D.L.R. (3d) 645. La Cour d'appel du Québec y a rejeté l'appel au motif que la *Loi sur la langue officielle* avait été remplacée par la *Loi 101*: (1978), 83 D.L.R. (3d) à la p. 679 en note.

Ainsi donc, au moment où la *Charte* est adoptée, le Québec connaît depuis quelques années une activité législative qui, sauf pour la loi adoptée en 1969, tend à privilégier la langue française relativement à la langue de l'enseignement, et à réduire d'autant les avantages donnés jusque-là à la langue anglaise, en fait sinon en droit. Le point culminant de cette activité législative est la *Loi 101*.

Quoique le sort réservé à la langue anglaise comme langue de l'enseignement ait été généralement plus avantageux au Québec que le sort réservé à la langue française dans les autres provinces, le Québec semble néanmoins être la seule province où se manifeste alors cette tendance à restreindre les avantages conférés à la langue de la minorité. Dans les autres provinces, à cette époque, ou bien la situation antérieure est restée inchangée, du moins dans les lois, comme à Terre-Neuve et en Colombie-Britannique qui n'ont aucune législation sur la langue de l'enseignement, ou bien des lois relativement récentes ont été adoptées pour favoriser la situation de la minorité linguistique,

guistic minority, as in New Brunswick, Nova Scotia and Prince Edward Island: see Alfred Monnin, then a puisne judge of the Manitoba Court of Appeal, "L'égalité juridique des langues et l'enseignement: les écoles françaises hors-Québec", (1983) 24 C. de D. 157.

It is therefore not surprising that *Bill 101* was very much in the minds of the framers of the Constitution when they enacted s. 23 of the *Charter*, which guarantees "minority language educational rights". This is confirmed when the wording of this section is compared with that of ss. 72 and 73 of *Bill 101*, and with other provincial statutes on the language of instruction.

To begin with, the fact that Quebec is the only province in Canada in which, by virtue of s. 59(1) and (2) of the *Constitution Act, 1982*, s. 23(1)(*a*) of the *Charter* is not yet in force and cannot be brought into force without the consent of Quebec, indicates clearly that the framers of the Constitution had Quebec specially in mind when they enacted s. 23 of the *Charter*. It may be possible to suggest a reason for this exception: so far as Quebec is concerned, s. 23(1)(*a*) applies to Canadian citizens whose first language is English but who did not receive their primary school instruction in that language in Canada, that is, in practice, largely immigrants whose first language is English and who have become Canadian citizens. It is therefore plausible to think that this particular provision of the *Charter* was suspended for Quebec in part so as to calm the concerns regarding immigration, that, long before *Bill 101* was adopted, were expressed in Quebec because of the minority status of French in North America.

It is above all when we compare s. 23(1)(*b*) and (2) of the *Charter* with s. 73 of *Bill 101* that it becomes most apparent that the latter is the type of regime on which the framers of the Constitution modelled s. 23. Both in the *Charter* and in *Bill 101*, the criteria that must be considered in deciding the right to instruction in the minority language are the place where the parents received their instruction in the minority language. Both in the *Charter* and in *Bill 101*, that place is where the

comme au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse et à l'Île-du-Prince-Édouard: Alfred Monnin, alors juge puîné de la Cour d'appel du Manitoba, «L'égalité juridique des langues et l'enseignement: les écoles françaises hors-Québec», (1983) 24 C. de D. 157.

Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que la *Loi 101* ait été particulièrement présente à l'esprit du constituant lorsqu'il a édicté l'art. 23 de la *Charte* qui garantit des «droits à l'instruction dans la langue de la minorité». La rédaction de cet article le confirme quand on la compare à celle des art. 72 et 73 de la *Loi 101* ainsi qu'aux lois des autres provinces relativement à la langue de l'enseignement.

Mais d'abord, le fait que le Québec soit la seule province du Canada où, par suite des par. 59(1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'al. 23(1)*a*) de la *Charte* ne soit pas encore en vigueur et ne puisse entrer en vigueur sans l'assentiment du Québec, atteste que le constituant avait particulièrement le Québec en vue lorsqu'il a édicté l'art. 23 de la *Charte*. On peut spéculer sur la raison de cette exception; pour autant que le Québec est concerné, l'al. 23(1)*a*) vise des citoyens canadiens de langue maternelle anglaise qui n'auraient pas reçu leur instruction, au niveau primaire, en anglais au Canada, c'est-à-dire, en pratique et pour un grand nombre, des immigrants de langue maternelle anglaise devenus citoyens canadiens; il est donc permis de penser que cette disposition particulière de la *Charte* a été suspendue pour le Québec afin de calmer en partie les inquiétudes exprimées au Québec bien avant l'adoption de la *Loi 101* à propos de l'immigration, à cause de la situation minoritaire de la langue française en Amérique du Nord.

Cependant c'est surtout lorsque l'on met en regard l'al. 23(1)*b*) et le par. 23(2) de la *Charte*, d'une part et l'art. 73 de la *Loi 101*, d'autre part, que ce dernier article apparaît de façon évidente comme le type de régime juridique qui a dicté l'art. 23 au constituant. Tant dans la *Charte* que dans la *Loi 101*, les critères qu'il faut prendre en considération pour décider du droit à l'enseignement dans la langue de la minorité sont l'endroit où les parents ont reçu leur instruction dans la

parents received their primary school instruction. Both in the *Charter* and in *Bill 101*, satisfying this criterion gives a right to primary and secondary school instruction in the minority language, and *Bill 101* adds the right to education at the kindergarten level. Both in the *Charter* and in *Bill 101*, the criteria also include the language of instruction of a child's brothers and sisters, though *Bill 101* refers to the younger brothers and sisters of children included in a category which is temporary by nature,—a limit not found in the *Charter*.

Now, of all the provincial statutes relating to the language of instruction that were in force at the time the *Charter* was adopted, only *Bill 101* imposes criteria as specific and unique as those we have just indicated—see the statutes listed by A. Monnin, *op. cit.*

It is true that certain provincial statutes, such as *An Act to amend the School Act* of Prince Edward Island, 1980 (P.E.I.), c. 48, s. 9, and *An Act to Amend Chapter 81 of the Revised Statutes, 1967, the Education Act* of Nova Scotia, 1981 (N.S.), c. 20, s. 2, contain a definition of the mother tongue similar to that found in s. 23(1)(*a*) of the *Charter*, or, that others, like the Nova Scotia statute just mentioned, refer to the concept of "a sufficient number of children" found in s. 23(3)(*a*) and (*b*) of the *Charter*, but equally found in s. 79 of *Bill 101*, which provides that a school body not already giving instruction in English may not introduce it without authorization from the Minister of Education, who shall grant it if, in his opinion, it is warranted by the number of pupils who come within the jurisdiction of the school body and who are eligible for instruction in English under s. 73.

However, once again, to our knowledge no other provincial statute that was in force at the time the *Charter* was adopted and which dealt with the language of instruction has criteria as specific as those in s. 73 of *Bill 101*. These criteria are not only specific, but are also unique as a whole; it

langue de la minorité. Tant dans la *Charte* que dans la *Loi 101*, cet endroit est celui où les parents ont reçu leur éducation au niveau primaire. Tant dans la *Charte* que dans la *Loi 101*, la présence de ce critère donne droit à l'éducation aux niveaux primaire et secondaire dans la langue de la minorité, la *Loi 101* y ajoutant le droit à l'éducation dans les classes maternelles. Tant dans la *Charte* que dans la *Loi 101*, les critères comportent de plus la langue de l'enseignement dispensé aux frères et sœurs d'un enfant, quoiqu'il s'agisse selon la *Loi 101* des frères et sœurs cadets d'enfants compris dans une catégorie à contenu temporaire, restrictions que l'on ne trouve pas dans la *Charte*.

Or, de toutes les lois provinciales en vigueur au moment de l'adoption de la *Charte* et relatives à la langue de l'enseignement, seule la *Loi 101* prescrit des critères aussi particuliers et caractéristiques que ceux que nous venons d'énumérer. Voir les lois mentionnées par A. Monnin, *op. cit.*

Il est vrai que certaines lois provinciales comme *An Act to amend the School Act*, de l'Île-du-Prince-Édouard, 1980 (Î.-P.-É.), chap. 48, art. 9 et *An Act to Amend Chapter 81 of the Revised Statutes, 1967, the Education Act*, de la Nouvelle-Écosse, 1981 (N.-É.), chap. 20, art. 2 contiennent une définition de la langue maternelle qui ressemble à celle que l'on trouve à l'al. 23(1)*a*) de la *Charte* ou bien, comme la loi de la Nouvelle-Écosse que nous venons de mentionner, réfèrent au concept du «nombre suffisant d'enfants» que l'on trouve aux al. 23(3)*a*) et *b*) de la *Charte*, mais que l'on trouve également à l'art. 79 de la *Loi 101* qui prescrit qu'un organisme scolaire qui ne donne pas déjà dans ses écoles l'enseignement en anglais ne peut en prendre l'initiative sans l'autorisation du ministre de l'Éducation qui l'accorde s'il est d'avis qu'elle est justifiée par le nombre d'élèves qui relèvent de la compétence de l'organisme et qui sont admissibles à l'enseignement en anglais en vertu de l'art. 73.

Mais, encore une fois, à notre connaissance, aucune autre loi provinciale en vigueur au moment de l'adoption de la *Charte* et relative à la langue de l'enseignement, ne retient des critères aussi spécifiques que ceux de l'art. 73 de la *Loi 101*. Ces critères ne sont pas seulement spécifiques, leur

may be wondered whether the framers of the Constitution would have drafted s. 23 of the *Charter* as they did if they had not had in view the model which s. 23 was indeed in large measure meant to override. In their memorandum, the individual respondents, after referring to the Quebec statutes on the language of instruction, add, and in substance, properly so:

Indeed, Sec. 23 was modelled on those laws, except that it provided somewhat broader rights. No other Canadian legislation bases children's education on their parents' in a geographic area.

By incorporating into the structure of s. 23 of the *Charter* the unique set of criteria in s. 73 of *Bill 101*, the framers of the Constitution identified the type of regime they wished to correct and on which they would base the remedy prescribed. The framers' objective appears simple, and may readily be inferred from the concrete method used by them: to adopt a general rule guaranteeing the Francophone and Anglophone minorities in Canada an important part of the rights which the Anglophone minority in Quebec had enjoyed with respect to the language of instruction before *Bill 101* was adopted.

If, as is apparent, Chapter VIII of *Bill 101* is the prototype of regime which the framers of the Constitution wished to remedy by adopting s. 23 of the *Charter*, the limits which this regime imposes on rights involving the language of instruction, so far as they are inconsistent with s. 23 of the *Charter*, cannot possibly have been regarded by the framers of the Constitution as coming within "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Accordingly, the limits imposed by Chapter VIII of *Bill 101* are not legitimate limits within the meaning of s. 1 of the *Charter* to the extent that the latter applies to s. 23.

In his submission, appellant wrote that the reasoning of Beauregard J.A. amounts to saying that s. 1 of the *Charter* does not apply to s. 23. With respect, we do not think this observation is correct. We think that Beauregard J.A. in fact says the opposite, when he writes:

ensemble est unique et l'on peut se demander si le constituant aurait rédigé comme il l'a fait l'art. 23 de la *Charte* s'il n'avait eu sous les yeux le modèle que, dans une bonne mesure, il voulait justement contrer par l'art. 23. Dans leur mémoire, les intimés individuels, après avoir référé aux lois du Québec sur la langue de l'enseignement ajoutent avec raison, pour l'essentiel:

[TRADUCTION] En réalité, l'art. 23 suit le modèle proposé par ces lois, sauf qu'il accorde des droits un peu plus étendus. Aucune autre loi canadienne ne fait dépendre l'instruction des enfants de celle reçue par leurs parents dans un endroit donné.

En adoptant, pour rédiger l'art. 23 de la *Charte*, l'ensemble unique de critères de l'art. 73 de la *Loi 101*, le constituant identifie le genre de régime auquel il veut remédier et dont il s'inspire pour définir le remède qu'il prescrit. Le plan du constituant paraît simple et s'infère facilement de la méthode concrète qu'il a suivie: adopter une règle générale qui garantit aux minorités francophone et anglophone du Canada une partie importante des droits dont la minorité anglophone du Québec avait joui avant l'adoption de la *Loi 101* relativement à la langue de l'enseignement.

Si, comme il est clair, le chapitre VIII de la *Loi 101* est le prototype de régime auquel le constituant veut remédier par l'adoption de l'art. 23 de la *Charte*, il est inconcevable que les restrictions que ce régime impose aux droits relatifs à la langue de l'enseignement puissent, pour autant qu'elles sont incompatibles avec l'art. 23, avoir pu être considérées par le constituant comme se confinant à «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Les restrictions imposées par le chapitre VIII de la *Loi 101* ne sont donc pas des restrictions légitimes au sens de l'art. 1 de la *Charte*, pour autant que ce dernier s'applique à l'art. 23.

Dans son mémoire, l'appelant écrit que la motivation du juge Beauregard équivaut à dire que l'art. 1 de la *Charte* ne s'applique pas à l'art. 23. Nous ne croyons pas que cette observation soit fondée, soit dit avec égards. Il nous paraît que le juge Beauregard exprime l'opinion contraire lorsqu'il écrit:

[TRANSLATION] It is true that, strictly speaking, the right guaranteed by s. 23 can be the subject of a limitation under s. 1.

. . .

. . . it is true that even if Chapter VIII denies the s. 23 right absolutely, there is nothing *a priori* to prevent s. 1 validating Chapter VIII.

Beauregard J.A. then wrote the passage cited at the beginning of these reasons. We interpret this passage to mean that the limits imposed by Chapter VIII of *Bill 101* cannot be regarded as legitimate limits within the meaning of s. 1 of the *Charter*, since they are precisely the type of limit struck down by s. 23. However, Beauregard J.A. adds that it

[TRANSLATION] . . . is hard to see how a limit as absolute as that in Chapter VIII, whatever its legitimacy, could be regarded otherwise than as a prohibited invasion of this right.

Accordingly, in his opinion, limits less absolute than those in Chapter VIII of *Bill 101* could be legitimized by s. 1 of the *Charter*.

It does not appear necessary to decide this last point, since the only limits we have to consider are those in Chapter VIII of *Bill 101*. In addition, we repeat that we have only assumed for the sake of discussion, without deciding the point, the truth of the proposition that s. 1 of the *Charter* applies to s. 23.

The reasons of Beauregard J.A., like those developed above, are based on a teleological interpretation of s. 23 of the *Charter*, that is to say, on a method of interpretation which looks to the purpose sought by the framers in drafting this section. Such an interpretation is possible because *Bill 101* was adopted prior to the *Charter*: but it should be noted that, even without this argument, the result would be the same.

Let us assume that Chapter VIII of *Bill 101* had been enacted after the *Charter*, or that a province other than Quebec were now to adopt an Act drafted like Chapter VIII of *Bill 101*, but designed to limit the right to instruction in French. Could it be said that s. 1 of the *Charter* is capable of

Il est vrai que, formellement, le droit garanti par l'article 23 peut faire l'objet d'une restriction en application de l'article 1.

. . .

. . . il est vrai que même si le chapitre VIII nie le droit de l'article 23 de façon absolue, rien encore ne s'oppose à priori à ce que l'article 1 puisse valider le chapitre VIII.

Le juge Beauregard écrit ensuite le passage cité au début de ces motifs. Nous interprétons ce passage comme voulant dire que les restrictions imposées par le chapitre VIII de la *Loi 101* ne peuvent être considérées comme des restrictions légitimes au sens de l'art. 1 de la *Charte* puisqu'il s'agit précisément du type de restrictions atteintes par l'art. 23. Mais le juge Beauregard ajoute que l'on

. . . imagine mal comment une restriction aussi absolue que celle du chapitre VIII, quelle que soit sa légitimité, pourrait être considérée autrement que comme une dérogation prohibée à ce droit.

C'est donc que, selon lui, des restrictions moins absolues que celles du chapitre VIII de la *Loi 101* pourraient être légitimées par l'art. 1 de la *Charte*.

Il ne nous paraît pas nécessaire de décider ce dernier point puisque les seules restrictions dont nous avons à juger sont celles du chapitre VIII de la *Loi 101*. Au surplus, nous le répétons, c'est pour les fins de la discussion seulement et sans toutefois en décider que nous avons considéré comme avérée la proposition selon laquelle l'art. 1 de la *Charte* s'applique à l'art. 23.

Les motifs du juge Beauregard comme ceux qui sont développés ci-haut se fondent sur une interprétation téléologique de l'art. 23 de la *Charte*, c'est-à-dire, sur une méthode d'interprétation qui s'inspire du but poursuivi par le constituant lorsqu'il a édicté cet article. Une telle interprétation est possible du fait que la *Loi 101* a été adoptée avant la *Charte*. Mais il importe d'observer que le résultat serait le même sans cet argument d'antériorité.

Imaginons en effet que le chapitre VIII de la *Loi 101* ait été édicté après la *Charte*, ou encore, qu'une autre province que le Québec adopte maintenant une loi rédigée comme le chapitre VIII de la *Loi 101* mais destinée à restreindre le droit à l'enseignement dans la langue française. Pour-

legitimizing such legislation, to the extent that s. 1 applies to s. 23?

We do not think so.

Whatever their scope, the limits which s. 1 of the *Charter* allows to be placed on the rights and freedoms set out in it cannot be equated with exceptions such as those authorized by s. 33(1) and (2) of the *Charter*, which in any event do not authorize any exception to s. 23:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Nor can those limits be tantamount to amendments to the Constitution of Canada, the procedure for which is prescribed in ss. 38 *et seq.* of the *Constitution Act, 1982*.

Now, the real effect of s. 73 of *Bill 101* is to make an exception to s. 23(1)(*b*) and (2) of the *Charter* in Quebec; yet those subsections are not provisions to which exceptions can be made under s. 33(1) and (2) of the *Charter*. In addition, s. 73 of *Bill 101* directly alters the effect of s. 23 of the *Charter* for Quebec, without following the procedure laid down for amending the Constitution.

The rights stated in s. 23 of the *Charter* are guaranteed to very specific classes of persons. This specific classification lies at the very heart of the provision, since it is the means chosen by the framers to identify those entitled to the rights they intended to guarantee. In our opinion, a legislature cannot by an ordinary statute validly set aside the means so chosen by the framers and affect this classification. Still less can it remake the classification and redefine the classes.

rait-on penser que l'art. 1 de la *Charte* est capable de légitimer une telle législation, pour autant que l'art. 1 s'applique à l'art. 23?

Nous ne le croyons pas.

Quelle que soit leur portée, les restrictions que l'art. 1 de la *Charte* permet d'apporter aux droits et libertés qu'elle énonce ne peuvent pas équivaloir à des dérogations comme celles qu'autorisent les par. 33(1) et (2) de la *Charte*, lesquels d'ailleurs n'autorisent pas de dérogation à l'art. 23:

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

Elles ne peuvent non plus équivaloir à des modifications de la Constitution du Canada dont la procédure est prescrite par les art. 38 et suiv. de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Or, l'effet réel de l'art. 73 de la *Loi 101* est de déroger à l'al. 23(1)*b*) et au par. 23(2) de la *Charte* au Québec alors que ces alinéas ne sont pas de ceux auxquels les par. 33(1) et (2) de la *Charte* permettent de déroger. Au surplus, l'art. 73 de la *Loi 101* modifie directement pour le Québec l'effet de l'art. 23 de la *Charte* et ce, sans que soit observée la procédure prescrite pour modifier la Constitution.

Les droits énoncés à l'art. 23 de la *Charte* sont garantis à des catégories bien particulières de personnes. Cette classification spécifique se trouve au cœur même de la disposition car elle est le moyen choisi par le constituant pour identifier les titulaires des droits qu'il entend garantir. À notre avis, une législature ne peut, par une simple loi, valider écarter le moyen ainsi choisi par le constituant et toucher à cette classification. Encore moins peut-elle la refaire et en remodeler les catégories.

The following arguments made by the Attorney General of New Brunswick in his submission seem to us to be conclusive:

> . . . Section 59 modifies the classes of parents entitled to have their children instructed in English by suspending the operation of paragraph 23(1)(a) in Quebec. By implication, the other classes of beneficiaries entitled to enjoy section 23 rights cannot be redefined by ordinary legislative enactment.
>
> The detailed definition of classes of parents is at the heart of Section 23. Any effort to redefine the classes of parents entitled to educational rights effectively represents an attempt to amend the Constitution without resort to the amending formula and is accordingly not comprehended by section 1.

The Attorney General of Canada expresses the same idea in his memorandum, where he writes, after referring to s. 1 of the *Charter*:

> [TRANSLATION] . . . it does not allow the categories of individuals who enjoy the right conferred by s. 23 to be altered by imposing different rules which run directly counter to those expressly stated in that section. The exception clause provided for in s. 33 does not cover s. 23, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can only be amended in accordance with the terms of the procedure for amending the Constitution contained in Part V of the *Constitution Act, 1982.*

As the Attorney General of Canada notes in his memorandum, s. 73 of *Bill 101* constitutes exactly the kind of redefinition of the classes of persons protected by s. 23 of the *Charter* which is prohibited and invalid if undertaken by any means other than a constitutional amendment:

> [TRANSLATION] Section 73 of the *Charter of the French language* does not limit the right conferred by s. 23: rather, it constitutes a permanent alteration of the classes of citizens who are entitled to the protection afforded by that section. By laying down conditions of access which run directly counter to those expressly stated in s. 23, and which by their very nature have the effect of permanently depriving an entire class of individuals of the right conferred by s. 23, s. 73 alters the very content of that right . . .

It goes without saying that in adopting s. 73 of *Bill 101* the Quebec legislature did not intend, and could not have intended, to create an exception to s. 23 of the *Charter* or to amend it, since that section did not then exist; but its intent is not

Nous paraissent irréfutables les moyens suivants, invoqués par le procureur général du Nouveau-Brunswick dans son mémoire:

> [TRADUCTION] . . . L'article 59 modifie les catégories de parents qui ont le droit d'envoyer leurs enfants à l'école anglaise en suspendant l'application au Québec de l'al. 23(1)a). Par déduction, les autres catégories de bénéficiaires des droits conférés par l'art. 23 ne peuvent être redéfinies selon le processus législatif ordinaire.
>
> La définition détaillée des catégories de parents est au cœur même de l'art. 23. Toute tentative visant à redéfinir les catégories de parents qui ont des droits scolaires constitue en réalité une tentative visant à modifier la Constitution sans observer la formule d'amendement prescrite et n'est pas, en conséquence, visée par l'art. 1.

C'est la même idée qu'énonce le procureur général du Canada dans son mémoire où il écrit, après avoir référé à l'article 1 de la *Charte*:

> . . . [il] ne permet pas de modifier les catégories de citoyens qui sont titulaires du droit reconnu à l'article 23 en imposant des critères différents qui vont directement à l'encontre de ceux expressément énoncés à cet article. La clause de dérogation prévue à l'article 33 ne couvre pas l'article 23 et ce n'est qu'aux termes de la procédure de modification de la Constitution prévue à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* qu'on peut amender la *Charte canadienne des droits et libertés.*

Or, comme le constate le procureur général du Canada dans son mémoire, l'art. 73 de la *Loi 101* constitue précisément une telle redéfinition des catégories de personnes protégées par l'art. 23 de la *Charte*, redéfinition qui est interdite et invalide si on y procède autrement que par voie de modification constitutionnelle:

> En effet, l'article 73 de la *Charte de la langue française* ne restreint pas le droit conféré par l'article 23, il constitue plutôt une modification permanente des classes de citoyens qui ont droit à la protection conférée par cet article. En stipulant des conditions d'accès qui vont directement à l'encontre de celles expressément énoncées à l'article 23 et qui par leur nature ont pour effet de priver de façon permanente toute une catégorie de citoyens du droit conféré par l'article 23, l'article 73 modifie la teneur même de ce droit . . .

Il va de soi qu'en adoptant l'art. 73 de la *Loi 101*, la législature du Québec n'avait pas et ne pouvait avoir l'intention de déroger à l'art. 23 de la *Charte* ou de le modifier puisque cet article n'existait pas encore. Mais son intention n'est pas perti-

relevant. What matters is the effective nature and scope of s. 73 in light of the provisions of the *Charter*, whenever the section was enacted. If, because of the *Charter*, s. 73 could not be validly adopted today, it is clearly rendered of no force or effect by the *Charter* and this for the same reason, namely the direct conflict between s. 73 of *Bill 101* and s. 23 of the *Charter*. The provisions of s. 73 of *Bill 101* collide directly with those of s. 23 of the *Charter*, and are not limits which can be legitimized by s. 1 of the *Charter*. Such limits cannot be exceptions to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* nor amount to amendments of the *Charter*. An Act of Parliament or of a legislature which, for example, purported to impose the beliefs of a State religion would be in direct conflict with s. 2(*a*) of the *Charter*, which guarantees freedom of conscience and religion, and would have to be ruled of no force or effect without the necessity of even considering whether such legislation could be legitimized by s. 1. The same applies to Chapter VIII of *Bill 101* in respect of s. 23 of the *Charter*.

nente. Ce qui compte, c'est la nature et la portée effectives de l'art. 73 en regard des dispositions de la *Charte*, quel que soit le moment où l'article a été édicté. Si l'article 73 ne peut, à cause de la *Charte*, être validement adopté aujourd'hui, il est évidemment rendu inopérant par la *Charte*, et ce, pour la même raison savoir, le conflit direct entre l'art. 73 de la *Loi 101* et l'art. 23 de la *Charte*. Les dispositions de l'art. 73 de la *Loi 101* heurtent de front celles de l'art. 23 de la *Charte* et ne sont pas des restrictions qui peuvent être légitimées par l'art. 1 de la *Charte*. Ces restrictions ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés garanties par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*. Une loi du Parlement ou d'une législature qui par exemple prétendrait imposer les croyances d'une religion d'État entrerait en conflit direct avec l'al. 2*a*) de la *Charte* qui garantit la liberté de conscience et de religion, et devrait être déclarée inopérante sans qu'il y ait même lieu de se demander si une telle loi est susceptible d'être légitimée par l'art. 1. Il en va de même pour le chapitre VIII de la *Loi 101* vis-à-vis de l'art. 23 de la *Charte*.

This other method of interpretation, based on the true nature and effects of Chapter VIII of *Bill 101* in light of the *Charter* provisions, takes an opposite route to that based on the purpose of the framers, but leads to the same result: Chapter VIII is of no force or effect.

Cette autre méthode d'interprétation, fondée sur la nature et les effets véritables du chapitre VIII de la *Loi 101* en regard des dispositions de la *Charte* rejoint par un chemin inverse celle qui est fondée sur le but du constituant et aboutit au même résultat: le chapitre VIII est inopérant.

For these reasons, we would answer "yes" to the first constitutional question stated by Chief Justice Laskin.

Pour ces motifs, nous répondons «oui» à la première question constitutionnelle formulée par le juge en chef Laskin.

V—The other two constitutional questions

V—Les deux autres questions constitutionnelles

Respondents and the intervener argued that these two questions should be answered in the affirmative, whereas appellant argued that the Court should give no answer to them.

Les intimés et l'intervenant ont soutenu qu'il faut répondre par l'affirmative à ces deux questions et l'appelant a soutenu que nous devons nous abstenir d'y répondre.

It will be recalled that in the judgment which he rendered on the first motion for a declaratory judgment, Deschênes C.J. answered in the affirmative the two questions cited above, which were practically identical to the two constitutional questions stated by Chief Justice Laskin. These questions were put to Deschênes C.J. by the respondents who were parties to the first motion. However,

On se souviendra que dans le jugement qu'il a prononcé sur la première requête pour jugement déclaratoire, le juge en chef Deschênes a répondu par l'affirmative à deux questions citées plus haut et pratiquement identiques aux deux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Laskin. Ces questions avaient été posées au juge en chef Deschênes par les intimés parties à la pre-

it is important to note the basis on which Deschênes C.J. answered in the affirmative. He explained his reasoning at p. 709 of his judgment as follows:

[TRANSLATION] At the hearing counsel for Quebec agreed that, if the petitioners' application were to be allowed, then the laws in force would impose the obligations claimed in the first question on the school boards and would give them the right claimed in the second question of the petition.

Appellant argued that he had reasserted his position in the Court of Appeal, which did not discuss these questions; but, as it dismissed the appeal, it left standing the affirmative answers given by Deschênes C.J. as well as the basis on which those answers were given.

Appellant explained in his memorandum why, in his opinion, this Court should not answer the last two constitutional questions. After noting the basis on which Deschênes C.J. answered in the affirmative the two questions put to him by respondent applicants in the first motion for a declaratory judgment, he went on:

[TRANSLATION] 11. The Attorney General of Quebec repeats that if this Court answers the first constitutional question in the affirmative, the *laws in effect* in Quebec impose the obligation claimed in the second question and give them the right claimed in the third question. Accordingly, the facts of the case at bar cannot be a basis for such questions, since there is no issue respecting the points raised.

12. To the extent that, by means of these questions which correspond to some of the conclusions of the motions for a declaratory judgment, this Court is being urged to rule on the meaning of s. 23 of the *Canadian Charter* as it applies to respondent school boards, the Attorney General of Quebec submits that there is no basis for this Court to do so in the case at bar.

. . .

The Attorney General of Quebec respectfully submits that:

(1) it is not necessary in order to dispose of the appeal at bar to decide whether s. 23 of the *Canadian Charter* gives *school boards* the right claimed in the third question and imposes on them the obligation claimed in the second question, and that there-

mière requête. Mais il importe de souligner sur quelle base le juge en chef Deschênes a répondu par l'affirmative. Voici comment il s'en explique à la p. 709 de son jugement:

À l'audience les procureurs du Québec ont convenu que, si la requête des requérants devait recevoir une réponse affirmative, les lois en vigueur imposent aux commissions scolaires l'obligation alléguée dans la première question et leur donnent le droit allégué dans la deuxième question de la requête.

L'appelant soutient qu'il a maintenu sa position devant la Cour d'appel qui ne discute pas de ces questions; mais, comme elle rejette l'appel, elle laisse subsister les réponses affirmatives données par le juge en chef Deschênes ainsi que la base sur laquelle elles ont été données.

Dans son mémoire, l'appelant écrit pourquoi, selon lui, nous ne devrions pas répondre aux deux dernières questions constitutionnelles. Après avoir rappelé sur quelle base le juge en chef Deschênes avait répondu par l'affirmative aux deux questions que lui posaient les intimés requérants dans la première requête pour jugement déclaratoire, il poursuit:

11. Le procureur général du Québec réitère que si cette Cour devait répondre affirmativement à la première question constitutionnelle, les *lois en vigueur* au Québec imposent aux commissions scolaires l'obligation alléguée dans la deuxième question et leur donne (*sic*) le droit allégué dans la troisième question. Dès lors, les faits de la présente cause ne donnent pas ouverture à de telles questions, puisqu'il n'y a pas de litige à propos des points soulevés.

12. Dans la mesure où, par le truchement de ces questions qui correspondent à certaines des conclusions des requêtes en jugement déclaratoire, l'on voudrait inciter cette Cour à se prononcer sur la portée de l'article 23 de la *Charte canadienne* relativement aux commissions scolaires intimées, le procureur général du Québec soumet qu'il n'y a pas lieu pour cette Cour de le faire en la présente instance.

. . .

Le procureur général du Québec soumet respectueusement:

1) qu'il n'est pas nécessaire pour disposer du présent pourvoi de décider si l'article 23 de la *Charte canadienne* accorde à des *commissions scolaires* le droit allégué dans la troisième question et leur impose l'obligation alléguée dans la deuxième ques-

fore, this Court should not rule on the point (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*, (1881-82) 7 App. Cas. 96, at 109; *John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, at 339);

(2) in any case the case is not ripe [for consideration], since the obligations and rights claimed depend on the application of s. 23(3) of the *Canadian Charter*, and that no argument or evidence was submitted to the trial court on the basis of which it could decide whether the conditions imposed by s. 23(3)(*a*) and (*b*) had been met.

The Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal and the Lakeshore School Board answered appellant in their memorandum as follows:

12. Appellant, at paragraphs 8 to 15 of his Factum, contends that Questions 2 and 3 ought not to be answered on the basis that the rights and obligations which they seek to confirm are secured under existing Quebec law if the answer to Question 1 is in the affirmative.

13. At issue in this case however are the rights and obligations which flow from the Canadian Charter and it was to these rights and obligations, not those under Quebec law for the time being, that the Motion for Declaratory Judgment was addressed.

Finally, in their memorandum the individual respondents took the following position:

Before beginning their argument, Respondents observe that, while they agree with Appellant that the first of the three questions drafted following the obtaining of leave to appeal is the most important but they submit that all three should be answered in order that no further dispute arise from the application of Section 23 in Quebec.

We believe that appellant is right on this point. It is possible that the questions put in the first motion for a declaratory judgment can be interpreted as covering the rights and obligations resulting from the *Charter* rather than the rights and obligations resulting from the laws in effect in Quebec. However, this is not the basis on which the trial judge answered, and it can be assumed that, if he answered as he did on the basis of an admission by the Attorney General of Quebec as

tion et que, dès lors, cette Cour ne devrait pas se prononcer sur ce sujet (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881-82) 7 App. Cas. 96, 109; *John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton* (1915) A.C. 330, 339);

2) qu'en tout état de cause le dossier ne serait pas en état («*ripe*») puisque les obligations et les droits allégués dépendraient de l'application du paragraphe 3 de l'article 23 de la *Charte canadienne* et qu'aucune argumentation ni aucune preuve n'ont été soumises à la Cour en première instance qui auraient permis à celle-ci de déterminer si les conditions posées par les alinéas a) et b) du paragraphe 3 de l'article 23 étaient satisfaites.

Pour leur part, le Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal et le Lakeshore School Board répondent comme suit à l'appelant dans leur mémoire:

[TRADUCTION] 12. Aux paragraphes 8 à 15 de son factum, l'appelant soutient qu'il ne faut pas répondre aux questions 2 et 3 comme si les droits et obligations qu'ils cherchent à faire confirmer étaient garantis en vertu des lois en vigueur au Québec si la réponse à la question 1 est affirmative.

13. L'espèce porte cependant sur les droits et obligations qui découlent de la Charte canadienne et ce sont ces droits et obligations que la requête en jugement déclaratoire vise et non ceux qui découlent des lois actuellement en vigueur au Québec.

Enfin, dans leur mémoire, les intimés individuels prennent la position suivante:

[TRADUCTION] Avant d'entamer leur plaidoirie, les intimés font observer que, même s'ils sont d'accord avec l'appelant que la première des trois questions formulées à la suite de l'autorisation de pourvoi est la plus importante, il y a lieu de répondre aux trois questions pour que l'application de l'art. 23 au Québec ne soulève plus de difficultés.

Nous croyons que sur ce point il faut donner raison à l'appelant. Il est possible que les questions posées dans la première requête pour jugement déclaratoire soient susceptibles de s'interpréter comme visant les droits et les obligations qui découlent de la *Charte* plutôt que des droits et obligations qui découlent des lois en vigueur au Québec. Mais ce n'est pas sur cette base que le premier juge y a répondu et il est permis de penser que, s'il y a répondu comme il l'a fait à partir

to the effect of the laws in force in Quebec, and not as if he had to answer constitutional questions, it was because the parties did not provide him with the means of answering on any other basis, in the evidence presented to him or the arguments which were made.

We consider that this Court should not answer these constitutional questions, on which we do not know the opinions of either the Court of Appeal or the trial judge. We are not even sure we could give an enlightened answer, if we wished to. We think it is significant in this respect that, even though respondents and the intervener argued that we should answer these two questions in the affirmative, they did not discuss either in their memoranda or orally any reasons of fact or law as to why the Court should answer in the affirmative.

The parties will have to content themselves with the two answers given by the trial judge on the basis used by him. His judgment has, on this basis, the force of *res judicata*.

VI—Conclusions

The first constitutional question is answered in the affirmative.

The other two constitutional questions are left unanswered.

The appeal is dismissed with costs. However, there will be no order as to costs for or against the Attorney General of Canada and the intervener.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Jean-K. Samson, Réal A. Forest and André Binette, Sainte-Foy.

Solicitors for respondents Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal and Lakeshore School Board: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Solicitor for respondents Marlene Orman, Chi Sum Mak, Sharon Lynn Toma, Helena Wong-Woo, Hardeep Walia, Kee Chor Fong and Savitaben Patel: Julius Grey, Montréal.

d'une admission du procureur général du Québec sur l'effet des lois en vigueur au Québec et non comme s'il avait à répondre à des questions constitutionnelles, c'est que les parties ne lui ont pas fourni les moyens d'y répondre sur une autre base, à cause de la preuve faite devant lui ou des arguments qu'on lui a adressés.

Nous sommes d'avis que nous ne devrions pas répondre à ces questions constitutionnelles sur lesquelles nous ne connaissons ni l'opinion de la Cour d'appel ni celle du premier juge. Nous ne sommes même pas sûrs que nous pourrions y répondre de façon éclairée, quand même nous le voudrions. Il nous paraît significatif à cet égard que, même si les intimés et l'intervenant soutiennent que nous devrions répondre affirmativement à ces deux questions, ils n'ont discuté ni dans leur mémoire ni oralement, des raisons de fait ou de droit pour lesquelles nos réponses devraient être affirmatives.

Les parties devront se contenter des deux réponses données par le premier juge à partir de la base sur laquelle il s'est fondé. Son jugement acquiert, sur cette base, force de chose jugée.

VI—Conclusions

Une réponse affirmative est donnée à la première question constitutionnelle.

Les deux autres questions constitutionnelles sont laissées sans réponse.

Le pourvoi est rejeté avec dépens. Toutefois il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur du procureur général du Canada et de l'intervenant ni contre eux.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Jean-K. Samson, Réal A. Forest et André Binette, Sainte-Foy.

Procureurs des intimés Quebec Association of Protestant School Boards, The Protestant School Board of Greater Montreal et Lakeshore School Board: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Procureur des intimés Marlene Orman, Chi Sum Mak, Sharon Lynn Toma, Helena Wong-Woo, Hardeep Walia, Kee Chor Fong et Savitaben Patel: Julius Grey, Montréal.

Solicitors for respondent the Attorney General of Canada: Langlois, Drouin & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gowling & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: Langlois, Drouin & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gowling & Henderson, Ottawa.

Larry Cliff Skogman *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17031.

1982: November 22; 1984: July 26.

Present: Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Preliminary hearing — Committal for trial — Charge of conspiracy — Whether any evidence of conspiracy involving the accused — Whether certiorari available to quash committal if no evidence on an essential ingredient of the charge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475.

Certiorari — Committal for trial — Charge of conspiracy — Application to quash committal for trial — Whether evidence supporting the committal — Whether certiorari available if no evidence on an essential ingredient of the charge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475.

Appellant with two others was charged with conspiracy to use a forged document contrary to s. 326 of the *Criminal Code*. At the preliminary hearing, the Provincial Court Judge was satisfied that there was sufficient evidence upon which a jury properly instructed could convict and accordingly committed the appellant for trial. Appellant successfully petitioned the Supreme Court of British Columbia for *certiorari* to quash the committal for trial on the ground that there was no evidence before the Provincial Court Judge of his membership in the conspiracy, an essential ingredient of the offence charged, and that therefore, it was beyond the Provincial Judge's jurisdiction to commit in the circumstances. On appeal, the Crown conceded that there was no evidence of a conspiratorial agreement but argued that, in any event, *certiorari* did not lie to review a committal order under s. 475 of the *Code* in circumstances where there was no evidence to support that order. The Court of Appeal set aside the order to quash. Hence this appeal.

Larry Cliff Skogman *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17031.

1982: 22 novembre; 1984: 26 juillet.

Présents: Les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Enquête préliminaire — Renvoi au procès — Accusation de complot — Y a-t-il des éléments de preuve de l'existence d'un complot impliquant l'accusé? — Peut-on recourir au certiorari pour annuler un renvoi au procès en l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475.

Certiorari — Renvoi au procès — Accusation de complot — Demande visant à annuler un renvoi au procès — Y a-t-il des éléments de preuve justifiant le renvoi au procès? — Peut-on recourir au certiorari en l'absence de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475.

L'appelant a été accusé, en même temps que deux autres personnes, d'avoir comploté en vue d'utiliser un document contrefait contrairement à l'art. 326 du *Code criminel*. À l'enquête préliminaire, le juge de la Cour provinciale s'est dit convaincu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury ayant reçu des directives appropriées puisse rendre un verdict de culpabilité. L'appelant a présenté avec succès à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une demande de *certiorari* visant à annuler le renvoi au procès pour le motif que le juge de la Cour provinciale ne disposait d'aucune preuve de sa participation au complot, qui est un élément essentiel de l'infraction reprochée, et que par conséquent le juge de la Cour provinciale n'avait pas compétence pour ordonner le renvoi au procès dans ces circonstances. En appel, la poursuite a reconnu qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une entente qui aurait constitué un complot mais elle a soutenu que, de toute façon, on ne pouvait recourir au *certiorari* pour réviser un renvoi au procès ordonné en vertu de l'art. 475 du *Code*, en l'absence d'éléments de preuve justifiant ce renvoi. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance d'annulation. D'où ce pourvoi.

Held (Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson, Estey, Lamer and Wilson JJ.: The committal of an accused for trial in the absence of evidence on an essential ingredient of the charge constitutes a jurisdictional error reviewable on *certiorari*. Under section 475 of the *Criminal Code*, a judge sitting on a preliminary inquiry is called upon to form an opinion as to whether or not the evidence is sufficient to put the accused on trial. "No evidence" on an essential element of the charge can never amount to "sufficient evidence" under s. 475. The Court must independently assess the record to determine whether there was any evidence to support the committal: it is not bound to accept the Crown's view of the evidence or its submission. The parties cannot alter the record nor convert the appeal into a request for an advisory opinion. Here, where there was some evidence of the accused's membership in the conspiracy, the reviewing judge erred in quashing the committal order. The Crown, however, in the exercise of its enforcement discretion, took as its sole position both here and below that even in the absence of any evidence of an essential element of the charge no review of the decision to commit lay by *certiorari*; and which position was tantamount to a submission of a reference on a point of law. Instead of seeking a reversal of the order on a ground known to law, the Crown is trying to extend a principle or even to establish new law. This Court, in finding that the order of the reviewing judge should not have been invalidated by the Court of Appeal on the basis advanced by the Crown, is free to restore that order and so leave the Crown in the same position as if it had elected not to appeal the order of the reviewing judge. The prosecutorial arm of the state holds the view that there is no evidentiary basis for the charge against this accused and accordingly he should not be put on trial.

[*Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455, affirmed *sub nom. Martin v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 511; *Re Guttman and The Queen* (1981), 64 C.C.C. (2d) 342; *Procureur général du Québec v. Poirier*, [1981] C.A. 228, *sub nom. Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Re Leroux and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 398; *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133; *Re Mackie and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 269;

Arrêt (les juges Beetz, McIntyre et Chouinard sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Dickson, Estey, Lamer et Wilson: Le renvoi d'un accusé à son procès en l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation constitue une erreur de compétence susceptible de révision par voie de *certiorari*. L'article 475 du *Code criminel* exige que le juge qui préside à une enquête préliminaire détermine si la preuve est suffisante pour faire passer l'accusé en jugement. «L'absence d'éléments de preuve» concernant un élément essentiel de l'accusation ne peut jamais équivaloir à une «preuve suffisante» au sens de l'art. 475. La Cour doit procéder à une appréciation indépendante du dossier afin d'établir s'il y a des éléments de preuve qui justifient le renvoi au procès: elle n'est pas tenue de retenir l'interprétation donnée à la preuve par la poursuite ni ses arguments. Les parties ne peuvent pas également modifier le dossier ni transformer l'appel en renvoi. En l'espèce, vu qu'il y avait des éléments de preuve de la participation de l'accusé au complot, le juge qui a effectué la révision a commis une erreur en annulant le renvoi au procès. Toutefois, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la poursuite a adopté une seule position en cette Cour et en Cour d'appel, savoir que, même en l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation, la décision de renvoyer l'accusé à son procès ne peut faire l'objet d'une révision par voie de *certiorari*. Cette position équivaut à un renvoi sur un point de droit. Au lieu de demander l'annulation de l'ordonnance pour un motif reconnu en droit, la poursuite cherche à élargir la portée d'un principe ou même à établir une nouvelle règle. Cette Cour, en concluant que la Cour d'appel n'aurait pas dû, en se fondant sur le moyen mis de l'avant par la poursuite, infirmer l'ordonnance du juge qui a effectué la révision, a toute liberté pour rétablir ladite ordonnance et mettre ainsi la poursuite dans la même situation où elle se serait trouvée si elle avait choisi de ne pas interjeter appel de cette ordonnance. Les autorités investies par l'État du pouvoir de poursuivre sont d'avis qu'il n'y a aucune preuve à l'appui de l'accusation portée contre l'accusé et que, par conséquent, il ne devrait pas être renvoyé à son procès.

[Jurisprudence: *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455, confirmé *sub nom. Martin c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 511; *Re Guttman and The Queen* (1981), 64 C.C.C. (2d) 342; *Procureur général du Québec c. Poirier*, [1981] C.A. 228, *sub nom. Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Re Leroux and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 398; *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133; *Re Mackie and The Queen* (1978), 43

Stillo v. R. (1981), 22 C.R. (3d) 224; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *R. v. Botting*, [1966] 3 C.C.C. 373; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *Re King and Duveen*, [1913] 2 K.B. 32; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *City of Toronto v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3d) 689; *R. v. Kopan* (1975), 3 B.C.L.R. 102, referred to.]

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 66 C.C.C. (2d) 14, [1982] 3 W.W.R. 367, allowing the Crown's appeal from a judgment of Bouck J. (1981), 62 C.C.C. (2d) 385, allowing appellant's application for *certiorari* to quash his committal for trial. Appeal allowed, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. dissenting.

B. A. Crane, Q.C., and *Christopher Brennan*, for the appellant.

A. M. Stewart, for the respondent.

The judgment of Dickson, Estey, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

ESTEY J.—The essential characteristic of this appeal is derived from the stance adopted by the Crown here and below, namely that *certiorari* does not lie for the review of a committal order under s. 475 of the *Criminal Code* even where there is no evidence to support the order committing the accused for trial. The Crown factum on this point in this Court stated:

> In the Court of Appeal, the Crown took the position that this case should be viewed as a case in which there was "no evidence" to support the justice's opinion that the accused should be committed for trial (A.B. 283). The issue before the Court of Appeal, said the Crown, was the scope of the remedy available by way of an application for an order in the nature of *certiorari*.

C.C.C. (2d) 269; *Stillo v. R.* (1981), 22 C.R. (3d) 224; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *R. v. Botting*, [1966] 3 C.C.C. 373; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *Re King and Duveen*, [1913] 2 K.B. 32; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section local 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *City of Toronto v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3d) 689; *R. v. Kopan* (1975), 3 B.C.L.R. 102.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 66 C.C.C. (2d) 14, [1982] 3 W.W.R. 367, qui a accueilli l'appel de la poursuite à l'encontre d'un jugement du juge Bouck (1981), 62 C.C.C. (2d) 385, qui avait accueilli la demande de *certiorari* faite par l'appelant en vue d'annuler le renvoi à son procès. Pourvoi accueilli, les juges Beetz, McIntyre et Chouinard sont dissidents.

B. A. Crane, c.r., et *Christopher Brennan*, pour l'appelant.

A. M. Stewart, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Dickson, Estey, Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi se distingue surtout par le fait que la poursuite, aussi bien ici qu'en Cour d'appel, a soutenu qu'on ne peut, par voie de *certiorari*, obtenir la révision d'une ordonnance de renvoi au procès rendue en vertu de l'art. 475 du *Code criminel*, et ce, même en l'absence de preuves à l'appui de ladite ordonnance. Dans le mémoire qu'elle a produit en cette Cour, la poursuite affirme à ce sujet:

> [TRADUCTION] Selon la position adoptée par la poursuite en Cour d'appel, il fallait procéder comme s'il n'y avait «aucun élément de preuve» justifiant l'opinion du juge qu'il y avait lieu d'ordonner le renvoi de l'accusé à son procès (dossier d'appel, à la p. 283). La poursuite a affirmé que la question à trancher en Cour d'appel concernait la portée du redressement qu'on peut obtenir par voie de demande d'ordonnance de la nature d'un *certiorari*.

This was the ultimate response of the Crown to the grounds upon which the appellant-accused brought his motion in the Supreme Court of British Columbia for an order in the nature of *certiorari* to quash the order of committal.

THAT proof of an "agreement" is an essential ingredient of the charge alleged against LARRY CLIFF SKOGMAN; that there was no evidence led at the preliminary inquiry to prove such an "agreement" and that without such evidence it was beyond the jurisdiction of His Honour Judge Giles to commit LARRY CLIFF SKOGMAN to stand trial.

This litigation has proceeded, since the order of Bouck J., on the footing that there was no evidence of the conspiratorial agreement which, of course, is the bedrock requirement in a charge of conspiracy.

The following is the history of these proceedings in the courts below.

a) The appellant was committed to trial, after a preliminary inquiry, on a conspiracy charge. The committing judge was "satisfied that there [was] sufficient evidence to put to a jury and sufficient evidence upon which a jury properly instructed could convict". In his reasons for committal, the learned judge adopted the submissions of Crown counsel including the submission that there was evidence from which an inference could be drawn that the appellant had joined the common purpose of tendering forged bonds.

b) The appellant petitioned the Supreme Court for an order in the nature of *certiorari* to quash the committal for trial. The ground upon which relief was sought was that the committing judge exceeded his jurisdiction by committing the appellant to trial when there was no evidence of an essential element of the offence with which he was charged, that is, of a conspiratorial agreement.

C'est là l'argument fondamental que la poursuite a opposé aux moyens invoqués par l'accusé appelant lorsqu'il a présenté, en Cour suprême de la Colombie-Britannique, sa demande d'ordonnance de la nature d'un *certiorari* visant à annuler le renvoi au procès. La demande porte notamment:

[TRADUCTION] QUE la preuve de l'existence d'une «entente» est un élément essentiel de l'accusation portée contre LARRY CLIFF SKOGMAN; que la preuve soumise au cours de l'enquête préliminaire n'établit pas l'existence d'une telle «entente» et que, dans ces circonstances, le juge Giles n'avait pas compétence pour renvoyer LARRY CLIFF SKOGMAN à son procès.

Depuis que le juge Bouck a rendu son ordonnance, on a tenu pour acquis, tout au cours du litige, qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une entente qui constitue, évidemment, l'exigence fondamentale dans le cas d'une accusation de complot.

Voici l'historique des procédures devant les cours d'instance inférieure:

a) À l'issue d'une enquête préliminaire, l'appelant a été renvoyé à son procès relativement à une accusation de complot. Le juge qui a présidé à l'enquête s'est dit [TRADUCTION] «convaincu qu'il y a[vait] suffisamment d'éléments de preuve à soumettre à un jury et suffisamment d'éléments de preuve qui permettraient à un jury ayant reçu des directives appropriées de rendre un verdict de culpabilité». Le savant juge a adopté, comme motifs du renvoi au procès, l'exposé du substitut du procureur général, y compris l'argument selon lequel on pouvait déduire de la preuve que l'appelant s'était joint à l'entreprise commune visant à négocier des coupons contrefaits.

b) L'appelant a présenté à la Cour suprême une demande d'ordonnance de la nature d'un *certiorari* visant à annuler le renvoi au procès. Le motif du redressement demandé était que le juge qui a présidé à l'enquête a outrepassé sa compétence en renvoyant l'accusé à son procès alors qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une entente qui aurait constitué un complot, laquelle entente est un élément essentiel de l'infraction imputée.

c) Bouck J., who heard the petition to quash, held that:

i) there was no evidence that the accused was a member of the conspiracy alleged;

ii) a committal order can be quashed by *certiorari* when there is a loss of jurisdiction during the preliminary inquiry;

iii) in this case the committing judge lost his jurisdiction when he committed the accused for trial when there was no evidence of his membership in the conspiracy alleged.

Bouck J. accordingly quashed the committal order.

d) The Crown appealed to the British Columbia Court of Appeal from the order quashing the committal for trial. The Crown formally abandoned, before the Court of Appeal, the ground of appeal as to whether there was sufficient evidence before the committing judge to support a committal for trial. The appeal was then argued on the basis that Bouck J. was correct in finding that there was no evidence that the appellant had joined the conspiracy.

e) The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the committal for trial. One cannot be certain whether the majority opinion proceeded on the basis that, in fact and in law, there was 'no evidence' or 'some evidence' in relation to the essential elements of the charge. On the one hand, it is stated by the majority:

> If, as is assumed for the purposes of this appeal, there was no evidence to support the Provincial Court Judge's opinion that the evidence was sufficient to put the respondent on trial, the Judge made an error in the exercise of a jurisdiction which he did possess.

On the other hand, this statement is followed by the statement:

> I think the Chambers Judge erred in substituting his opinion of the sufficiency of the evidence for the opinion of the Provincial Court Judge on that question.

c) Le juge Bouck, qui a entendu la demande d'annulation, a conclu:

i) qu'il n'y avait aucune preuve de la participation de l'accusé au complot reproché;

ii) qu'une ordonnance de renvoi au procès peut être annulée par voie de *certiorari* lorsqu'il y a perte de compétence au cours de l'enquête préliminaire;

iii) qu'en l'espèce le juge qui a présidé à l'enquête a perdu compétence lorsqu'il a renvoyé l'accusé à son procès alors qu'il n'y avait aucune preuve de sa participation au complot reproché.

En conséquence, le juge Bouck a annulé le renvoi au procès.

d) La poursuite a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique contre l'ordonnance annulant le renvoi au procès. En Cour d'appel, la poursuite a formellement renoncé au moyen d'appel portant sur la question de savoir si le juge qui a présidé à l'enquête disposait d'une preuve suffisante pour justifier un renvoi au procès. On a donc tenu pour acquis en appel que c'est avec raison que le juge Bouck a conclu qu'il n'y avait pas de preuve que l'appelant s'est joint au complot.

e) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de la poursuite et rétabli le renvoi au procès. Il n'est pas certain que la cour à la majorité ait tenu pour acquis qu'en fait et en droit il y avait «absence de preuve» ou «certains éléments de preuve» concernant les éléments essentiels de l'accusation. D'une part, la cour à la majorité affirme:

> [TRADUCTION] Si, comme on le suppose aux fins du présent appel, il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de l'opinion du juge de la Cour provinciale que la preuve était suffisante pour renvoyer l'intimé à son procès, le juge a commis une erreur dans l'exercice d'une compétence qu'il possédait.

D'autre part, on affirme ensuite dans la phrase suivante:

> [TRADUCTION] Je crois que le juge en chambre a commis une erreur en substituant sa propre opinion sur le caractère suffisant de la preuve à celle du juge de la Cour provinciale sur la même question.

The concurring opinion by Lambert J.A. on this point includes the statement:

> This is not a case where there is no evidence at all in the sense of an entire absence of proper material as the basis for the foundation of a judicial opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial. Nor is this a case where there is no evidence to provide a platform for the committing Judge's exercise of his powers, or for his assumption of jurisdiction in accordance with the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*.

In restoring the committal order, the British Columbia Court of Appeal held that the committing judge did not lose his jurisdiction in committing the appellant and that *certiorari* does not lie in the circumstances. Lambert J.A. concurring, did not wish to adopt what the learned justice took to be *obiter* in the decision of this Court in *Martin v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 511, that a committal order, unsupported by any evidence on each essential issue of the charge, can be quashed by writ of *certiorari*. The learned justice preferred to follow *R. v. Kopan* (1975), 3 B.C.L.R. 102, in allowing the appeal.

f) Argument before this Court, by all counsel, proceeded on the basis that Bouck J. was correct in finding that there was no evidence of an essential element of the offence. In its factum, at p. 4, para. 5, the Crown stated that it was proceeding "on the basis that the issue before this Court is whether or not *certiorari* should be granted in such circumstances."

This calls into question the reach of the writ of *certiorari* as a tool for the review of committals for trial at preliminary hearings. In its earliest application by the courts, the prerogative or royal writs, including *certiorari*, were a mechanism whereby the Royal Courts of Justice maintained a surveillance over the conduct of the inferior tribunals of the land. Gradually, as the organization of justice and the judiciary developed, these review mechanisms were broadened in their reach and

Le juge Lambert, dans ses motifs concourants, affirme notamment à ce sujet:

> [TRADUCTION] Nous ne sommes pas ici en présence d'un cas où il n'y a absolument aucune preuve au sens d'une absence totale d'éléments permettant de fonder une opinion judiciaire que la preuve était suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où il n'y a aucune preuve justifiant que le juge qui préside à l'enquête exerce ses pouvoirs ou qu'il décide qu'il a compétence conformément aux dispositions de l'art. 475 du *Code criminel*, en matière de compétence.

En rétablissant le renvoi au procès, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge qui a présidé à l'enquête n'a pas perdu compétence en renvoyant l'appelant à son procès et que, dans ces circonstances, il n'y a pas lieu à *certiorari*. Le juge Lambert, qui est arrivé à la même conclusion, n'a pas voulu adopter l'opinion, incidente d'après lui, exprimée par cette Cour dans l'arrêt *Martin c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 511, portant qu'un renvoi au procès qui n'est pas appuyé par des éléments de preuve concernant chaque élément essentiel de l'accusation, peut être annulé par voie de *certiorari*. Le savant juge, tout en accueillant l'appel, a préféré suivre l'arrêt *R. v. Kopan* (1975), 3 B.C.L.R. 102.

f) En cette Cour, les avocats des deux parties ont tenu pour acquis que le juge Bouck a eu raison de conclure qu'il y avait absence de preuve quant à un élément essentiel de l'infraction. Dans son mémoire, à la p. 4, par. 5, la poursuite affirme qu'elle tient pour acquis [TRADUCTION] «que la question en cette Cour est de savoir s'il y a lieu à *certiorari* en pareil cas».

Cela exige qu'on examine la portée du bref de *certiorari* comme moyen de révision d'un renvoi au procès ordonné lors d'une enquête préliminaire. À l'origine, les brefs de prérogative ou les brefs royaux, y compris le *certiorari*, étaient des mécanismes grâce auxquels les Cours royale de Justice pouvaient exercer un contrôle sur la conduite des tribunaux inférieurs du royaume. Peu à peu, au fur et à mesure que se poursuivait l'organisation des cours et du système de justice, on a élargi la portée

refined in the degree of control until, by 1878, *certiorari* was available not only for the review of jurisdictional transgressions by statutory tribunals, but also for errors committed by those tribunals in the course of the discharge of their assigned function, where such errors were apparent on the face of the record. See Williams J. in *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189. During this same epoch, there developed a parallel procedure by way of application to a court of general jurisdiction for the judicial control of non-statutory tribunals and emanations of the state which did not have the attributes of an inferior court. Limitations, as will be seen in *Re King and Duveen*, [1913] 2 K.B. 32, *per* Channell L. J., were gradually introduced whereby *certiorari* review was precluded in the case of a tribunal determining a question of law submitted to it for determination as the primary issue by the parties to the proceeding. Other refinements in this branch of the law have come and gone; for example, the concept of collateral issues whereby the doctrine of *certiorari* review was limited to calling into question in the court of general jurisdiction decisions made by the lesser tribunals which were a prelude to the exercise of the primary or principal jurisdiction of the body whose conduct was under review. We are no longer concerned with such matters: *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

In the result, *certiorari*, or the newer term of judicial review, runs largely to jurisdictional review or surveillance by a superior court of statutory tribunals, the term 'jurisdiction' being given its narrow or technical sense. In the absence of a privative clause, the Court may also review for error of law on the face of the record. However, even then, under the most recent authorities, the error must assume a jurisdictional dimension.

de ces mécanismes de révision, les perfectionnant sur le plan du degré de contrôle, de sorte que dès 1878 il était possible de recourir au *certiorari* non seulement lorsqu'un tribunal établi en vertu d'une loi refusait d'exercer ou outrepassait sa compétence, mais aussi dans le cas d'erreurs commises par un tel tribunal dans l'exercice des fonctions qui lui étaient conférées, lorsque ces erreurs étaient manifestes à la lecture du dossier. Voir la décision du juge Williams, *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189. Pendant cette même période s'est développée une procédure parallèle qui consistait à demander à une cour de juridiction générale le contrôle judiciaire des tribunaux non établis en vertu d'une loi et des organismes créés par l'État qui ne possédaient pas les caractéristiques d'une cour inférieure. Il ressort des motifs du lord juge Channell dans la décision *Re King and Duveen*, [1913] 2 K.B. 32, qu'on a peu à peu introduit des restrictions ayant pour effet d'exclure la révision par voie de *certiorari* lorsqu'un tribunal était appelé à trancher une question de droit qui constituait le principal point en litige entre les parties. D'autres changements dans ce domaine du droit se sont révélés peu durables; c'est le cas notamment du concept des questions préliminaires, suivant lequel le recours par voie de *certiorari* ne pouvait être exercé que pour contester devant la cour de juridiction générale les décisions rendues par les tribunaux inférieurs sur des questions préalables à l'exercice de la compétence première ou principale de l'organisme dont la conduite faisait l'objet d'un examen. Mais cette distinction n'est plus pertinente de nos jours: voir les arrêts *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

En définitive, le *certiorari*, ou ce qu'on appelle maintenant l'examen judiciaire, permet dans une large mesure d'obtenir qu'une cour supérieure contrôle la façon dont les tribunaux établis en vertu d'une loi exercent leur compétence; dans ce contexte, il s'agit de «compétence» au sens restreint ou strict. En l'absence d'une clause privative, la cour peut également procéder à la révision lorsqu'il y a erreur de droit manifeste à la lecture du dossier.

These authorities and the development and Darwin-like elimination of subdoctrines are reviewed in *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, particularly at pp. 265-78. It is clear, however, that *certiorari* remains available to the courts for the review of the functioning of the preliminary hearing tribunal only where it is alleged that the tribunal has acted in excess of its assigned statutory jurisdiction or has acted in breach of the principles of natural justice which, by the authorities, is taken to be an excess of jurisdiction (see *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268). It need only be added by way of emphasis that such *certiorari* review does not authorize a superior court to reach inside the functioning of the statutory tribunal for the purpose of challenging a decision reached by that tribunal within its assigned jurisdiction on the ground that the tribunal committed an error of law in reaching that decision, or reached a conclusion different from that which the reviewing tribunal might have reached.

Toutefois, la jurisprudence la plus récente établit que, même dans ce cas, il doit s'agir d'une erreur qui touche à la compétence. Cette jurisprudence ainsi que le développement et l'élimination à la Darwin des sous-doctrines font l'objet d'un examen dans l'arrêt *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, particulièrement aux pp. 265 à 278. Il est toutefois clair que les cours peuvent encore, par voie de *certiorari*, contrôler le fonctionnement du tribunal devant lequel se déroule l'enquête préliminaire, mais seulement lorsqu'on reproche à ce tribunal d'avoir outrepassé la compétence qui lui a été attribuée par la loi ou d'avoir violé les principes de justice naturelle, ce qui, d'après la jurisprudence, équivaut à un abus de compétence (voir l'arrêt *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268). Soulignons en outre qu'un tel contrôle par voie de *certiorari* ne permet pas à la cour supérieure d'examiner le fonctionnement du tribunal établi en vertu d'une loi afin d'attaquer une décision rendue par ce tribunal dans l'exercice de la compétence qui lui est conférée, pour le motif qu'il a commis une erreur de droit en rendant cette décision ou qu'il est arrivé à une conclusion différente de celle qu'elle aurait pu tirer elle-même.

This brings me to the question of the reviewability by the writ of *certiorari* of the conduct of a judge sitting in preliminary hearing under s. 475 of the *Criminal Code*. Section 475 states:

> **475.** (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall,
>
> (*a*) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,
>
> (i) commit the accused for trial, or
>
> (ii) order the accused, where it is a corporation, to stand trial in the court having criminal jurisdiction; or
>
> (*b*) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial.

Voilà qui m'amène à la question de la possibilité de réviser, par voie de *certiorari*, la conduite d'un juge qui préside à une enquête préliminaire tenue en vertu de l'art. 475 du *Code criminel*. L'article 475 est ainsi rédigé:

> **475.** (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit,
>
> *a*) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,
>
> (i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès, ou
>
> (ii) si la personne inculpée est une corporation, ordonner qu'elle subisse son procès devant la cour ayant juridiction criminelle; ou
>
> *b*) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement.

At minimum, this section calls upon the presiding justice to form an opinion as to whether evidence is "sufficient" or whether "no sufficient case is made out" so as to justify a conclusion by the presiding

Tout au moins, cet article oblige le juge de paix qui préside à déterminer si la preuve est «suffisante» ou si «on a établi aucun motif suffisant» de manière à justifier sa décision soit de «faire passer

justice "to put the accused on trial" or not to commit the accused to trial. There is no rule within the statutory framework adopted by Parliament for arbitrary action by the tribunal. The question therefore arises as to whether or not the reviewing judge can commit an accused for trial where there is no evidence on an essential element on a charge with which the accused is faced. In applying the test of the applicability of *certiorari* in such circumstances, we are not concerned with the older test of the presence or absence of an error of law on the face of the record, but rather we are concerned with ascertaining whether the preliminary hearing tribunal has discharged its assigned jurisdiction under s. 475. This Court, speaking through Judson J. in *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, stated at p. 411 with reference to the review of preliminary hearing:

> ... there is only one ground for action by the reviewing Court and that is lack of jurisdiction.

This is the starting point, the theorem of review applicable in determining the availability of the prerogative writ of *certiorari* for the purpose of calling into question a committal for trial under s. 475. Spence J., in dissent, agreed, however, with regard to the availability of *certiorari* when he said, at p. 419:

> I am, however, of the view that *certiorari* does lie to quash a magistrate's committal for trial when he has exceeded his jurisdiction or when he has refused to exercise his jurisdiction.

Patterson emerged from this court after an extensive review of the subject in the provincial Courts of appeal; *vide R. v. Botting*, [1966] 3 C.C.C. 373 (Ont. C.A.) and *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (B.C. C.A.) All of these authorities draw their principal support from the judgment of Lord Sumner in *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128. While that judgment of the Privy Council deals with the review of a conviction under a provincial statute, it has long been regarded as applicable in determining the review jurisdiction in the superior court of the proceedings at preliminary hearing: *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455, at p.

[la personne inculpée] en jugement», soit de ne pas renvoyer la personne inculpée à son procès. Il n'existe dans le cadre législatif adopté par le Parlement aucune règle autorisant le tribunal à procéder de façon arbitraire. Il se pose donc la question de savoir si le juge qui effectue la révision peut renvoyer un accusé à son procès lorsqu'il n'y a pas de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation portée contre ce dernier. En déterminant s'il y a lieu à *certiorari* dans ces circonstances, nous n'avons pas à appliquer le critère plus ancien de la présence ou de l'absence d'une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier; il faut plutôt déterminer si le tribunal devant lequel a été tenue l'enquête préliminaire a exercé la compétence que lui confère l'art. 475. Dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, à la p. 411, le juge Judson, s'exprimant au nom de cette Cour, affirme au sujet de la révision d'une enquête préliminaire:

> ... il n'y a qu'un seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès, c'est le défaut de compétence.

C'est donc là qu'il faut commencer si l'on veut déterminer la possibilité de contester par voie de *certiorari* un renvoi au procès ordonné en vertu de l'art. 475. Le juge Spence, dissident, est toutefois d'accord quant à la possibilité de recours au *certiorari* lorsqu'il affirme, à la p. 419:

> Je suis cependant d'avis qu'il y a lieu à *certiorari* en vue de casser le renvoi du prévenu à son procès quand le magistrat a outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer.

Avant que cette Cour ne rende l'arrêt *Patterson*, la question avait fait l'objet d'un examen approfondi des cours d'appel provinciales; voir les arrêts *R. v. Botting*, [1966] 3 C.C.C. 373 (C.A. Ont.), et *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (C.A. C.-B.) Chacun de ces arrêts est fondé principalement sur les motifs de lord Sumner dans l'arrêt *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128. Bien que cet arrêt du Conseil privé porte sur la révision d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu d'une loi provinciale, on considère depuis longtemps qu'il est applicable pour déterminer la compétence qu'ont les cours supérieures pour exercer un contrôle sur les procédures au stade de l'enquête

486. Lord Sumner, at p. 144 in the Appeal Cases, said in part:

On certiorari, so far as the presence or absence of evidence becomes material, the question can at most be whether any evidence at all was given on the essential point referred to. Its weight is entirely for the inferior Court: . . .

Some complication has, on occasion in the past, resulted from the presence in the *Nat Bell* judgment, *supra*, of observations which were directed at the position of the reviewing tribunal where the action below consisted not of a preliminary hearing committal or discharge but rather a conviction in a quasi-criminal process conducted in a tribunal of restricted jurisdiction, which was the actual case before the Privy Council in *Nat Bell*. The Ontario Court of Appeal in *Martin*, *supra*, in examining a *certiorari* review of a preliminary hearing, stated at pp. 486-87:

. . . we conclude that the learned Provincial Court Judge here acted within his jurisdiction, unless it can be said that he committed these respondents on the counts specified without any evidence at all, in the sense of an entire absence of proper material as a basis for the formation of a judicial opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial. That is quite a different question from the question "whether in the opinion of the reviewing tribunal there was evidence upon which a properly instructed jury acting judicially could convict". It remained, therefore, to examine the excerpts of evidence, as placed before this Court from the lengthy transcript taken at the preliminary hearing, in order to determine whether there was any evidence at all on which the committing tribunal was able to base its opinion to commit, as required by the terms of the *Code* . . .

The Court of Appeal of Ontario then concluded:

. . . in the case of each of the three respondents there is sufficient evidence relating to the charges and the counts in issue to call upon the learned Provincial Judge to form an opinion as to whether there was sufficient evidence to commit the accused for trial, pursuant to s.

préliminaire: *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455, à la p. 486. Lord Sumner, à la p. 144 de l'arrêt *Nat Bell*, affirme notamment:

[TRADUCTION] Dans le cas du *certiorari*, pour autant que la présence ou l'absence d'éléments de preuve importe, on ne peut que se demander si un élément de preuve quelconque a été présenté au sujet du point essentiel mentionné. Son poids est laissé entièrement à l'appréciation du tribunal inférieur: . . .

L'arrêt *Nat Bell*, précité, a parfois causé certaines difficultés du fait qu'il contient des observations relatives à la position du tribunal qui effectue la révision lorsqu'il doit se prononcer non pas sur un renvoi au procès ou une libération prononcée à l'issue d'une enquête préliminaire, mais sur une déclaration de culpabilité intervenue dans le cadre d'une procédure quasi pénale devant un tribunal de compétence restreinte, laquelle situation est celle dont le Conseil privé a été saisi dans l'affaire *Nat Bell*. Dans l'arrêt *Martin*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario, en examinant une révision par voie de *certiorari* d'une enquête préliminaire, affirme, aux pp. 486 et 487:

[TRADUCTION] . . . nous concluons que le savant juge de la Cour provinciale n'a pas outrepassé sa compétence en l'espèce, à moins qu'on ne puisse dire que sa décision de renvoyer ces intimés pour subir leur procès sur les chefs d'accusation indiqués ne repose sur aucun élément de preuve, au sens d'une absence totale d'éléments qui auraient pu servir de fondement à l'opinion judiciaire que la preuve est suffisante pour renvoyer les accusés à leur procès. Voilà qui est tout à fait différent de la question «de savoir si, de l'avis du tribunal qui effectue la révision, il y avait suffisamment d'éléments de preuve qui permettraient à un jury ayant reçu des directives appropriées de prononcer un verdict de culpabilité». Il a donc fallu procéder à l'examen des extraits tirés de la transcription volumineuse de l'enquête préliminaire, qu'on a produits en cette Cour, afin de déterminer s'il y avait, comme l'exige le *Code*, suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi au procès . . .

Puis, la Cour d'appel de l'Ontario arrive à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] . . . la preuve relative aux chefs d'accusation en cause était suffisante dans le cas de chacun des trois intimés pour que le savant juge de la Cour provinciale puisse se faire une opinion sur la question de savoir s'il existait des éléments de preuve suffisants pour ren-

475 .... Having properly directed his mind to the evidence and to the question of whether there was "sufficient evidence" to commit, his decision is not subject to review.

(Emphasis added.)

An appeal was dismissed by this Court, [1978] 2 S.C.R. 511, the Chief Justice concluding as follows, at p. 514:

... the review on sufficiency must be a review to determine whether the committal was made arbitrarily or, at the most, whether there was some evidence upon which an opinion could be formed that an accused should go to trial.

More recently, this Court engaged the problem of review of the preliminary hearing process in *Forsythe v. The Queen*, *supra*. Again it was Chief Justice Laskin, speaking for the Court, and in reference to *Patterson*, *supra*, who stated at pp. 271-72:

In speaking of lack of jurisdiction, this Court was not referring to lack of initial jurisdiction of a judge or a magistrate to enter upon a preliminary inquiry. This is hardly a likelihood. The concern rather was with the loss of this initial jurisdiction and, in my opinion, the situations in which there can be a loss of jurisdiction in the course of a preliminary inquiry are few indeed. However, jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*: see *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597. Canadian law recognizes that a denial of natural justice goes to jurisdiction: ...

A helpful comparison was drawn by Ritchie J. in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080, between the standard applied by the tribunal under s. 475 (s. 475(1)) and the function performed by a judge sitting at trial with jury:

I agree that the duty imposed upon a 'justice' under s. 475(1) is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is 'sufficient' to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty.

The Ontario Court of Appeal in *Stillo v. R.* (1981), 22 C.R. (3d) 224, was faced with the issue

voyer les accusés à leur procès, conformément à l'art. 475 ... Puisqu'il a bien analysé la preuve et la question de savoir si la «preuve [était] suffisante» à cet égard, sa décision n'est pas susceptible de révision.

(C'est moi qui souligne.)

Le pourvoi formé devant cette Cour a été rejeté: [1978] 2 R.C.S. 511. À la page 514, le Juge en chef conclut ce qui suit:

... l'examen de la suffisance de la preuve doit viser à déterminer si le renvoi a été ordonné arbitrairement ou, tout au plus, s'il existait quelque élément de preuve qui pouvait permettre de renvoyer l'accusé à son procès.

Plus récemment, dans l'arrêt *Forsythe c. La Reine*, précité, cette Cour s'est penchée sur le problème de la révision du processus d'enquête préliminaire. Là encore, c'est le juge en chef Laskin qui a rédigé les motifs de la Cour. Aux pages 271 et 272, il affirme au sujet de l'arrêt *Patterson*, précité:

En parlant du défaut de compétence, cette Cour ne faisait pas référence au défaut de compétence initial du juge ou du magistrat de commencer une enquête préliminaire. C'est un cas peu probable. Il s'agissait plutôt de la perte de cette compétence initiale et, à mon avis, il n'y a que fort peu de cas où il peut y avoir perte de compétence pendant une enquête préliminaire. Cependant, un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel*: voir l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597. Le droit canadien reconnaît qu'un déni de justice naturelle porte atteinte à la compétence: ...

Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, à la p. 1080, le juge Ritchie fait une comparaison utile entre la norme appliquée par le tribunal en vertu de l'art. 475 (par. 475(1)) et la fonction remplie par un juge du procès qui siège avec un jury:

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Stillo v. R.* (1981), 22 C.R. (3d) 224, était appelée à

of reviewability of a committal where there was no evidence capable of corroborating a minor's testimony in a charge of indecent assault. The reviewing court, the High Court of Justice of Ontario, had quashed the committal because of the jurisdictional error committed by the tribunal at the preliminary hearing in committing the accused. Morden J.A., speaking for the Court of Appeal of Ontario, stated, at p. 227:

> In our view, there was no evidence in this case satisfying these requirements. There was, in law, no evidence at all upon which a finding of guilt could be made. Mr. Watt conceded, accurately and fairly, in our view, that if failure to meet a mandatory corroboration requirement has to result in a case being taken from a jury, which it does, then he could not reasonably argue that a different result should occur with respect to a preliminary inquiry, unless it could be said that the error fell short of being of a jurisdictional nature. In our view, it is established that complete absence of evidence does amount to jurisdictional error.

The courts of this country have, since the judgment in *Martin, supra*, generally adopted the rule that a committal of an accused at a preliminary, in the absence of evidence on an essential ingredient in a charge, is a reviewable jurisdictional error. See: *Re Guttman and The Queen* (1981), 64 C.C.C. (2d) 342 (Que. S.C.); *Procureur général du Québec v. Poirier*, [1981] C.A. 228, *sub nom. Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Re Leroux and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 398 (Que. S.C.); *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133 (N.S.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, October 3, 1978, [1978] 2 S.C.R. x; *Re Mackie and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 269 (Ont. H.C.); *Stillo v. R., supra*. "No evidence" on an essential element of the charge against the accused cannot amount to "sufficient evidence" under s. 475. In my view, this is the state of the law in this country on this issue.

statuer sur la question de la possibilité de réviser un renvoi au procès ordonné en l'absence d'éléments de preuve susceptibles de corroborer le témoignage d'un mineur relativement à une accusation d'attentat à la pudeur. La cour qui avait effectué la révision, en l'occurrence la Haute Cour de Justice de l'Ontario, avait annulé le renvoi au procès parce le juge qui avait présidé à l'enquête préliminaire avait commis une erreur de compétence en renvoyant l'accusé à son procès. Le juge Morden, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, affirme, à la p. 227:

> [TRADUCTION] À notre avis, la preuve en l'espèce ne satisfait pas à ces exigences. Du point de vue juridique, il n'y avait aucun élément de preuve justifiant une déclaration de culpabilité. Me Watt a reconnu, à juste titre selon nous, que, si le défaut de satisfaire à une exigence de corroboration doit entraîner le dessaisissement du jury, ce qui est le cas, il serait à ce moment-là déraisonnable de prétendre qu'il doit en être autrement dans le cas d'une enquête préliminaire, à moins de pouvoir dire que l'erreur n'est pas vraiment une erreur de compétence. À notre avis, il ne fait pas de doute que l'absence totale d'éléments de preuve équivaut à une erreur de compétence.

Depuis l'arrêt *Martin*, précité, les tribunaux canadiens ont généralement adopté la règle selon laquelle le renvoi d'un accusé à son procès à l'issue d'une enquête préliminaire constitue, en l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation, une erreur de compétence susceptible de révision. Voir: *Re Guttman and The Queen* (1981), 64 C.C.C. (2d) 342 (C.S. Qué.); *Procureur général du Québec c. Poirier*, [1981] C.A. 228, *sub nom. Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Re Leroux and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 398 (C.S. Qué.); *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133 (C.A. N.-É.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée le 3 octobre 1978, [1978] 2 R.C.S. x; *Re Mackie and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 269 (H.C. Ont.); *Stillo v. R.*, précité. «L'absence d'éléments de preuve» concernant un élément essentiel de l'accusation portée contre l'accusé ne peut équivaloir à une «preuve suffisante» au sens de l'art. 475. À mon avis, c'est là l'état du droit au Canada sur cette question.

I return, therefore, to the essential characteristic of this proceeding, accepting for the moment the concession by the prosecutorial authority that there is no evidence whatever of the involvement of the accused in the allegedly conspiratorial agreement which underlies and sustains, if it be sustainable, the charge before the preliminary hearing tribunal. In my view, with all respect to those including the courts below who may hold the view to the contrary, a committal cannot survive in these circumstances. The purpose of a preliminary hearing is to protect the accused from a needless, and indeed, improper, exposure to public trial where the enforcement agency is not in possession of evidence to warrant the continuation of the process. In addition, in the course of its development in this country, the preliminary hearing has become a forum where the accused is afforded an opportunity to discover and to appreciate the case to be made against him at trial where the requisite evidence is found to be present. The status of the preliminary inquiry in the United Kingdom is discussed by Patrick Devlin in *The Criminal Prosecution in England* (1960), at p. 10:

> The preliminary inquiry before the magistrates is now a purely legal proceeding; it was designed as an instrument of the prosecution for finding the culprit and preparing the evidence against him; it has become a shield for the defence, allowing the defendant to ascertain precisely what the material is that is to be used against him and relieving him from the expense and odium of a trial if in the judgment of impartial persons there is not enough evidence to justify it.

The development of the institution of the preliminary hearing has taken a slightly different course in our country:

> The Canadian preliminary inquiry stems from an inquisitorial system of criminal investigation and prosecution in England, in which justices of the peace originally performed all of the investigative functions now performed by the police. The role of the justice of the peace gradually changed and eventually began to take on judicial characteristics. At the same time the inquiry over which the justice of the peace presided also changed, becoming mainly a judicial examination of the justification and need for pre-trial detention of the

Je reviens donc à la caractéristique essentielle de la présente espèce, acceptant pour l'instant la reconnaissance par la poursuite de l'absence totale d'éléments de preuve quant à la participation de l'accusé à la prétendue entente qui auraient constitué le fondement, si fondement il y a, de l'accusation de complot dont le tribunal a été saisi à l'enquête préliminaire. Avec égards pour ceux, y compris les juges des cours d'instance inférieure, qui peuvent soutenir le point de vue contraire, j'estime que, dans ces circonstances, on ne saurait maintenir le renvoi au procès. L'objet d'une enquête préliminaire est d'empêcher l'accusé de subir un procès public inutile, voire abusif, lorsque la poursuite ne possède aucun élément de preuve justifiant la continuation de l'instance. De plus, l'enquête préliminaire a évolué au Canada de manière à fournir à l'accusé, lorsqu'on juge que les éléments de preuve nécessaires existent, la possibilité de découvrir et d'apprécier la nature de la preuve qui sera déposée contre lui à son procès. La situation actuelle de l'enquête préliminaire au Royaume-Uni est traitée par Patrick Devlin dans *The Criminal Prosecution in England* (1960), à la p. 10:

> [TRADUCTION] L'enquête préliminaire devant les magistrats est devenue une procédure de caractère purement juridique. Conçue à l'origine pour permettre à la poursuite de découvrir l'auteur d'un crime et de recueillir des preuves de sa culpabilité, l'enquête préliminaire est devenue un bouclier pour la défense et elle permet maintenant au défendeur de déterminer avec exactitude les preuves dont on se servira contre lui et d'éviter les dépenses et l'odieux d'un procès, si, de l'avis de personnes impartiales, la preuve n'est pas suffisante pour en justifier la tenue.

Au Canada, le processus d'enquête préliminaire a évolué de façon légèrement différente:

> Notre enquête préliminaire provient d'un système inquisitoire d'investigation du crime, où les juges de paix assumaient toutes les fonctions d'enquête aujourd'hui conférées à la police; le rôle du magistrat enquêteur a été peu à peu modifié pour devenir judiciaire plutôt que policier et son enquête est devenue un examen sommaire des motifs justifiant la détention de l'accusé et la tenue d'un procès. La poursuite devait donc à ce stade convaincre le juge de paix qu'elle détenait suffisamment de preuve contre un prévenu pour établir une forte pré-

accused as well as an examination of the need for a trial itself. In this proceeding the prosecution was required to present its case, or at least to present sufficient evidence to establish a *prima facie* case. [Footnotes omitted.]

(Law Reform Commission of Canada Study Report: *Discovery in Criminal Cases* (1974), at p. 8.)

It is interesting to go back to a description applied by G. Arthur Martin, Q.C., to the preliminary hearing in Canada:

The preliminary hearing has two aspects. Its primary purpose, of course, is to ascertain whether or not there is sufficient evidence to warrant the accused being placed upon his trial. In determining this, a magistrate, who is conducting a preliminary hearing is not determining whether or not the accused is guilty or not guilty. His function is to ascertain whether or not there is sufficient evidence to induce the belief in the mind of a cautious man that the accused is probably guilty. Therefore, considerations of reasonable doubt have no application at this stage of the proceedings.

. . .

From the point of view of defence counsel the preliminary hearing has another aspect. It affords counsel an opportunity of ascertaining the nature and the strength of the case against his client and it may be likened in that respect to an Examination for Discovery.

(G. Arthur Martin, Q.C.: "Preliminary Hearings", Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955, p. 1.)

In the course of a preliminary hearing, evidence may be adduced through witnesses, exhibits, or admissions. The purpose of adducing evidence is to enable the judge to exercise his jurisdiction by making determinations of fact, applying the law to those facts, and finally, to exercise his discretion to commit or discharge the accused. Where the record established in the preliminary hearing does not include evidence relating to each essential element of the charge brought against the accused, a committal of the accused to stand trial can be brought forward by way of a writ of *certiorari* to a superior court and can be quashed. I return then to explore the precise effect on these proceedings of the Crown's concession made here and in the Court of Appeal.

somption de culpabilité, et être ainsi autorisée à procéder plus avant contre lui. La poursuite devait donc dès lors dévoiler sa preuve, ou tout au moins suffisamment de preuve pour établir une cause *prima facie*. [Renvois supprimés.]

(Document de recherche de la Commission de réforme du droit du Canada: *Communication de la preuve en droit pénal* (1974), à la p. 8.)

Il est intéressant de lire la description de l'enquête préliminaire au Canada donnée par G. Arthur Martin, c.r.:

[TRADUCTION] L'enquête préliminaire comporte deux aspects. Son objet principal, évidemment, est de déterminer s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi de l'accusé à son procès. Ce faisant, le magistrat qui préside à l'enquête préliminaire ne se prononce pas sur la culpabilité de l'accusé. Son rôle consiste à déterminer s'il y a des éléments de preuve suffisants pour amener un homme prudent à croire que l'accusé est probablement coupable. Il s'ensuit que la question de l'existence d'un doute raisonnable ne se pose pas à ce stade des procédures.

. . .

Du point de vue de l'avocat de la défense, l'enquête préliminaire revêt un autre aspect. Elle lui fournit l'occasion de déterminer à la fois la nature et le poids des éléments de preuve recueillis contre son client et, en cela, elle peut se comparer à un interrogatoire préalable.

(G. Arthur Martin, c.r.: «Preliminary Hearings», Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955, à la p. 1.)

La preuve produite au cours d'une enquête préliminaire peut prendre la forme de témoignages oraux, de pièces ou d'aveux. Cette preuve a pour objet de permettre au juge d'exercer sa compétence en tirant des conclusions de fait, en appliquant les règles de droit à ces faits et, enfin, en exerçant son pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'accusé à son procès ou de le libérer. Lorsque le dossier établi au cours de l'enquête préliminaire ne contient pas d'éléments de preuve concernant chaque élément essentiel de l'accusation portée contre l'accusé, le renvoi d'un accusé à son procès peut être soumis par voie de *certiorari* à une cour supérieure qui peut alors l'annuler. Cela m'amène donc à analyser l'incidence précise, sur les présentes procédures, de la reconnaissance faite par la poursuite en cette Cour et en Cour d'appel.

The argument, agreement or undertaking, as the case may be, of a Crown agent as to the consequence to be drawn from testimony taken at trial is not in any way binding upon the Court. Indeed, quite the opposite is true. The Court still must be satisfied that the evidentiary test has been passed or failed, as the case may be, as a matter of law. This includes a burden of proof in some cases and in others the presence or absence, as here, of some evidence to support a committal under s. 475. Neither party, separately or jointly, can alter the record nor convert the appeal into a request for an advisory opinion. It follows that the court is not in any way bound to accept the Crown's view of this evidence nor the Crown submission of law based upon the Crown's view of that evidence. Rather, the Court must independently assess the record to determine whether there was any evidence to support the committal for trial.

In my view, here there was some evidence of the essential element of an agreement. The evidence at the preliminary hearing reveals that the accused came into possession of the bogus bond which had been prepared by others alleged to be the accused's co-conspirators. The evidence further revealed that at an earlier time a person alleged to be a co-conspirator had caused the counterfeit bond to be created and had unsuccessfully attempted to persuade an employee at a branch of a trust company to cash the counterfeit bond. The accused, according to the evidence, later took the bogus bond to the same branch of the trust company where the aforementioned employee worked, and cashed the bond. It should here be noted that the evidence includes a denial by the unindicted co-conspirator and by the employee of the trust company, unsuccessfully importuned as aforesaid, of any knowledge of or relationship with the accused. The evidence further reveals that the accused, in presenting the bond at the trust company, did not approach that employee for the purpose of cashing the bond. From this evidence it is remotely but nonetheless possible, in my view, to distill an agreement between the accused and the creators of the counterfeit bond to convert the bond to cash by presenting it to a trust company or a bank. This evidence approaches the traditional

Tout argument, entente ou promesse, selon le cas, du substitut du procureur général quant aux conclusions à tirer des témoignages recueillis au procès ne lient en aucune façon la Cour. Loin de là, car, en droit, il est encore nécessaire que la Cour soit convaincue qu'on a satisfait au critère en matière de preuve. Cela inclut dans certains cas un fardeau de preuve et, dans d'autres cas comme en l'espèce, la présence ou l'absence d'éléments de preuve justifiant un renvoi au procès en vertu de l'art. 475. Les parties ne peuvent ni séparément ni conjointement modifier le dossier ni transformer l'appel en renvoi. Il s'ensuit que la Cour n'est nullement tenue de retenir l'interprétation donnée à cette preuve par la poursuite ni les points de droit que cette dernière soulève en conséquence. Au contraire, la Cour doit procéder à une appréciation indépendante du dossier afin d'établir s'il y a des éléments de preuve qui justifient le renvoi au procès.

Selon moi, il y a en l'espèce des éléments de preuve concernant l'élément essentiel d'une entente. D'après la preuve soumise au cours de l'enquête préliminaire, l'accusé est entré en possession de la débenture contrefaite préparée par d'autres personnes qui seraient ses coconspirateurs. La preuve révèle aussi qu'un présumé coconspirateur avait antérieurement fait préparer la débenture contrefaite et avait tenté, sans succès, de convaincre une employée d'une succursale d'une compagnie de fiducie de l'encaisser. Toujours selon la preuve, c'est l'accusé qui est allé par la suite encaisser la débenture à cette même succursale où travaillait l'employée susmentionnée. Notons ici que, d'après la preuve, le coconspirateur non inculpé et l'employée de la compagnie de fiducie, à qui on s'est adressé sans succès comme nous l'avons dit, ont affirmé ne pas connaître l'accusé et ne pas avoir eu le moindre rapport avec lui. La preuve révèle en outre que, lorsque l'accusé s'est présenté à la compagnie de fiducie pour encaisser la débenture, ce n'est pas à ladite employée qu'il s'est adressé. À mon avis, il est donc possible, bien que cette possibilité soit très faible, de déduire de cette preuve que l'accusé et les auteurs de la débenture contrefaite s'étaient entendus pour convertir cette débenture en espèces en la présentant à une compagnie de fiducie ou à une banque. Sans

expression "a scintilla of evidence" but falls short of what may be classified as fanciful. Consequently, there can be gleaned from the record 'some evidence' to support the action of committal. In so stating, it must always be added that the "some evidence" and "no evidence" rules must relate to all the essential elements of the charge in question.

The conclusion which I have reached, that there was a scintilla of evidence to support the committal of the appellant to trial, brings us back full circle to the unusual procedural history of this case. On appeal, the Crown did not seek to impeach the finding of Bouck J. that there was 'no evidence' of a conspiratorial agreement. Rather, it was argued that in any event *certiorari* was not available to review for 'no evidence' at all on the essential elements of the charge. The executive branch of government has assumed primary responsibility for the enforcement of the criminal law. The historic ascendency of the executive branch as the agency for the enforcement of criminal law in the community is recognized in Canada today, in fact and in law, in the *Criminal Code* where it is given an ascendency at critical junctures of a prosecution over the private prosecutor. This branch may, in its wisdom, decide to lay or not to lay a charge. It might decide at any stage in the process to withdraw the charge. The Attorney General of the province, as represented by the Crown agent in the courtroom, might, for example, decide to withdraw a charge in the course of a preliminary hearing. Similarly, the charge might be withdrawn with the permission of the Court in the course of a trial. The following dicta of Schroeder J.A. in *City of Toronto v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 in a different context, accurately, in my view, reflects the importance of the role assumed by the executive with respect to criminal prosecutions (at p. 697):

The decision whether or not the Attorney-General should prosecute or sue is a matter for him, and the

tomber dans le domaine de la pure fantaisie, cette preuve se rapproche de ce qu'on appelle traditionnellement [TRADUCTION] «un soupçon de preuve». Par conséquent, on peut glaner du dossier «des éléments de preuve» justifiant le renvoi au procès. Cela dit, il faut ajouter que, dans chaque cas, la présence ou l'absence d'éléments de preuve doit se rapporter à chacun des éléments essentiels de l'accusation en question.

Ma conclusion qu'il y a un soupçon de preuve justifiant le renvoi de l'appelant à son procès nous ramène au point de départ, savoir le caractère inhabituel du déroulement des procédures en l'espèce. En appel, la poursuite n'a pas cherché à attaquer la conclusion du juge Bouck qu'il n'y avait «aucun élément de preuve» de l'existence d'une entente qui aurait constitué un complot. Elle a plutôt fait valoir que, de toute façon, on ne peut obtenir la révision par voie de *certiorari* lorsqu'il n'y a absolument «aucun élément de preuve» concernant les éléments essentiels de l'accusation. C'est le pouvoir exécutif qui assume la responsabilité première en matière d'application du droit criminel. Au Canada, la dominance traditionnelle de l'exécutif en tant que responsable de l'application du droit criminel dans la collectivité est reconnue aujourd'hui, en fait et en droit, dans le *Code criminel* qui, aux stades critiques d'une poursuite, privilégie l'exécutif par rapport au poursuivant privé. L'exécutif peut, à sa guise, choisir de porter ou de ne pas porter une accusation. Il pourrait, à n'importe quelle étape des procédures, décider de retirer l'accusation. Le procureur général de la province, représenté à l'audience par son substitut, pourrait, par exemple, décider de retirer une accusation au cours de l'enquête préliminaire. De même, l'accusation pourrait, avec l'autorisation de la cour, être retirée au cours du procès. L'opinion incidente suivante formulée par le juge Schroeder de la Cour d'appel dans l'arrêt *City of Toronto v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3d) 689, dans un contexte différent, exprime avec exactitude à mon avis l'importance du rôle que joue l'exécutif dans le domaine des poursuites en matière criminelle (à la p. 697):

[TRADUCTION] Il appartient au procureur général de décider s'il doit poursuivre et les tribunaux n'ont aucun

Courts have no power to question his right to do so or to refrain from doing so as distinct from his right to relief.

The Attorney-General is in a different position from the ordinary litigant, for he represents the public interest in the community at large; . . .

The Crown agent in this case might have decided, in its exclusive discretion as the public enforcement agency of the community, the executive branch, not to oppose the application for an order to quash; or the Crown might have decided not to appeal from the quashing order. Here the Crown exercised its enforcement discretion by asking the Court of Appeal, and this Court as well, to set aside the quashing order on a ground not known to the law. No other request was made by the Crown, and indeed, the Crown expressed its agreement that the Court should dispose of the appeal on the one ground selected by the Crown. The sole position taken by the Crown on this appeal in this Court, and apparently in the court below, is tantamount to a submission of a Reference on a point of law to this Court. The Crown does not here seek a reversal of the order of the reviewing judge of first instance on a ground known to the law. Rather the Crown seeks to establish a new or extended rule of law.

Whether there is, in the judicial sense, 'no evidence' revealed in the record, is a question of law. In finding there was 'no evidence' in the record at the preliminary hearing, the learned reviewing judge committed an error of law. Such a finding, unsupported by the record, is, in my view, a reversible error which, in the absence of other overriding considerations, would dispose of the appeal.

There now remains to be examined the question as to whether these proceedings reveal a further and finally controlling factor which ordains another disposition of the proceeding. This Court, on the review of the proceedings below, must conclude that, while the committing judge was in law correct in his order under s. 475, and the reviewing judge was wrong in law in quashing the committal, the quashing order was attacked by the

droit de regard sur son droit de poursuivre ou de ne pas poursuivre, par opposition à son droit de redressement.

Le procureur général n'est pas dans la même situation qu'un plaideur ordinaire, car il représente l'intérêt public dans l'ensemble de la collectivité; . . .

En l'espèce, le substitut du procureur général aurait pu, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il jouit comme organe exécutif responsable de l'application des lois, décider de ne pas contester la demande d'annulation; ou encore, il aurait pu décider de ne pas interjeter appel de l'ordonnance portant annulation. Dans le cas qui nous occupe, la poursuite a exercé son pouvoir discrétionnaire en demandant à la Cour d'appel, et aussi à cette Cour, d'infirmer l'ordonnance portant annulation, et ce pour un motif qui n'est pas reconnu en droit. Aucune autre demande n'a été formulée par la poursuite et, en fait, elle s'est dit d'accord que l'appel devait être tranché en fonction du seul moyen qu'elle avait choisi d'invoquer. La position adoptée par la poursuite en cette Cour, et apparemment en Cour d'appel, équivaut à un renvoi à cette Cour sur un point de droit. Ce que la poursuite demande ici n'est pas l'annulation, pour un motif reconnu en droit, de l'ordonnance du juge qui a effectué la révision. Elle cherche plutôt à établir une nouvelle règle ou à élargir la portée de la règle actuelle.

La question de savoir si, au sens juridique, le dossier ne révèle «aucun élément de preuve» est une question de droit. En concluant qu'il n'y avait «aucun élément de preuve» dans le dossier de l'enquête préliminaire, le savant juge qui a effectué la révision a commis une erreur de droit. Une telle conclusion, non étayée par le dossier, constitue, à mon avis, une erreur qui justifie une annulation et qui, en l'absence d'autres considérations essentielles, suffirait à trancher le pourvoi.

Reste maintenant à examiner la question de savoir s'il se dégage des procédures qui nous intéressent quelque autre facteur qui soit déterminant et qui oblige à trancher le litige d'une façon différente. En examinant les procédures qui se sont déroulées devant les instances inférieures, cette Cour doit conclure que, du point de vue juridique, le juge qui a présidé à l'enquête a eu raison d'ordonner le renvoi au procès conformément à

Crown on a basis unknown to the law. The Crown in its executive role can, at that point, elect not to appeal or to appeal on a limited basis, or to appeal from the order on all possible grounds known to the law. The Crown role continues at this stage in the same way as in the earliest stages of the process when it determines whether to lay a charge, against whom the charge should be laid, and if so, whether to proceed to or by way of the preliminary hearing.

In determining the proper disposition to be made of this appeal, one should not overlook the effect the position taken by the Crown in the appellate process has had, not only upon the criminal process itself but upon the accused. The accused has not been called upon to address the issue of 'no evidence' in either the Court of Appeal or in this Court. He has not been called upon to meet the 'no evidence' or 'some evidence' issue because of the quasi-reference approach taken by the Crown in the *form* of an appeal from the order of Bouck J.

As a result of all these proceedings and steps, this Court, making the order which is respectfully found to be the order which the Court of Appeal should have made, finds that this appeal should be allowed and the order of the reviewing judge restored. This is the disposition which must, in law, follow from the course chosen by the executive branch in the discharge of its function as an agency charged with law enforcement in the province. The Crown having pursued this course, as in its wisdom it is free to do, the result must be the restoration of the order quashing the committal. The focus of this entire process is on the liberty of the subject. The appellant stands accused under the criminal law. The agency charged with the administration of justice on behalf of the Crown in the right of the province has, upon its investigation and initial prosecutorial steps, determined that the community is possessed of no evidence that the

l'art. 475 et que c'est à tort que le juge qui a effectué la révision a annulé ce renvoi au procès, mais que la poursuite a fondé son attaque contre l'ordonnance portant annulation sur un moyen qui n'est pas reconnu en droit. À ce stade, la poursuite, en tant qu'organe exécutif, peut choisir soit de ne pas interjeter appel, soit d'interjeter un appel de portée restreinte, soit d'interjeter contre l'ordonnance un appel fondé sur tous les moyens possibles qui sont reconnus en droit. Le rôle de la poursuite est alors le même que celui qu'elle joue au cours des étapes initiales du processus lorsqu'elle décide si elle doit porter une accusation, contre qui l'accusation doit être portée et, le cas échéant, s'il y a lieu de tenir une enquête préliminaire.

En déterminant la façon dont le présent pourvoi doit être tranché, il ne faut pas oublier l'effet que la position adoptée par la poursuite au cours du processus d'appel a eu non seulement sur le processus criminel lui-même mais également sur l'accusé. L'accusé n'a pas été amené à aborder la question de «l'absence de preuve» ni en Cour d'appel ni en cette Cour. Il n'a pas été amené à répondre à la question de «l'absence de preuve» ou de la présence de «certains éléments de preuve» en raison de la façon de procéder adoptée par la poursuite dont l'appel interjeté contre l'ordonnance du juge Bouck équivaut pour ainsi dire à un renvoi.

Par suite de toutes ces procédures et étapes, cette Cour, en rendant l'ordonnance qui, à son avis, aurait dû être rendue par la Cour d'appel, accueille ce pourvoi et rétablit l'ordonnance du juge qui a effectué la révision. Voilà la conclusion qui, en droit, découle inévitablement de la façon dont l'exécutif a choisi de s'acquitter de sa fonction d'application des lois dans la province. La poursuite ayant procédé ainsi, comme elle avait d'ailleurs le droit de le faire, l'ordonnance annulant le renvoi au procès doit être rétablie. Tout ce processus est centré sur la liberté individuelle. L'appelant est accusé en vertu du droit criminel. L'entité chargée d'administrer la justice pour le compte de Sa Majesté du chef de la province a, après avoir mené une enquête et entamé des poursuites, décidé qu'il n'y a aucune preuve que l'accusé est coupable du complot imputé. Peut-on s'attendre à ce que la collectivité tolère, encore

accused is guilty of the conspiracy charged. Can the community be expected to tolerate, let alone support, a law which permits a person, against whom the state enforcement agency claims possession of no evidence of guilt as charged, to be prosecuted on such a charge with the full power and resources of the state? This is not an absence of process; it is an abandonment of process. It is fundamental to our criminal law traditions that no citizen shall be called upon to answer a charge in this stark circumstance. Any other criminal law technique is but organized tyranny focussed on the wrongly accused in the view of the arm of the state empowered to initiate and process that accusation. Section 475 cannot, in my opinion, be properly construed in the tradition of statutory interpretation of criminal statutes as requiring such a startling result in a free society.

It follows that in doing so, the Court has not treated itself as bound by, nor indeed in any way has it acted upon, the submission by the Crown that there was no evidence of each essential element of the charge. Rather, the Court has responded to the only position taken by the prosecution.

I therefore would allow the appeal and restore the order of Bouck J. in Chambers in the Supreme Court of British Columbia.

The reasons of Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—This appeal again raises the question of an application in the nature of *certiorari* to quash a committal for trial after preliminary hearing where it was agreed between the Crown and the appellant that there was no evidence adduced before the committing Provincial Court Judge on an essential ingredient of the offence charged.

The appellant was charged with two others named Grenon and Pellerin, and others unknown, with conspiracy to use a forged document as if it were genuine, contrary to s. 326 of the *Criminal Code*. At the opening of the preliminary hearing a

moins à ce qu'elle appuie, un régime juridique qui permet qu'une personne, à l'égard de laquelle l'entité chargée de l'application de la loi dit ne posséder aucune preuve de culpabilité de l'infraction imputée, soit poursuivie sous ce chef d'accusation avec toute la rigueur et toutes les ressources de l'État? Ce n'est pas là simplement une absence de voies de droit, ce n'est ni plus ni moins qu'un abandon des voies de droit. Suivant la tradition qui existe en droit criminel canadien, nul citoyen n'est obligé de répondre à une accusation dans ces circonstances. Toute dérogation à ce principe fondamental ferait de celui qui est accusé à tort par les autorités investies par l'État du pouvoir de formuler une accusation et d'engager des poursuites, la victime d'une tyrannie organisée. À mon avis, la tradition qui a cours en matière d'interprétation des lois pénales ne permet pas que l'on interprète l'art. 475 de manière à produire un résultat aussi étonnant dans le contexte d'une société libre.

Il s'ensuit que, ce faisant, la Cour ne s'est pas estimée liée par l'argument de la poursuite portant qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve concernant chaque élément essentiel de l'accusation ni n'a en aucune façon tenu compte de cet argument. La Cour a plutôt simplement répondu à la seule position adoptée par la poursuite.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue en chambre par le juge Bouck de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs des juges Beetz, McIntyre et Chouinard rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—Le présent pourvoi porte sur une demande de la nature d'un *certiorari* visant à annuler un renvoi au procès ordonné après enquête préliminaire, alors que la poursuite et l'appelant étaient d'accord pour dire qu'il y avait, devant le juge de la Cour provinciale qui a présidé à l'enquête, absence de preuve sur un élément essentiel de l'infraction imputée.

L'appelant a été accusé, en même temps que deux autres personnes nommées Grenon et Pellerin et d'autres personnes inconnues, d'avoir comploté en vue d'utiliser un document contrefait comme s'il était authentique, contrairement à l'art. 326 du

stay of proceedings was entered in respect of Grenon, who gave evidence for the Crown, and Pellerin did not appear. The hearing proceeded in respect of the appellant Skogman.

The evidence revealed that Grenon worked in the office of the Queen's Printer in Victoria. Early in the year 1980 he stole an unnumbered British Columbia School District's Capital Financing Authority debenture having a face value of $25,000. The debenture was dated May 1, 1966 and it had coupons attached, each in the amount of $781.25, dated November 1 and May 1 for each year up to 1986. He retained it in his possession until October, 1980 when he mentioned it to his co-accused, Pellerin. They decided to negotiate the bond or the coupons or both. The two, Grenon and Pellerin, went to the office of the Queen's Printer where Grenon made a casting of a serial number so that it could be stamped on the debenture and its coupons. He gave the casting to Pellerin who by this time had the debenture. Pellerin then spoke to a woman friend who was employed by the Royal Trust Company at its branch on Grant Street in Victoria. He endeavoured to make arrangements with her to negotiate the debenture, but she refused.

At about the end of October the appellant Skogman opened an account at the Grant Street Branch of the Royal Trust Company in the name of one Brune who was an acquaintance, but who knew nothing of the account. The appellant then handed over for negotiation the coupons from the debenture. The coupons bore a fictitious number and had a face value of $14,843.75. On surrender of the coupons the appellant received from the trust company $2,500 cash, and the remaining $12,343.75 was deposited to the account he had opened in the name of Brune.

There was evidence identifying the appellant as the person who handed over the coupons to the Royal Trust Company on October 31 at the Grant Street branch, but there was no direct evidence of any association between the appellant and the other alleged conspirators. However, in argument

Code criminel. À l'ouverture de l'enquête préliminaire, un arrêt des procédures a été ordonné à l'égard de Grenon qui a témoigné pour la poursuite; Pellerin n'a pas comparu. L'enquête préliminaire s'est poursuivie à l'égard de l'appelant Skogman.

La preuve a révélé que Grenon travaillait au bureau de l'Imprimeur de la Reine, à Victoria. Au début de 1980, il a volé une débenture non numérotée de l'organisme de financement en capital des districts scolaires de la Colombie-Britannique d'une valeur nominale de 25 000 $. La débenture était datée du 1er mai 1966 et comportait des coupons de 781,25 $ chacun, datés du 1er novembre et du 1er mai de chaque année jusqu'à 1986. Il l'a conservée en sa possession jusqu'en octobre 1980 alors qu'il en a parlé à son coaccusé Pellerin. Ils ont décidé de négocier la débenture ou les coupons ou les deux à la fois. Grenon et Pellerin se sont rendus au bureau de l'Imprimeur de la Reine où Grenon a fabriqué un numéro de série qui pourrait être apposé sur la débenture et les coupons. Il a remis la plaque à Pellerin qui était alors en possession de la débenture. Pellerin a communiqué avec une amie qui travaillait pour la compagnie Royal Trust, à la succursale de la rue Grant, à Victoria. Il a tenté de prendre des arrangements avec elle en vue de négocier la débenture, mais celle-ci a refusé.

Vers la fin d'octobre, l'appelant Skogman a ouvert un compte à la succursale de la compagnie Royal Trust, rue Grant, au nom d'un nommé Brune, une connaissance qui ignorait tout de ce compte. L'appelant a remis pour négociation les coupons de la débenture. Les coupons portaient un numéro fictif et avaient une valeur nominale de 14 843,75 $. En échange des coupons, l'appelant a reçu de la compagnie de fiducie 2 500 $ en argent comptant et le solde de 12 343,75 $ a été versé au compte qu'il avait ouvert au nom de Brune.

Il y a des éléments de preuve qui identifient l'appelant comme la personne qui a remis les coupons à la compagnie Royal Trust le 31 octobre, à sa succursale de la rue Grant, mais il n'y a eu aucune preuve directe de l'existence d'une association quelconque entre l'appelant et les autres cons-

at the preliminary hearing, counsel for the Crown said:

> Mr. Pellerin gained access and custody of the coupons. He showed them to Heather Robb and Heather Robb says, "Yes, those are the items and I told him that they wouldn't pass muster because they look smudged and they are obvious forgeries."
>
> The coupons then go from Mr. Pellerin somehow to Mr. Scogman [*sic*] and an inference can be drawn—and I suggest it is the only inference that can be drawn—that Mr. Scogman [*sic*] then joins the common purpose.
>
> We have the identification of the coupons in Pellerin's hands and we next have Mr. Scogman [*sic*] showing up at Royal Trust.

And at the conclusion of the hearing, the Provincial Court Judge said in part:

> I am adopting, as my reasons for committing, the submissions made by Crown counsel, Mr. Macdonald, who summarized the case. He summarized the facts very succinctly and I can do no better than merely adopt them as reasons.
>
> I therefore am satisfied that there is sufficient evidence to put to a jury and sufficient evidence upon which a jury properly instructed could convict.
>
> I therefore commit the accused for trial before Judge and Jury at the next court of competent jurisdiction and I am referring to the accused, Larry Cliff Scogman [*sic*].

The appellant petitioned the Supreme Court for an order in the nature of *certiorari* to quash the committal for trial. Essentially, the grounds upon which relief was sought were that evidence of an agreement between the appellant and one or more of his co-conspirators, a necessary ingredient of the charge of conspiracy, had not been tendered. It was contended that there was no evidence before the committing Provincial Court Judge of any such agreement between the appellant and the others and, therefore, there was not sufficient evidence to justify a committal. It was therefore beyond the jurisdiction of the Provincial Court Judge to commit in the circumstances.

pirateurs visés dans l'acte d'accusation. Toutefois dans son argumentation à l'enquête préliminaire, le substitut du procureur général a dit:

> [TRADUCTION] M. Pellerin s'est procuré les coupons et les a conservés. Il les a montrés à Heather Robb et celle-ci a dit «Oui ce sont bien les pièces, mais je lui ai dit qu'elles ne résisteraient pas au contrôle parce qu'elles ont l'air trafiquées et qu'il est évident que ce sont des documents contrefaits».
>
> Les coupons sont alors passés de M. Pellerin à M. Skogman on ne sait trop comment et on peut en déduire—et je suis d'avis que c'est la seule déduction possible—que M. Skogman s'est alors joint à l'entreprise commune.
>
> Nous avons l'identification des coupons en la possession de Pellerin puis voilà que M. Skogman se présente à la Royal Trust.

À la fin de l'enquête préliminaire, le juge de la Cour provinciale a affirmé notamment:

> [TRADUCTION] J'adopte, comme motifs du renvoi au procès, l'exposé du substitut du procureur général, Me Macdonald, qui a résumé l'affaire. Il a résumé les faits de façon très succincte et je ne puis qu'adopter ce résumé à titre de motifs.
>
> Je suis donc convaincu qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve à soumettre à un jury et suffisamment d'éléments de preuve qui permettraient à un jury ayant reçu des directives appropriées de rendre un verdict de culpabilité.
>
> Je renvoie donc l'accusé à son procès devant un juge et un jury à la prochaine session du tribunal compétent et je parle de l'accusé Larry Cliff Skogman.

L'appelant a présenté à la Cour suprême une demande d'ordonnance de la nature d'un *certiorari* visant à annuler le renvoi à procès. Essentiellement les motifs du redressement qu'il demande sont que l'on n'a pas fourni la preuve de l'existence d'une entente entre l'appelant et l'un ou plusieurs de ses coconspirateurs, qui est un élément essentiel de l'accusation de complot. On soutient que le juge de la Cour provinciale qui a présidé à l'enquête préliminaire ne disposait d'aucune preuve de l'existence d'une telle entente entre l'appelant et les autres et qu'il y avait donc insuffisance de preuve pour justifier le renvoi au procès. Le juge de la Cour provinciale n'avait donc pas compétence pour ordonner le renvoi au procès dans ces circonstances.

The Chambers Judge in the Supreme Court who heard the petition wrote a detailed and carefully considered judgment in which he reviewed many of the authorities on this question and concluded that the relief sought should be granted. He quashed the committal. At the conclusion of his reasons for judgment the Chambers Judge conveniently summarized his conclusions under six headings. The second conclusion he reached was in these terms:

> (2) At the preliminary hearing, there was no evidence the accused was a member of the conspiracy alleged in the information. Put another way, there was an entire absence of evidence as a basis for the formation of a judicial opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial. There was only circumstantial evidence which gives rise to rational inferences other than his membership in the conspiracy.

The fourth, fifth and sixth conclusions were in these terms:

> (4) The Supreme Court of Canada has approved the practice of quashing committal orders by *certiorari* when there is a loss of jurisdiction during the preliminary enquiry. Examples of how this can occur include denial of natural justice and failure to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*.
>
> (5) There was no breach of the rules of natural justice by reason of the committal proceedings.
>
> (6) The Provincial Court Judge lost jurisdiction at the preliminary inquiry when he failed to observe s. 475 of the *Criminal Code* because he committed the accused for trial when there was no evidence of his membership in the conspiracy which justified the committal order, or put another way, there was an entire absence of evidence as a basis for the formation of a judicial opinion by him that the evidence of his membership in the conspiracy was sufficient to put the accused on trial.

The Court of Appeal was unanimous in allowing the Crown's appeal. McFarlane J.A. wrote reasons with which Craig J.A. concurred. Lambert J.A. concurred in the result but wrote separate reasons. McFarlane J.A., after outlining the facts, said:

Le juge en chambre de la Cour suprême qui a entendu la demande a rédigé un jugement détaillé et bien motivé dans lequel il examine une bonne partie de la jurisprudence sur la question et il a conclu qu'il y avait lieu d'accorder le redressement demandé. Il a annulé le renvoi à procès. À la fin de ses motifs de jugement, le juge en chambre résume utilement ses conclusions en six paragraphes. Sa deuxième conclusion se lit comme suit:

> [TRADUCTION]
>
> (2) À l'enquête préliminaire, on n'a pas fait la preuve que l'accusé a participé au complot mentionné dans la dénonciation. Autrement dit, il y a une absence totale d'éléments de preuve qui auraient pu servir de fondement à l'opinion judiciaire que la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès. Il n'y a qu'une preuve indirecte qui permet raisonnablement de conclure à autre chose que sa participation au complot.

Les quatrième, cinquième et sixième conclusions se lisent comme suit:

> [TRADUCTION]
>
> (4) La Cour suprême du Canada a approuvé l'annulation des ordonnances de renvoi au procès par voie de *certiorari* lorsqu'il y a perte de compétence au cours de l'enquête préliminaire. Cette perte de compétence peut se produire notamment par suite d'un déni de justice naturelle et de l'inobservation d'une disposition impérative du *Code criminel*.
>
> (5) Il n'y a pas eu de manquement aux règles de justice naturelle à cause de ce renvoi au procès.
>
> (6) Le juge de la Cour provinciale a perdu compétence à l'enquête préliminaire parce qu'il ne s'est pas conformé à l'art. 475 du *Code criminel* en renvoyant l'accusé à son procès alors qu'il n'y avait pas de preuve de sa participation au complot pour justifier le renvoi au procès, ou, autrement dit, il y avait absence totale d'éléments de preuve qui auraient permis au juge de considérer que la preuve de la participation de l'accusé au complot était suffisante pour le renvoyer à son procès.

La Cour d'appel a accueilli de façon unanime l'appel interjeté par la poursuite. Le juge McFarlane a rédigé des motifs auxquels le juge Craig a souscrit. Le juge Lambert est arrivé à la même conclusion, mais il a rédigé des motifs distincts. Après avoir exposé les faits, le juge McFarlane affirme:

The appeal by the Crown to this Court is presented on the assumption that there was no evidence to support the Provincial Court Judge's opinion. It is, of course, not conceded or assumed that the circumstances did not require the Provincial Court Judge to apply his mind to the question whether he should or should not be of opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial. It is not suggested that there was such a complete absence of evidence that s. 475(1) could not be invoked or applied at all. The contrary is the case. There can be no doubt that at the conclusion of hearing of the evidence presented by the Crown, the Provincial Court Judge was required to form his opinion on the application of s-s. 1(*a*) and 1(*b*), *i.e.*, to commit or discharge. The distinction is important because it points up the difference between the acquisition of jurisdiction by the Provincial Court Judge and the loss of a jurisdiction once properly acquired.

[TRADUCTION] Pour les fins de son appel à cette Cour la poursuite tient pour acquis qu'il n'y avait aucun élément de preuve qui justifiait l'avis du juge de la Cour provinciale. Il n'est certes ni admis ni supposé que les circonstances n'exigeaient pas que le juge de la Cour provinciale se demande s'il devait considérer que la preuve était suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès. On ne soutient pas qu'il y avait une absence de preuve telle que le par. 475(1) ne pouvait ni s'appliquer ni être invoqué. C'est plutôt le contraire. Il ne fait aucun doute qu'après l'audition de la preuve soumise par la poursuite, le juge de la Cour provinciale devait se faire une opinion quant à l'application des sous-al. 1*a*) et 1*b*), c'est-à-dire décider s'il fallait renvoyer l'accusé à son procès ou le libérer. La distinction est importante parce qu'elle souligne la différence entre l'acquisition de compétence par le juge de la Cour provinciale et la perte de compétence régulièrement acquise.

After reviewing the authorities, including *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455 (C.A.), affirmed *sub nom. Martin v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 511; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (B.C.C.A.); *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *R. v. Kopan* (1975), 3 B.C.L.R. 102; *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268, he went on to say:

Après avoir étudié la jurisprudence, dont les arrêts *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455 (C.A.), confirmé *sub nom. Martin c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 511; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (C.A. C.-B.); *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *R. v. Kopan* (1975), 3 B.C.L.R. 102; *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305 et *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, il poursuit:

In the present case there was clearly no lack of jurisdiction to enter upon the preliminary inquiry. If, as is assumed for the purposes of this appeal, there was no evidence to support the Provincial Court Judge's opinion that the evidence was sufficient to put the respondent on trial, the Judge made an error in the exercise of a jurisdiction which he did possess. I think the Chambers Judge erred in substituting his opinion of the sufficiency of the evidence for the opinion of the Provincial Court Judge on that question. The question whether circumstantial evidence is equally, or more consistent with innocence than with guilt, is a question for the trial Judge or jury.

[TRADUCTION] En l'espèce, il est clair qu'il n'y avait pas absence de compétence pour entreprendre l'enquête préliminaire. Si, comme on le suppose aux fins du présent appel, il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de l'opinion du juge de la Cour provinciale que la preuve était suffisante pour renvoyer l'intimé à son procès, le juge a commis une erreur dans l'exercice d'une compétence qu'il possédait. Je crois que le juge en chambre a commis une erreur en substituant sa propre opinion sur le caractère suffisant de la preuve à celle du juge de la Cour provinciale sur la même question. Il appartient au jury ou au juge du procès de déterminer si la preuve indirecte est aussi compatible avec la culpabilité de l'accusé qu'avec son innocence ou plus compatible avec l'une qu'avec l'autre.

As has been said, Lambert J.A. reached the same conclusion and expressed disagreement with certain dicta from *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* and *Forsythe v. The Queen*, as argued by counsel for the accused, and he followed *R. v. Kopan* which had held that a total lack of

Comme je l'ai déjà dit, le juge Lambert est arrivé à la même conclusion mais s'est dit en désaccord avec certaines opinions incidentes des arrêts *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* et *Forsythe c. La Reine* invoquées par l'avocat de l'accusé. Il a plutôt suivi l'arrêt *R. v. Kopan* où

evidence on a preliminary hearing would not go to jurisdiction and permit a quashing by *certiorari*.

In this Court argument proceeded on the basis that there was no evidence before the Provincial Court Judge of association by the appellant with either of his co-accused, an essential ingredient of the crime of conspiracy, and therefore no basis existed for a committal for trial. The appellant argued that while there was no case directly on point in this Court, the weight of authority established that *certiorari* was available in Canada to quash a committal for trial and that an absence of evidence on an essential point was a ground for such relief. The Court was referred to many authorities, including *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133 (N.S. C.A.); *Procureur général du Québec v. Poirier*, [1981] C.A. 228, *sub nom. Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Stillo v. R.* (1981), 22 C.R. (3d) 224 (Ont. C.A.); *R. v. Boylan* (1979), 8 C.R. (3d) 36 (Sask. C.A.); *Re Leroux and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 398 (Que. S.C.); *Re Mackie and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 269 (Ont. H.C.); *Re Harrigan* (1977), 17 N.B.R. (2d) 478 (C.A.); *Chromium Mining and Smelting Corp. v. Fortin*, [1968] Que. Q.B. 536; *R. v. Gibbon, Bell and Faryon* (1965), 45 C.R. 314 (Man. Q.B.) Particular reliance was placed on the case of *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen.*

Counsel for the Crown argued that the point had been settled sixty years ago in *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128, and that sound grounds of policy and law supported the proposition that had been established in the British Columbia Court of Appeal to the effect that an absence of evidence will not be grounds for review of a committal for trial by *certiorari*. He reviewed many of the cases on the subject which illustrate the different views that have been adopted in different appellate courts in Canada and submitted that this Court should set the matter at rest with a clear pronouncement.

l'on a statué que l'absence totale de preuve lors de l'enquête préliminaire ne touche pas à la question de compétence et ne permet pas l'annulation par voie de *certiorari*.

En cette Cour, les débats ont eu lieu en tenant pour acquis qu'il n'y avait eu, devant le juge de la Cour provinciale, aucune preuve de l'existence d'une association entre l'appelant et l'un ou l'autre de ses coaccusés, laquelle est un élément essentiel du crime de complot, et que le renvoi au procès n'était donc pas fondé. L'appelant a soutenu que même si aucun arrêt de cette Cour ne porte directement sur ce point, la jurisprudence prépondérante veut qu'au Canada on puisse avoir recours au *certiorari* pour annuler un renvoi au procès et que l'absence de preuve quant à un élément essentiel justifie un tel redressement. On a renvoyé la Cour à de nombreuses décisions dont *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133 (C.A. N.-É); *Procureur général du Québec c. Poirier*, [1981] C.A. 228 *sub nom. Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Stillo v. R.* (1981), 22 C.R. (3d) 224 (C.A. Ont.); *R. v. Boylan* (1979), 8 C.R. (3d) 36 (C.A. Sask.); *Re Leroux and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 398 (C.S. Qué.); *Re Mackie and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 269 (H.C. Ont.); *Re Harrigan* (1977), 17 N.B.R. (2d) 478 (C.A.); *Chromium Mining and Smelting Corp. v. Fortin*, [1968] B.R. 536; *R. v. Gibbon, Bell and Faryon* (1965), 45 C.R. 314 (B.R. Man.) On a particulièrement insisté sur l'arrêt *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen.*

Le substitut du procureur général a soutenu que ce point a été tranché il y a soixante ans dans l'arrêt *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128, et qu'il y a des motifs valables de droit et de principe à l'appui de la proposition de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique portant que l'absence de preuve ne justifie pas la révision d'un renvoi au procès par voie de *certiorari*. Il a étudié un bon nombre d'arrêts sur le sujet qui illustrent les différents points de vue adoptés par diverses cours d'appel au Canada et il a soutenu que cette Cour devait trancher la question de façon définitive par une décision non équivoque.

In approaching the case at bar I refer, firstly, to *Patterson v. The Queen* where, at a preliminary hearing into a charge of using an instrument to procure a miscarriage, the committing magistrate refused to order the production of statements made by two Crown witnesses. The accused was committed for trial and on application for a writ of *certiorari* the committal was quashed. The committal was restored in the Court of Appeal and the accused appealed to this Court. Judson J., speaking for himself, Abbott, Martland, Ritchie, and Pigeon JJ., Spence J. dissenting, said at pp. 411-12:

> I intend to confine these reasons within the very narrow issues raised by the case and to repeat what has been emphasized so often that if it is sought to review a committal for trial, there is only one ground for action by the reviewing Court and that is lack of jurisdiction. The refusal by the magistrate, on this hearing, to order production of these statements does not go to the question of jurisdiction. In the first place, I think that his ruling was correct and, further, even if it was in error that there would still be no problem of jurisdiction.

Hall J. concurred in the result. This case I take to be clear authority for the proposition that an error in law during the course of exercising a jurisdiction is not itself jurisdictional and will not be reviewed on *certiorari*. The *Patterson* case was followed and approved in this Court in *Attorney General of Quebec v. Cohen*. Pigeon J. wrote the judgment in this Court in the *Cohen* case and referred with approval to the case of *Norgren* in the British Columbia Court of Appeal which dealt with the same point. The British Columbia Court of Appeal later followed and approved *Norgren* in the case of *Kopan*. These cases all have their roots in the judgment of Lord Sumner in the *Nat Bell* case and carry the authority of this Court.

The two cases upon which most of the argument centred in this appeal are *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* in the Ontario Court of Appeal and in this Court, and *Forsythe v. The Queen* in this Court. It was argued that these cases had modified, or at least cast doubt on, the earlier cases relied upon by the Crown. In the *Martin* case

Je commencerai l'étude du présent pourvoi en examinant d'abord l'arrêt *Patterson c. La Reine* où, lors d'une enquête préliminaire sur une accusation d'avoir employé un instrument avec l'intention de procurer un avortement, le magistrat avait refusé d'ordonner la production des déclarations faites par deux témoins de la poursuite. L'accusé a été renvoyé à son procès et le renvoi a été annulé par suite d'une demande de *certiorari*. La Cour d'appel a rétabli le renvoi au procès et l'accusé a interjeté appel à cette Cour. Le juge Judson, aux motifs duquel les juges Abbott, Martland, Ritchie et Pigeon ont souscrit, le juge Spence étant dissident, affirme aux pp. 411 et 412:

> J'ai l'intention de limiter les présents motifs aux seuls points précis que soulève cette affaire, et de répéter ce sur quoi on a si souvent insisté, savoir qu'il n'y a qu'un seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès, c'est le défaut de compétence. Le refus du magistrat, à l'enquête préliminaire, d'ordonner la production de ces déclarations ne touche pas à la question de compétence. D'abord, je crois que sa décision était bonne mais, même s'il s'était trompé, il n'y en aurait pas plus un problème de compétence.

Le juge Hall a souscrit au résultat du pourvoi. Je considère que cet arrêt constitue clairement un précédent qui permet d'affirmer qu'une erreur de droit commise dans l'exercice d'une compétence n'est pas en soi une erreur de compétence et n'est pas révisable par voie de *certiorari*. Cette Cour a approuvé et suivi l'arrêt *Patterson* dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Cohen*. Le juge Pigeon a rédigé les motifs de cette Cour dans l'arrêt *Cohen* et il a mentionné et approuvé l'arrêt *Norgren* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui porte sur le même point. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, par la suite, approuvé et suivi l'arrêt *Norgren* dans l'arrêt *Kopan*. Ces arrêts découlent tous du jugement de lord Sumner dans l'affaire *Nat Bell* et ont été adoptés par cette Cour.

Les deux arrêts sur lesquels a porté la majeure partie de l'argumentation en l'espèce sont les arrêts *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* en Cour d'appel de l'Ontario et en cette Cour et l'arrêt *Forsythe c. La Reine* en cette Cour. On a soutenu que ces arrêts avaient modifié les arrêts antérieurs invoqués par la poursuite, ou du

orders of committal had been made after a preliminary hearing and then quashed in the High Court on *certiorari*. The basis of the quashing order in the High Court was that there was error of law on the face of the record. The issue in the Court of Appeal then became, in the words of Estey C.J.O. (as he then was), "whether *certiorari* is available to quash a committal for trial where there is an error of law on the face of the record" (p. 484). He went on to say that the Court of Appeal of Ontario had already applied the principle that excess or want of jurisdiction was the only ground upon which *certiorari* might apply and referred on this point to the Ontario cases of *R. v. Botting*, [1966] 3 C.C.C. 373 and *Re Stewart and The Queen (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281, and to the *Norgren* case in the British Columbia Court of Appeal. He then observed, as I have done, that these cases find their roots in the *Nat Bell* case. As to the extent of review on jurisdictional grounds, he referred to the words of Lord Sumner in the *Nat Bell* case to the effect that:

> On *certiorari*, so far as the presence or absence of evidence becomes material, the question can, at most, be whether any evidence at all was given on the essential point referred to. Its weight is entirely for the inferior Court: . . .

Estey C.J.O. then went on to say, at pp. 486-87:

> The *Code* asserts this principle. Where there is any evidence at all upon a charge or issue arising thereunder, the Provincial Court Judge is called upon by s. 475 of the *Code* to hear it and determine "if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial . . . "; and his decision is not subject to review.

Applying these judgments, some of which are binding upon this Court, we conclude that the learned Provincial Court Judge here acted within his jurisdiction, unless it can be said that he committed these respondents on the counts specified without any evidence at all, in the sense of an entire absence of proper material as a basis for the formation of a judicial opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial. That is quite a

moins soulevé un doute à leur sujet. Dans l'arrêt *Martin*, les ordonnances de renvoi au procès ont été prononcées après une enquête préliminaire et ensuite annulées par la Haute Cour, par voie de *certiorari*. Le motif de l'annulation en Haute Cour a été qu'il y avait une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier. La question alors soumise à la Cour d'appel était, pour reprendre les termes du juge Estey, alors juge en chef de l'Ontario, [TRADUCTION] «de savoir si on peut recourir au *certiorari* pour annuler un renvoi au procès lorsqu'il y a une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier» (p. 484). Il a poursuivi en disant que la Cour d'appel de l'Ontario avait déjà appliqué le principe selon lequel l'abus ou l'absence de compétence sont les seuls motifs qui peuvent donner lieu à *certiorari* et a mentionné à ce propos les arrêts ontariens *R. v. Botting*, [1966] 3 C.C.C. 373 et *Re Stewart and The Queen (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281, ainsi que l'arrêt *Norgren* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il a fait ensuite remarquer, comme je l'ai fait, que ces arrêts découlent de l'arrêt *Nat Bell*. Quant à la portée de la révision pour des motifs de compétence, il cite les propos suivants de lord Sumner dans l'arrêt *Nat Bell*:

> [TRADUCTION] Dans le cas du *certiorari*, pour autant que la présence ou l'absence d'éléments de preuve importe, on ne peut que se demander si un élément de preuve quelconque a été présenté au sujet du point essentiel mentionné. Son poids est laissé entièrement à l'appréciation du tribunal inférieur: . . .

Le juge Estey, juge en chef de l'Ontario, ajoute aux pp. 486 et 487:

> [TRADUCTION] Le *Code* affirme ce principe. S'il y à un élément de preuve quelconque au sujet d'une accusation ou d'une question qui en découle, le juge de la Cour provinciale doit, en vertu de l'art. 475 du *Code*, l'entendre et déterminer «si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement . . . »; et sa décision n'est pas susceptible de révision.

En appliquant ces décisions, dont certaines lient la Cour, nous concluons que le savant juge de la Cour provinciale n'a pas outrepassé sa compétence en l'espèce, à moins qu'on ne puisse dire que sa décision de renvoyer ces intimés pour surbir leur procès sur les chefs d'accusation indiqués ne repose sur aucun élément de preuve, au sens d'une absence totale d'éléments qui auraient pu servir de fondement à l'opinion judiciaire que la preuve

different question from the question "whether in the opinion of the reviewing tribunal there was evidence upon which a properly instructed jury acting judicially could convict". It remained, therefore, to examine the excerpts of evidence, as placed before this Court from the lengthy transcript taken at the preliminary hearing, in order to determine whether there was any evidence at all on which the committing tribunal was able to base its opinion to commit, as required by the terms of the *Code* already cited. There is, of course, a considerable volume of evidence, testimonial and documentary, and it is my view that in the case of each of the three respondents there is sufficient evidence relating to the charges and the counts in issue to call upon the learned Provincial Judge to form an opinion as to whether there was sufficient evidence to commit the accused for trial, pursuant to s. 475, ... Having properly directed his mind to the evidence and to the question of whether there was "sufficient evidence" to commit, his decision is not subject to review.

The order to quash was reversed. The appeal to this Court was dismissed.

In the *Martin* case Estey C.J.O. went far to rationalize the conflicting case law on this question. As I read his judgment in that case, he recognized that the remedy of *certiorari* was jurisdictional and that it could be invoked only to cure jurisdictional error. He went on to say that it would lie to quash a committal for trial on this basis only where there was a total absence of evidence before the committing justice on which he could commit. He went on to state the test of sufficiency of evidence for a committal and drew a distinction between that amount of evidence which would warrant a committal for trial, and that lesser amount which, though not being sufficient to warrant a committal, would be sufficient to compel the committing justice to examine the evidence and reach a judicial opinion as to its sufficiency. He concluded by saying that there was such evidence, that is, evidence sufficient to put the committing justice to a decision as to its sufficiency and that, after the committing justice had addressed his mind to the evidence and reached his conclusion, the decision was not reviewable on *certiorari* even though wrong in law. This judgment was affirmed in this Court and is, in my view, consistent with the judgment of this

est suffisante pour renvoyer les accusés à leur procès. Voilà qui est tout à fait différent de la question «de savoir si, de l'avis du tribunal qui effectue la révision, il y avait suffisamment d'éléments de preuve qui permettraient à un jury ayant reçu des directives appropriées de prononcer un verdict de culpabilité». Il a donc fallu procéder à l'examen des extraits tirés de la transcription volumineuse de l'enquête préliminaire, qu'on a produits en cette Cour, afin de déterminer s'il y avait, comme l'exige le *Code*, suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi au procès. Il y a certes une preuve testimoniale et documentaire considérable et j'estime que la preuve relative aux chefs d'accusation en cause était suffisante dans le cas de chacun des trois intimés pour que le savant juge de la Cour provinciale puisse se faire une opinion sur la question de savoir s'il existait des éléments de preuve suffisants pour renvoyer les accusés à leur procès, conformément à l'art. 475 ... Puisqu'il a bien analysé la preuve et la question de savoir si la «preuve [était] suffisante» à cet égard, sa décision n'est pas susceptible de révision.

L'ordonnance d'annulation a été infirmée. Le pourvoi interjeté à cette Cour a été rejeté.

Dans l'arrêt *Martin*, le juge Estey, juge en chef de l'Ontario, a tenté de rationaliser la jurisprudence contradictoire sur cette question. Selon mon interprétation de ses motifs dans cet arrêt, il reconnaît que le *certiorari* porte sur la compétence et qu'on ne peut l'invoquer que pour remédier à une erreur de compétence. Il poursuit en disant qu'il serait possible d'y recourir pour annuler un renvoi au procès pour ce motif seulement s'il y avait absence totale d'éléments de preuve qui auraient permis au magistrat qui a présidé à l'enquête préliminaire d'ordonner le renvoi au procès. Il énonce ensuite le critère de la preuve suffisante applicable à un renvoi au procès et fait la distinction entre la mesure de preuve qui justifierait un renvoi au procès et la mesure moindre qui, bien qu'insuffisante pour justifier un renvoi au procès, suffirait pour obliger le magistrat qui préside à l'enquête préliminaire à examiner la preuve et à se faire une opinion quant à son caractère suffisant. Il conclut en disant qu'une telle preuve existait, c'est-à-dire une preuve suffisante pour obliger le magistrat qui préside à l'enquête préliminaire à décider si celle-ci est suffisante et que, après que le magistrat eut prêté attention à la preuve et tiré sa conclusion, sa décision n'était pas susceptible de

Court in *Forsythe* in which case it was held that only a denial of natural justice or a failure to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code* would justify a review and quashing of a committal by *certiorari*.

To apply the above proposition to the case at bar, it should first be recognized that the parties argued the case before us on the basis that there was no evidence before the trial judge. Counsel for the Crown put it that there was no evidence of an essential ingredient of a charge of conspiracy, that is, evidence of agreement. While it could be said then that there was no evidence sufficient to meet the test for a committal—evidence which, if believed by a properly instructed jury, would justify a conviction—it could not be said that there was no evidence at all. The evidence disclosed that Grenon had stolen the debenture and the coupons. He had then given them to Pellerin and made a moulding from which a false serial number was made and put on the documents. The evidence also showed that Pellerin had approached an employee of the Royal Trust Company branch office on Grant Street in Victoria and had attempted to arrange for the negotiation of the debenture or coupons. She refused to cooperate but, after a day or two, the appellant went to the same branch of the Royal Trust Company, opened an account and negotiated the debenture coupons under a false name.

Now the parties have conceded that there was no direct evidence of association. Whatever one might think of the validity of such a concession by the Crown, it is abundantly clear that the committing justice, having heard the evidence described above, was confronted with the task of deciding whether or not there was evidence of association, and whether or not there was evidence to warrant a committal. There was no absolute lack of evi-

révision par voie de *certiorari*, même si elle était erronée en droit. Cette Cour a confirmé cet arrêt qui, à mon avis est compatible avec l'arrêt *Forsythe* dans lequel cette Cour a statué que seul le déni de justice naturelle ou l'omission de se conformer aux dispositions de l'art. 475 du *Code criminel* qui portent sur la compétence pourrait justifier la révision et l'annulation du renvoi au procès par voie de *certiorari*.

Pour appliquer l'énoncé ci-dessus à la présente espèce, il faut d'abord reconnaître que les parties ont débattu l'affaire devant nous en tenant pour acquis qu'aucun élément de preuve n'avait été soumis au juge du procès. Le substitut du procureur général a soutenu qu'il y avait absence de preuve sur un élément essentiel de l'accusation de complot, c'est-à-dire la preuve de l'existence d'une entente. Bien qu'on puisse dire alors qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour satisfaire au critère applicable à un renvoi au procès—une preuve qui, si un jury ayant reçu des directives appropriées y avait ajouté foi, aurait justifié une déclaration de culpabilité—on ne peut pas dire qu'il y avait absence totale de preuve. La preuve a démontré que Grenon avait volé la débenture et les coupons. Il les a donnés à Pellerin et a fabriqué un moule à partir duquel un faux numéro de série a été produit et apposé sur les documents. La preuve a aussi révélé que Pellerin était entré en communication avec une employée de la Compagnie Royal Trust, à la succursale de la rue Grant à Victoria, et qu'il avait tenté de prendre des arrangements en vue de négocier la débenture ou les coupons. L'employée a refusé son concours, mais un jour ou deux plus tard, l'appelant s'est présenté à la même succursale de la compagnie Royal Trust, a ouvert un compte et négocié les coupons de la débenture sous un faux nom.

Les parties reconnaissent maintenant qu'il n'y a eu aucune preuve directe de l'existence d'une association. Quoiqu'on puisse penser de la valeur d'une telle reconnaissance par la poursuite, il est très clair qu'après avoir entendu la preuve mentionnée ci-dessus, le magistrat qui a présidé à l'enquête préliminaire devait décider s'il y avait ou non une preuve de l'existence d'une association et s'il y avait ou non une preuve qui justifiait un renvoi au

dence, as described by Estey C.J.O. in *Martin*. The formation of a judicial opinion by the committing justice was therefore required under s. 475 of the *Criminal Code*. The justice's words in giving judgment reveal that he addressed the evidence and formed his opinion as to its sufficiency. His judgment then is not reviewable in proceedings by *certiorari*. It should be remembered that there were no concessions as to sufficiency of evidence made before the committing justice. He was required to address the question and reach his own conclusion. He did so, and, even though it may have been wrong in law, it is, in my view, unreviewable.

This question came to this Court again in the case of *Forsythe v. The Queen*. In that case, on a preliminary inquiry concerning a charge of rape, the appellant was denied the right to question the complainant with respect to her past sexual conduct with persons other than the accused in the *in camera* hearing held under s. 142 of the *Criminal Code*. He was also refused the right to examine the notes of a police officer made during an interview with the complainant and to cross-examine on them. He was committed for trial. He applied for an order quashing the committal which was denied in the Supreme Court of Ontario and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. He appealed to this Court. The Chief Justice wrote the judgment for a unanimous Court and held that *certiorari* may be involved to quash a committal. He referred to the *Patterson* case and said, at pp. 271-72:

> In speaking of lack of jurisdiction, this Court was not referring to lack of initial jurisdiction of a judge or a magistrate to enter upon a preliminary inquiry. This is hardly a likelihood. The concern rather was with the loss of this initial jurisdiction and, in my opinion, the situations in which there can be a loss of jurisdiction in the course of a preliminary inquiry are few indeed. However, jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*: see *Doyle v. The Queen* [1977] 1 S.C.R. 597. Canadian law recognizes that a denial of natural justice goes to jurisdiction: see *Alliance des Professeurs catholiques de*

procès. Il n'y avait pas absence totale de preuve comme le mentionne le juge Estey, juge en chef de l'Ontario, dans l'arrêt *Martin*. Le magistrat qui présidait à l'enquête préliminaire était donc tenu de se faire une opinion judiciaire en vertu de l'art. 475 du *Code criminel*. Les mots employés par le magistrat dans ses motifs de jugement révèlent qu'il a prêté attention à la preuve soumise et qu'il s'est fait une opinion sur son caractère suffisant. Sa décision n'est donc pas susceptible de révision par voie de *certiorari*. Il faut se rappeler que l'on n'a pas reconnu le caractère suffisant de la preuve devant le magistrat qui a présidé à l'enquête préliminaire. Il devait se poser la question et tirer sa propre conclusion. C'est ce qu'il a fait et même s'il peut avoir commis une erreur de droit, j'estime qu'elle n'est pas susceptible de révision.

La même question a été soumise de nouveau à cette Cour dans l'arrêt *Forsythe c. La Reine*. Dans cette affaire, l'appelant s'était vu refuser, à l'enquête préliminaire portant sur une accusation de viol, le droit d'interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur avec des personnes autres que l'accusé, lors d'une audition à huis clos tenue en vertu de l'art. 142 du *Code criminel*. Il s'était également vu refuser le droit de prendre connaissance des notes rédigées par un policier pendant une entrevue avec la plaignante et de contre-interroger à leur propos. L'appelant a été renvoyé à son procès. La Cour suprême de l'Ontario a rejeté sa demande d'annulation du renvoi au procès et l'appel qu'il a interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Il s'est pourvu en cette Cour. Le Juge en chef a rédigé le jugement unanime de la Cour et statué qu'on peut recourir au *certiorari* pour faire annuler un renvoi au procès. Il a mentionné l'arrêt *Patterson* et affirmé, aux pp. 271 et 272:

> En parlant du défaut de compétence, cette Cour ne faisait pas référence au défaut de compétence initial du juge ou du magistrat de commencer une enquête préliminaire. C'est un cas peu probable. Il s'agissait plutôt de la perte de cette compétence initiale et, à mon avis, il n'y a que fort peu de cas où il peut y avoir perte de compétence pendant une enquête préliminaire. Cependant, un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel*: voir l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597. Le droit canadien reconnaît qu'un déni de justice naturelle porte atteinte à la compétence: voir l'arrêt *Alliance*

Montréal v. Labour Relations Board of Quebec [1953] 2 S.C.R. 140. In the case of a preliminary inquiry, I cannot conceive that this could arise otherwise than by a complete denial to the accused of a right to call witnesses or of a right to cross-examine prosecution witnesses. More disallowance of a question or questions on cross-examination or other rulings on proffered evidence would not, in my view, amount to a jurisdictional error. However, the judge or magistrate who presides at a preliminary inquiry has the obligation to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*.

des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec, [1953] 2 R.C.S. 140. Dans le cas d'une enquête préliminaire, je ne peux concevoir que cela se produise à moins que l'accusé ne se voie totalement refuser le droit de citer des témoins ou de contre-interroger les témoins de la poursuite. Le simple rejet d'une ou de plusieurs questions en contre-interrogatoire ou d'autres décisions sur la preuve avancée ne constituent pas, à mon avis, une erreur portant atteinte à la compétence. Cependant, le juge ou le magistrat présidant à l'enquête préliminaire doit obéir aux dispositions relatives à la compétence de l'art. 475 du *Code criminel*.

He went on to comment on the case of *Attorney General of Quebec v. Cohen*. The *Forsythe* appeal was dismissed.

Il a ensuite commenté l'arrêt *Procureur général du Québec c. Cohen*. Le pourvoi *Forsythe* a été rejeté.

It is evident then that this Court has held that only a denial of natural justice or a failure to "obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*" will serve to permit the quashing of a committal for trial by *certiorari*.

Il est donc manifeste que cette Cour a statué que seuls le déni de justice naturelle ou l'omission d'«obéir aux dispositions relatives à la compétence de l'art. 475 du *Code criminel*» peuvent permettre d'annuler un renvoi au procès par voie de *certiorari*.

How would this apply to the case at bar? It has never been suggested that there was any denial of natural justice. The inquiry was conducted in a normal open fashion and the appellant was in no way impeded in the conduct of the case. What of the jurisdictional prescriptions of s. 475? Section 475 is reproduced hereunder:

Comment cela s'applique-t-il à l'espèce? On n'a jamais soutenu qu'il y a eu déni de justice naturelle. L'enquête s'est déroulée normalement et ouvertement et l'appelant n'a aucunement été gêné au cours des procédures. Qu'en est-il des dispositions de l'art. 475 relatives à la compétence? Voici le texte de l'art. 475:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall,

(*a*) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,

(i) commit the accused for trial, or

(ii) order the accused, where it is a corporation, to stand trial in the court having criminal jurisdiction; or

(*b*) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial.

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit,

a) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,

(i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès, ou

(ii) si la personne inculpée est une corporation, ordonner qu'elle subisse son procès devant la cour ayant juridiction criminelle; ou

b) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement.

The committing judge is required upon the conclusion of the evidence to form an opinion either that the evidence is sufficient for a committal or that it is not. If, in his opinion, it is sufficient, he must commit, and if, in his opinion, it is not, he must discharge. In his reasons the Provincial Court

Le juge qui préside à l'enquête préliminaire est tenu, après avoir recueilli tous les témoignages, de se faire une opinion sur la question de savoir si la preuve suffit pour ordonner le renvoi au procès. Si, à son avis, elle est suffisante il doit renvoyer la personne inculpée à son procès et si, à son avis, elle

Judge clearly addressed this issue and complied with the jurisdictional prescriptions of the section by forming a judicial opinion as to the sufficiency of the evidence. His words in this respect have already been referred to. Even if he was wrong in forming his opinion, it cannot be said that he lost jurisdiction in the last act of a heretofore properly conducted hearing merely by making a mistake in law. There was clearly before him enough evidence, in the words of Estey C.J.O., to require him to address the question and to form a judicial opinion as to its sufficiency for a committal. This he did with no suggestion of bias or other improper motive. Even if he was wrong, he addressed his mind to the issues and his determination is not reviewable on *certiorari*.

I would dismiss the appeal and I would say that where, in a preliminary hearing, there is no denial of natural justice then, even in an absence of evidence on an essential point in an offence charged, where the committing magistrate has addressed his mind to the requirements of s. 475 of the *Criminal Code* and decided that in his opinion there is sufficient evidence to commit, the resulting order of committal is unreviewable on *certiorari*. If it is thought necessary to provide a means of appeal or a review of committals, Parliament may do so.

Appeal allowed, BEETZ, MCINTYRE *and* CHOUINARD JJ. *dissenting*.

Solicitor for the appellant: Christopher Brennan, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Victoria.

ne l'est pas, il doit la libérer. Dans ses motifs, le juge de la Cour provinciale a clairement abordé cette question et il s'est conformé aux dispositions de l'article relatives à la compétence en se faisant une opinion quant au caractère suffisant de la preuve. J'ai déjà mentionné ses paroles à ce propos. Même s'il a commis une erreur en se faisant une opinion, on ne peut dire qu'il a perdu compétence à la toute fin d'une enquête régulièrement tenue jusque-là, uniquement parce qu'il a commis une erreur de droit. La preuve dont il disposait était nettement suffisante, selon l'expression du juge Estey, juge en chef de l'Ontario, pour qu'il doive se poser la question et se faire une opinion quant à son caractère suffisant pour justifier un renvoi au procès. Il l'a fait sans apparence de préjugé ou d'un autre motif irrégulier. Même s'il s'est trompé, il a prêté attention aux questions en présence et sa décision n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et j'ajouterais que s'il n'y a pas de déni de justice naturelle à l'enquête préliminaire, et si, même en l'absence de preuve sur un élément essentiel de l'infraction imputée, le magistrat qui préside à l'enquête a prêté attention aux exigences de l'art. 475 du *Code criminel* et a conclu que, à son avis, il y avait une preuve suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès, le renvoi qui en découle n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*. S'il est jugé nécessaire de prévoir un moyen d'appel ou une révision des renvois au procès, le législateur pourra le faire.

Pourvoi accueilli, les juges BEETZ, MCINTYRE *et* CHOUINARD *sont dissidents*.

Procureur de l'appelant: Christopher Brennan, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Robert Gould *Appellant*;

and

The Attorney General of Canada and the Solicitor General of Canada *Respondents.*

File No.: 18952.

1984: September 4.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Injunction — Elections — Right to vote — Prisoner seeking mandatory injunction permitting him to vote in federal election — Injunction refused.

Practice — Order abridging the time normally required for service of process granted — Leave to appeal granted.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1984), 54 N.R. 232, setting aside a judgment of the Trial Division, allowing appellant's interlocutory application for a mandatory injunction. Appeal dismissed.

Fergus J. O'Connor, for the appellant.

Duff Friesen, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We grant an order abridging the time normally required for service of process in these proceedings.

We grant leave to appeal the decision of the Federal Court of Appeal rendered August 31, 1984.

In our view, however, this appeal fails. We generally share the views expressed by Mr. Justice Mahoney speaking for the majority of the Federal Court of Appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Fergus J. O'Connor, Kingston.

Solicitor for the respondents: R. Tassé, Ottawa.

Robert Gould *Appelant*;

et

Le procureur général du Canada et le solliciteur général du Canada *Intimés.*

N° du greffe: 18952.

1984: 4 septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Injonction — Élections — Droit de vote — Injonction demandée par un détenu pour lui permettre de voter à l'élection fédérale — Injonction refusée.

Pratique — Ordonnance abrégeant le délai normal de signification d'actes de procédure accordée — Autorisation de pourvoi accordée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1984), 54 N.R. 232, qui a infirmé un jugement de la Division de première instance qui avait accueilli la demande d'injonction interlocutoire de l'appelant. Pourvoi rejeté.

Fergus J. O'Connor, pour l'appelant.

Duff Friesen, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous accordons une ordonnance abrégeant le délai normalement requis pour signifier les procédures en l'espèce.

Nous accordons l'autorisation de pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en date du 31 août 1984.

À notre avis, toutefois, ce pourvoi échoue. Nous partageons globalement le point de vue exprimé par le juge Mahoney au nom de la majorité en Cour d'appel fédérale. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Fergus J. O'Connor, Kingston.

Procureur des intimés: R. Tassé, Ottawa.

The Royal Bank of Canada *Appellant*;

and

First Pioneer Investments Limited, Murray Edgar Hogarth and Brian Spence *Respondents.*

File No.: 16637.

1983: November 9, 10; 1984: September 17.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Creditor and debtor — Securities — Registration — Debentures — Holder of unregistered debenture realizing assets securing the debt — Whether or not other creditors entitled to share proceeds — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 2(1).

The Royal Bank loaned Rent-A-Bug Limited, a car rental franchisor, $40,000 secured by the personal guarantee of the three principals of the parent company. To overcome a persistent overdraft situation with the Bank and chronic shortage of working capital, Rent-A-Bug's principals approached the Pioneer Group of companies one of which was a successful franchisee. First Pioneer purchased a $60,000 interest in a debenture held by Rent-A-Bug's parent company on Rent-A-Bug's assets. The debenture, despite instructions to the contrary, was never registered. When it became apparent that Rent-A-Bug was nearing financial failure, the Bank cancelled its overdraft privileges and, contrary to its agreement with Rent-A-Bug, applied the proceeds of the sale of Rent-A-Bug's U.S. business to reduce the overdraft. The debenture, having gone into default, First Pioneer proceeded to exercise its power of sale. Although the Bank had actual notice of the debenture and knew of First Pioneer's intentions, it raised no objections and called upon the personal guarantor.

The Bank sues on its own behalf and on behalf of all other unsecured creditors of Rent-A-Bug for an accounting, for a share of the proceeds of sale and for damages. Both lower courts found no taint of fraud in the actions taken by First Pioneer and dismissed the action. The issue is whether the holder of an unregistered debenture can as a secured creditor realize on his

Banque Royale du Canada *Appelante*;

et

First Pioneer Investments Limited, Murray Edgar Hogarth et Brian Spence *Intimés.*

N° du greffe: 16637.

1983: 9, 10 novembre; 1984: 17 septembre.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

Créancier et débiteur — Sûretés — Enregistrement — Débentures — Réalisation des biens garantissant la dette par le détenteur d'une débenture non enregistrée — Les autres créanciers ont-ils le droit de partager le produit de la vente? — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 2(1).

La Banque Royale a prêté à Rent-A-Bug Limited, un concédant d'agences de location d'automobiles, 40 000 $ garantis par la caution personnelle de trois dirigeants de la société mère. Pour faire face au découvert bancaire constant et au manque chronique de fonds de roulement, les dirigeants de Rent-A-Bug sont entrés en pourparlers avec le groupe de sociétés Pioneer, dont une exploitait une concession florissante. First Pioneer a acquis une part de 60 000 $ dans une débenture détenue par la société mère de Rent-A-Bug sur l'actif de cette dernière. Malgré des instructions de le faire, la débenture n'a jamais été enregistrée. Lorsqu'il est devenu clair que Rent-A-Bug frôlait la catastrophe financière, la Banque a annulé le droit au découvert et, contrairement à l'entente intervenue entre elle et Rent-A-Bug, elle a utilisé le produit de la vente de Rent-A-Bug des États-Unis pour réduire le découvert. La débenture étant en souffrance, First Pioneer a exercé son droit de faire vendre les biens. Bien que la Banque ait eu une connaissance effective de la débenture et ait été au courant des intentions de First Pioneer, elle n'a pas formulé d'opposition, mais elle s'est adressée à la caution personnelle.

La Banque poursuit pour son compte et pour le compte de tous les créanciers chirographaires de Rent-A-Bug et demande une reddition de compte, une partie du produit de la vente et des dommages-intérêts. Les cours d'instance inférieure ont conclu à l'absence d'apparence de fraude dans la conduite de First Pioneer et ont rejeté l'action. Il s'agit de savoir si le détenteur

security before unsecured creditors have a chance to intervene to avoid the transaction.

Held: The appeal should be allowed.

Registration required under s. 2(1) of *The Corporation Securities Registration Act* is to enable the parties dealing with the debtor to determine conclusively what security interests in the debtor's assets are in existence before advancing credit. The prevention of fraudulent preferences for a particular creditor is only a narrow consequence of this registration scheme. The crucial relationship at which the Act is aimed, therefore, is that between the holder of the unregistered instrument and the other unsecured creditors, rather than the relationship between the holder of the unregistered instrument and the debtor. Although the effect of the non-registration is to render void the debenture holder's preference *vis-à-vis* the unsecured creditors, the statutory requirement is not geared toward rendering the debt itself void. The unregistered debenture continues to be valid in so far as it embodies an enforceable contract.

Stein v. The Ship "Kathy K", [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, applied; *Re Shelly Films Ltd.*, [1963] 1 O.R. 431, overruled; *Clarkson v. McMaster & Co.* (1895), 25 S.C.R. 96; *Re Perrier-Roy-Therrien Ltd.*, [1970] 3 O.R. 765; *Meharg v. Lumbers* (1896), 23 O.A.R. 51; *Re Crichton Enterprises Ltd.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 43; *Baker v. Leeson* (1882), 1 O.R. 114; *Althen Drilling Co. v. Machinery Depot Ltd.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 148, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 121 D.L.R. (3d) 510, 32 O.R. (2d) 121, 39 C.B.R. (N.S.) 147, dismissing an appeal from a judgment of Parker A.C.J.H.C. Appeal allowed.

Eric R. Murray, Q.C., and *Paul S. Rouleau*, for the appellant.

A. M. Rock and *M. S. F. Watson*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This action was brought by the appellant Bank on behalf of all the creditors of a bankrupt company called Rent-A-Bug Limited

d'une débenture non enregistrée peut, à titre de créancier privilégié, exercer sa sûreté avant que les créanciers chirographaires aient l'occasion d'agir et d'empêcher l'opération.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'enregistrement exigé par le par. 2(1) de *The Corporation Securities Registration Act* vise à permettre aux parties qui sont en relations avec le débiteur d'établir de façon définitive quelles sûretés grèvent ses biens avant de lui faire crédit. La prévention de la préférence frauduleuse d'un créancier en particulier n'est qu'une conséquence limitée dè ce système d'enregistrement. Le rapport important visé par la Loi est donc le rapport entre le détenteur de la sûreté non enregistrée et les autres créanciers chirographaires plutôt que le rapport entre le détenteur de la sûreté non enregistrée et le débiteur. Bien que la conséquence du défaut d'enregistrer soit de rendre nulle la préférence du détenteur de la débenture à l'égard des autres créanciers chirographaires, l'exigence de la Loi ne tend pas à rendre la dette elle-même nulle. La débenture non enregistrée reste valide pour autant qu'elle concrétise un contrat exécutable.

Jurisprudence: arrêts appliqués: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; arrêt rejeté: *Re Shelly Films Ltd.*, [1963] 1 O.R. 431; arrêts mentionnés: *Clarkson v. McMaster & Co.* (1895), 25 R.C.S. 96; *Re Perrier-Roy-Therrien Ltd.*, [1970] 3 O.R. 765; *Meharg v. Lumbers* (1896), 23 O.A.R. 51; *Re Crichton Enterprises Ltd.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 43; *Baker v. Leeson* (1882), 1 O.R. 114; *Althen Drilling Co. v. Machinery Depot Ltd.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 148.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 121 D.L.R. (3d) 510, 32 O.R. (2d) 121, 39 C.B.R. (N.S.) 147, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Parker, juge en chef adjoint de la Haute Cour. Pourvoi accueilli.

Eric R. Murray, c.r., et *Paul S. Rouleau*, pour l'appelante.

A. M. Rock et *M. S. F. Watson*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'action a été intentée par la Banque appelante pour le compte de tous les créanciers d'une société commerciale faillie appe-

("Rent-A-Bug"). Because the appellant has made allegations of fraud and improper dealing against the respondents it is necessary to review the facts giving rise to the action in some detail.

1. The facts

Rent-A-Bug was a car rental franchisor which, after an initial period of rapid expansion in 1973 and early 1974, through a series of circumstances beyond its control fell upon hard times. The concept of the franchise was that franchise holders would operate car rental agencies which dealt exclusively in Volkswagen "Beetles". At one point franchises were in existence from British Columbia to Quebec and in parts of the United States and England. Rent-A-Bug provided its franchise holders with the following services:

(1) the right to use the Rent-A-Bug name and have the advantage of the company's advertising and other promotional material;

(2) group discounts on purchases of "Beetles" from Volkswagen;

(3) group discounts on insurance;

(4) a system-wide car reservation plan; and (in some cases)

(5) accounting services.

In return the franchise holders paid Rent-A-Bug a royalty of 10 per cent of their sales.

The principals of Rent-A-Bug were initially R. Wisener, J. R. Sorrenti and H. Sorrenti who held Rent-A-Bug through a parent company, Duffcote Holdings. Rent-A-Bug's banker was the appellant, the Royal Bank. The Royal Bank had loaned Rent-A-Bug $40,000 secured by the personal guarantee of Wisener and the Sorrentis. Rent-A-Bug also ran a large overdraft with the Royal Bank in its operating account. Rent-A-Bug's overdraft fluctuated from time to time and at one point in March 1974 it reached as high as $36,452.93. Under more ordinary circumstances it seems to have been in the $10,000 to $20,000 range.

lée Rent-A-Bug Limited («Rent-A-Bug»). Parce que l'appelante allègue des actes de fraude et des irrégularités de la part des intimés, il est nécessaire d'analyser en détail les faits qui ont donné lieu à la présente action.

1. Les faits

Rent-A-Bug était un concédant d'agences de location d'automobiles qui, après une première période de croissance rapide en 1973 et au début de 1974, a traversé des temps difficiles à cause d'un ensemble de circonstances hors de son contrôle. L'idée de la concession était que le concessionnaire exploitait des agences de location d'automobiles qui louaient exclusivement des «coccinelles» Volkswagen. À un moment donné, il y avait des concessions de la Colombie-Britannique au Québec, dans certaines parties des États-Unis et de l'Angleterre. Rent-A-Bug fournissait aux concessionnaires les services suivants:

1) le droit d'utiliser l'appellation Rent-A-Bug et le bénéfice de la publicité de la société et d'autres articles publicitaires;

2) des escomptes de volume sur l'achat de «coccinelles» de Volkswagen;

3) des escomptes de volume sur l'assurance;

4) un système de réservation sur tout le réseau et (dans certains cas)

5) des services de comptabilité.

En échange, les concessionnaires payaient à Rent-A-Bug une redevance équivalant à 10 p. 100 de leurs ventes.

Les dirigeants de Rent-A-Bug étaient au début R. Wisener, J. R. Sorrenti et H. Sorrenti qui possédaient Rent-A-Bug par l'intermédiaire d'une société mère, Duffcote Holdings. L'appelante, la Banque Royale, était le banquier de Rent-A-Bug. La Banque Royale a prêté 40 000 $ à Rent-A-Bug garantis par la caution personnelle de Wisener et des Sorrenti. Le compte d'exploitation de Rent-A-Bug à la Banque Royale avait également un découvert. Le découvert de Rent-A-Bug variait et a atteint, en mars 1974, la somme de 36 452,93 $. Normalement, il semble qu'il se situait entre dix et vingt-mille dollars.

The respondent, First Pioneer Investments Limited ("First Pioneer") is part of the "Pioneer" group of companies controlled by the respondent Hogarth. It would appear that all of the shares in the relevant Pioneer Companies were held by Hogarth or members of his immediate family. The respondent Spence was an employee of First Pioneer and was responsible on a day-to-day basis for the company's involvement with Rent-A-Bug.

In late 1973 and early 1974 because of its rapid expansion Rent-A-Bug was chronically short of working capital. Pioneer Petroleum, one of the Pioneer group of companies, operated gas stations along the Niagara Peninsula and in conjunction with these operations ran a successful Rent-A-Bug franchise. The principals of Rent-A-Bug approached the Pioneer companies in search of working capital. At first this involved the prepayment of royalties but in December of 1973 First Pioneer purchased a $60,000 interest in a $110,000 debenture held by Duffcote Holdings, Rent-A-Bug's parent company, on Rent-A-Bug's assets.

In 1974 First Pioneer made a series of loans to Rent-A-Bug in order to inject working capital. It received as security a debenture for $55,000 from Rent-A-Bug, the debenture being dated March 15, 1974. Rent-A-Bug's lawyers were instructed to register the debenture but they failed to do so. This debenture is the subject of the present action.

At the same time Hogarth and Spence became officers and directors of Rent-A-Bug. From that time forward Spence assumed major responsibility for overseeing Rent-A-Bug's day-to-day operations. While things went well for Rent-A-Bug in the summer of 1974, the bottom fell out of the business in the fall and winter of 1974 and early 1975. There were several reasons for this decline. In the fall of 1974 Volkswagen discontinued the manufacture of Beetles. The Volkswagen "Rabbit" was in short supply and did not represent a viable alternative. Furthermore it was discovered that the company had no trade mark on the Rent-A-Bug name and Volkswagen dealers across the country were opening up car rental agencies and trading on Rent-A-Bug's goodwill. Finally, the

L'intimée First Pioneer Investments Limited («First Pioneer») appartient au groupe de sociétés «Pioneer» contrôlées par l'intimé Hogarth. Il appert que toutes les actions des sociétés Pioneer en cause appartenaient à Hogarth ou à des membres de sa proche famille. L'intimé Spence était un employé de First Pioneer et s'occupait de l'administration quotidienne de la société avec Rent-A-Bug.

À la fin de 1973 et au début de 1974, à cause de son expansion rapide, Rent-A-Bug était toujours à court de fonds de roulement. Pioneer Petroleum, une des sociétés du groupe Pioneer, tenait des stations d'essence dans la péninsule du Niagara et, en même temps, exploitait une concession florissante de Rent-A-Bug. Les dirigeants de Rent-A-Bug sont entrés en pourparlers avec les sociétés Pioneer à la recherche de fonds de roulement. Au début, il s'est agi du paiement par anticipation de redevances, mais en décembre 1973 First Pioneer a acquis une part de 60 000 $ dans une débenture de 110 000 $ que Duffcote Holdings, la société mère de Rent-A-Bug, détenait sur l'actif de celle-ci.

En 1974, First Pioneer a consenti un certain nombre de prêts à Rent-A-Bug pour lui injecter des fonds de roulement. Elle a reçu en garantie de Rent-A-Bug une débenture de 55 000 $ datée du 15 mars 1974. Les avocats de Rent-A-Bug ont reçu instruction d'enregistrer la débenture, mais ils ont omis de le faire. C'est cette débenture qui fait l'objet de la présente action.

À la même époque, Hogarth et Spence sont devenus dirigeants et administrateurs de Rent-A-Bug. À compter de cette époque, Spence a pris la responsabilité d'administrer les opérations quotidiennes de Rent-A-Bug. Même si les choses se sont bien passées pour Rent-A-Bug durant l'été de 1974, l'affaire s'est effondrée au cours de l'automne et de l'hiver 1974 et au début de 1975. Il y avait plusieurs motifs à ce déclin. En automne 1974, Volkswagen a cessé de fabriquer des «coccinelles». L'approvisionnement de «Rabbit» de Volkswagen était insuffisant et cette voiture ne représentait pas une solution de rechange viable. De plus, on a découvert que la société n'avait pas de marque de commerce sur l'appellation Rent-A-Bug et les concessionnaires Volkswagen de tout le

advent of provincial car insurance in British Columbia made the national group insurance services offered by Rent-A-Bug useless to its franchise holders in that province.

The net result of these developments was that Rent-A-Bug had no services of value to offer its franchise holders and the latter either dropped out or refused or were unable to make their royalty payments. In the course of this decline Rent-A-Bug was still running up bills and the company took a number of initiatives to cut down on its costs and to generate new capital. The most important of these was the sale in October 1974 of Rent-A-Bug's United States business for $45,000. Rent-A-Bug had an agreement with the Bank that these funds would be earmarked as operating funds and would not be used by the Bank to pay down the company's overdraft. In fact, however, the Bank subsequently cancelled Rent-A-Bug's overdraft privileges and applied part of the money to the payment of the existing overdraft. With franchise holders unwilling to pay royalties and the Bank unwilling to extend further credit, it was probably apparent to all concerned by early 1975 that the company's chances of survival were slim, if not non-existent.

On February 19, 1975 First Pioneer acted on its debenture which was in default and appointed Spence as receiver. In short order Spence came to the conclusion that the company was not viable and proceeded to value its assets. He valued the office furniture at $2,730 and the remaining franchises at $10,000. He sold those assets to Pioneer Computing, another member of the Pioneer group, for $12,730. The proceeds of the sale were returned to First Pioneer in partial satisfaction of its debenture.

Pioneer Computing subsequently changed its name to Pioneer Rent-A-Car and continued to operate the original Rent-A-Bug franchise system. Pioneer Rent-A-Car advised the holders of the Rent-A-Bug franchises that it would continue the accounting and other services which Rent-A-Bug

Le résultat net de ces événements a été que Rent-A-Bug n'avait plus de services utiles à offrir à ses concessionnaires et ces derniers abandonnaient l'affaire, refusaient ou étaient incapables de payer les redevances. Pendant cette période de déclin, Rent-A-Bug engageait encore des dépenses et la société a pris un certain nombre de mesures pour diminuer ses coûts et créer du nouveau capital. La plus importante de ces mesures a été la vente, en octobre 1974, de l'entreprise Rent-A-Bug des États-Unis pour 45 000 $. Il était entendu entre Rent-A-Bug et la Banque que ces sommes seraient affectées au fonds d'exploitation et que la Banque ne s'en servirait pas pour réduire le découvert de la société. En réalité toutefois, la Banque a annulé le droit de Rent-A-Bug au découvert et a utilisé une partie de la somme au remboursement du découvert courant. Puisque les concessionnaires ne voulaient plus payer les redevances et que la Banque ne voulait plus faire crédit, il était probablement manifeste pour tous les intéressés au début de 1975 que les chances de la société de s'en sortir étaient minces, sinon nulles.

Le 19 février 1975, First Pioneer a fait valoir ses droits en vertu de la débenture qui était en souffrance et a nommé Spence à titre de séquestre. Sur le champ, Spence est arrivé à la conclusion que la société n'était pas viable et en a évalué l'actif. Il a évalué le mobilier de bureau à 2 730 $ et les concessions restantes à 10 000 $. Il a vendu cet actif à Pioneer Computing, une autre société du groupe Pioneer, pour le prix de 12 730 $. Les recettes de la vente ont été remises à First Pioneer en paiement partiel de sa débenture.

Pioneer Computing a par la suite changé sa raison sociale qui est devenue Pioneer Rent-A-Car et a poursuivi l'exploitation du système initial de concessions de Rent-A-Bug. Pioneer Rent-A-Car a indiqué aux concessionnaires de Rent-A-Bug qu'elle continuerait de fournir des services de

had provided but at a reduced royalty of 5 per cent. Within six months Pioneer Rent-A-Car was out of business.

No evidence was presented to contradict Spence's assertion that he had valued Rent-A-Bug's office furniture fairly. Both Spence and Hogarth testified that in order to protect himself as receiver Spence had over-valued the Rent-A-Bug franchise. Hogarth's testimony forces one to the conclusion that the only reason Pioneer Computing paid $10,000 for the franchises was that it knew that First Pioneer would get the money back on its debenture. In fact, it is probably fair to say that the franchises were worthless.

The Bank had actual notice of First Pioneer's debenture and its intentions throughout the relevant time period. No objection was made to Spence's appointment as receiver. Instead the Bank called upon Wisener as guarantor of its $40,000 loan. The present action is in fact being financed by Wisener. The Bank is merely lending its name to the proceedings.

2. At trial

The case was tried before Parker A.C.J.H.C. who on November 7, 1974 found in favour of the respondents. In essence he found that while the circumstances of Spence's actions as receiver were such as to raise a presumption of fraud, the respondents had effectively rebutted that presumption. In particular, he found that Spence had been appointed as receiver in a *bona fide* attempt to make the Pioneer rental business viable and that this was done with the knowledge of the Bank. He further held that Spence's sale of Rent-A-Bug's assets to Pioneer Computing was a final attempt to recoup a small portion of First Pioneer's investment and that this did not constitute fraud. The respondents' reasoning for why Spence was appointed receiver instead of an outsider and why he did not seek an independent appraisal of Rent-A-Bug's assets was, in effect, that First Pioneer

comptabilité et les autres services que Rent-A-Bug avait déjà fournis, mais à un taux réduit de redevances de 5 p. 100. Moins de six mois plus tard, Pioneer Rent-A-Car fermait ses portes.

Aucun élément de preuve n'a été soumis pour contredire l'affirmation de Spence qu'il avait fait une évaluation honnête des meubles de bureau appartenant à Rent-A-Bug. Spence et Hogarth ont déposé que, dans le but de se protéger à titre de séquestre, Spence avait surévalué les concessions Rent-A-Bug. La déposition de Hogarth nous amène à conclure que la seule raison pour laquelle Pioneer Computing a payé les concessions 10 000 $, c'est qu'elle savait que First Pioneer récupérerait cette somme en vertu de la débenture qu'elle détenait. En réalité, il est probablement juste d'affirmer que les concessions ne valaient rien.

Pendant toute la période en cause la Banque était effectivement au courant de l'existence de la débenture de First Pioneer et de ses intentions. Personne ne s'est opposé à la nomination de Spence à titre de séquestre. La Banque s'est plutôt adressée à Wisener en tant que caution du prêt de 40 000 $. C'est Wisener qui en réalité supporte les frais de la présente action. La Banque n'est qu'un simple prête-nom dans ces procédures.

2. Le procès

La cause a été entendue par le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour qui, le 7 novembre 1974, a donné raison aux intimés. Essentiellement, il a conclu que, même si les circonstances accompagnant les agissements de Spence à titre de séquestre étaient de nature à soulever une présomption de fraude, les intimés avaient effectivement réfuté cette présomption. Plus précisément, il a conclu que Spence avait été nommé séquestre dans une tentative faite de bonne foi de rendre l'entreprise de location Pioneer viable et que le tout avait été fait au su de la Banque. Il a également conclu qu'en vendant l'actif de Rent-A-Bug à Pioneer Computing, Spence faisait une tentative ultime pour récupérer une petite partie de la mise de fonds de First Pioneer et qu'il ne s'agissait pas là d'une fraude. Les intimés ont expliqué pourquoi Spence avait été nommé séquestre plutôt qu'un

had already lost a lot of money on Rent-A-Bug and the company did not want to make further expenditures in appraising assets which it considered to be worthless. Finally, the trial judge held that Spence's appointment as receiver was valid as between Rent-A-Bug and First Pioneer and that Spence had not breached his duties as receiver.

3. On appeal

The Ontario Court of Appeal, in a short judgment by MacKinnon A.C.J.O., Jessup and Morden JJ.A. concurring, affirmed the judgment below. The Court pointed out that the trial judge's finding that the sale was for valuable consideration precluded the appellant from obtaining the relief it sought and made it unnecessary to consider the *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1980, c. 176, and the *Assignments and Preferences Act*, R.S.O. 1980, c. 33. In addition, the Court relied on its own earlier judgment in *Re Shelly Films Ltd.*, [1963] 1 O.R. 431, for the proposition that First Pioneer's failure to register the debenture did not entitle the appellant and other unsecured creditors to share in the proceeds of the receiver's sale.

In accepting the trial judge's finding of fact of a proper sale the Court of Appeal correctly asserted that while it was open to the appellant to adduce evidence to challenge the value placed on Rent-A-Bug's assets by the receiver no such evidence had been put forward. This Court has made it clear that in the absence of palpable and overriding error on the trial judge's part which affected his assessment of the facts the findings at trial must be accepted: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802. Mr. Justice Lamer has recently stated in *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at p. 11, that this Court in reviewing the findings of fact of a trial judge will only interfere with such findings if it can "with certainty identify a determinative error".

étranger et pourquoi il n'avait pas demandé une évaluation indépendante de l'actif de Rent-A-Bug, en disant qu'en réalité, First Pioneer avait déjà perdu beaucoup d'argent avec Rent-A-Bug et que la société ne voulait pas engager d'autres dépenses pour évaluer un actif qu'elle considérait sans valeur. Enfin, le juge de première instance a conclu que la nomination de Spence à titre de séquestre était valide entre Rent-A-Bug et First Pioneer et que Spence n'avait pas manqué à ses obligations à titre de séquestre.

3. L'appel

La Cour d'appel de l'Ontario, dans un court jugement du juge en chef adjoint MacKinnon auquel les juges Jessup et Morden ont souscrit, a confirmé le jugement de première instance. La cour a souligné que la conclusion du juge de première instance selon laquelle il s'agissait d'une vente avec contrepartie valable empêchait l'appelante d'obtenir le redressement qu'elle demandait et rendait inutile l'examen de la *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1980, chap. 176 et l'*Assignments and Preferences Act*, R.S.O. 1980, chap. 33. De plus, la cour a invoqué son arrêt antérieur *Re Shelly Films Ltd.*, [1963] 1 O.R. 431, pour affirmer que vu l'omission de First Pioneer d'enregistrer la débenture, l'appelante et les autres créanciers chirographaires n'avaient pas le droit d'obtenir une part du produit de la vente faite par le séquestre.

En acceptant la conclusion de fait du juge de première instance que la vente était valide, la Cour d'appel a à bon droit affirmé qu'il était loisible à l'appelante de produire des éléments de preuve pour contester la valeur attribuée à l'actif de Rent-A-Bug par le séquestre, mais qu'aucune preuve en ce sens n'avait été présentée. Cette Cour a dit expressément qu'en l'absence d'une erreur manifeste et dominante du juge de première instance, qui a faussé son appréciation des faits, il faut accepter les conclusions de première instance: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802. Le juge Lamer a dit récemment dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, à la p. 11, que lorsque cette Cour analyse les conclusions de fait d'un juge de première instance, elle ne les modifie que si elle peut «identifier avec certitude une erreur déterminante».

4. The issue

Accepting then the findings of the learned trial judge that there was no fraud or improper dealing on the part of the respondents, the only issue of substance on this appeal is whether *Shelly Films* (*supra*) was correctly decided. The issue might be framed more fully as whether the scheme of *The Corporation Securities Registration Act*, R.S.O. 1970, c. 88, would be defeated by allowing the holder of an unregistered debenture to enjoy the position of a secured creditor by realizing on his security before unsecured creditors had a chance to intervene to avoid the transaction.

Section 2(1) of the Act reads in part:

2.—(1) Every mortgage and every charge, whether specific or floating, of chattels in Ontario created by a corporation, and every assignment of book debts, whether by way of specific or floating charge, made by a corporation engaged in a trade or business in Ontario and contained,

. . .

(*b*) in any bonds, debentures or debenture stock of the corporation as well as in the trust deed or other instrument securing the same, or in a trust deed or other instrument securing the bonds, debentures or debenture stock of any other corporation; or

. . .

is void as against creditors of the mortgagor or assignor, and as against subsequent purchasers or mortgagees from or under the mortgagor or assignor, in good faith, for valuable consideration and without notice, unless it is duly registered, and unless, if contained in a trust deed or other instrument to secure bonds, debentures or debenture stock, it complies with subsection 2.

The question of interpretation posed by the phrase "void as against creditors" has been a vexatious one for more than a century with the Courts fluctuating in their assessment of whether the words serve to render the unregistered debenture void *ab initio* or merely voidable at the timely insistence of other unsecured creditors. The Ontario Court of Appeal in the present case affirmed its own earlier decision in *Shelly Films*. In that case the court held that the unregistered

4. La question en litige

Si l'on accepte les conclusions du juge de première instance selon lesquelles il n'y a pas eu de fraude ou d'agissement malhonnête de la part des intimés, la seule question de fond soulevée dans ce pourvoi est de savoir si l'arrêt *Shelly Films* (précité) est bien fondé. On pourrait formuler la question de façon plus complète en se demandant si le fait de permettre au détenteur d'une débenture non enregistrée de se prévaloir des avantages d'un créancier privilégié en réalisant sa sûreté avant que les créanciers chirographaires aient l'occasion d'agir pour empêcher l'opération va à l'encontre de l'économie de *The Corporation Securities Registration Act*, R.S.O. 1970, chap. 88.

Voici un extrait du par. 2(1) de cette loi:

[TRADUCTION] **2.**—(1) Toute hypothèque et toute sûreté, soit spécifique soit générale, à l'égard de biens mobiliers en Ontario créée par une société et toute cession de créances sous forme de sûreté, soit spécifique soit générale, consentie par une société commerciale en Ontario et contenue

. . .

b) dans toute obligation, débenture, action-débenture de la société ou dans tout acte de fiducie ou autre acte la créant, ou dans un acte de fiducie ou tout autre acte créant les obligations, débentures ou actions-débentures de toute autre société, ou

. . .

est nulle à l'égard des créanciers du débiteur hypothécaire ou du constituant et à l'égard des acquéreurs ou créanciers hypothécaires subséquents de ces derniers si l'acquisition ou l'hypothèque est consentie de bonne foi, contre une contrepartie valable et sans avis, à moins qu'elle ne soit régulièrement enregistrée et à moins, si elle est contenue dans un acte de fiducie ou un autre acte créant les obligations, débentures ou actions-débentures, qu'elle ne soit conforme au paragraphe 2.

Le problème d'interprétation soulevé par l'expression «nulle à l'égard des créanciers» est une question sur laquelle on achoppe depuis plus d'un siècle; l'avis des tribunaux a fluctué quant à savoir si cette expression a pour effet de rendre une débenture non enregistrée nulle *ab initio* ou simplement annulable à la demande présentée à temps par un des autres créanciers chirographaires. En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé son arrêt antérieur *Shelly Films*. Dans cette

chattel mortgage was voidable only so that the unsecured creditors could not claim against the mortgaged property after the chattel mortgagee had taken possession and sold the assets. The chattel mortgage at that point was spent and no longer subject to being avoided. The appellant, on the other hand, points out that the effect of the rule in *Shelly Films* is to allow a mortgage or debenture that is declared by statute to be void as against creditors if not registered to be made valid by the debenture holder going quickly into possession and selling the assets under his unregistered instrument before other unsecured creditors have a chance to voice a complaint. Indeed, the appellant argues that the reasoning in *Shelly Films* is something of an aberration since other courts, including this Court in *Clarkson v. McMaster & Co.* (1895), 25 S.C.R. 96, have held that the holder of an unregistered debenture or mortgage cannot enjoy the position of a secured creditor by subsequently realizing on the security.

The two distinct lines of thought on the proper interpretation of the term "void" in s. 2(1) of *The Corporation Securities Registration Act* may be said to reflect different views of the purpose underlying the Act's registration scheme. On one hand, the Ontario courts have tended to conclude that "a mortgage of chattels cannot be declared void after the mortgagee who has gone into possession has disposed of the assets": *Re Perrier-Roy-Therrien Ltd.*, [1970] 3 O.R. 765 (Ont. H.C.), at p. 770. It is evident that this line of cases has as its analytic focus the relationship between the unregistered debenture holder and the debtor so that, in the absence of evidence of fraud on the debenture holder's part, the security interest for which he bargained should not be undermined on the technicality of failure to conform to the registration requirements. As Burton J.A. indicated in *Meharg v. Lumbers* (1896), 23 O.A.R. 51 (Ont. C.A.), there appears to be no reason why the debenture should be void as between the debenture holder and the debtor if the only persons interested in

affaire, elle avait conclu que l'hypothèque mobilière non enregistrée était simplement annulable, de sorte que les créanciers chirographaires ne pouvaient pas faire valoir leur créance contre les biens grevés après que le créancier de l'hypothèque mobilière a pris possession des biens et les a vendus. À ce moment-là, l'hypothèque mobilière était éteinte et n'était plus susceptible d'annulation. D'autre part, l'appelante souligne que la règle énoncée dans l'arrêt *Shelly Films* a pour effet de permettre qu'une hypothèque ou une débenture déclarée nulle en vertu de la loi à l'égard des créanciers parce qu'elle n'a pas été enregistrée soit rendue valide par le détenteur de la débenture qui prend rapidement possession de l'actif et le vend en vertu de sa sûreté non enregistrée avant que les autres créanciers chirographaires aient l'occasion de protester. En réalité, l'appelante soutient que le raisonnement de l'arrêt *Shelly Films* est une forme d'aberration puisque d'autres tribunaux, y compris cette Cour dans l'arrêt *Clarkson v. McMaster & Co.* (1895), 25 R.C.S. 96, ont statué que le détenteur d'une débenture ou d'une hypothèque non enregistrée ne peut jouir du rang de créancier privilégié en faisant valoir ultérieurement sa sûreté.

On peut dire que les deux lignes de pensée quant à la bonne interprétation du mot «nulle» du par. 2(1) de *The Corporation Securities Registration Act* sont l'expression de points de vue différents sur le but vers lequel tend le régime d'enregistrement créé par la Loi. D'une part, les tribunaux de l'Ontario ont eu tendance à conclure que [TRADUCTION] «une hypothèque mobilière ne peut être déclarée nulle après que le créancier hypothécaire a pris possession et disposé des biens»: *Re Perrier-Roy-Therrien Ltd.*, [1970] 3 O.R. 765 (H.C. Ont.), à la p. 770. Il est manifeste que cette jurisprudence centre son analyse sur les rapports qui existent entre le détenteur d'une débenture non enregistrée et le débiteur de sorte que, en l'absence de preuve de fraude de la part du détenteur de la débenture, il ne faut pas diminuer la valeur de la sûreté qu'il a négociée en raison du vice de forme que constitue l'omission de se conformer à l'obligation d'enregistrer. Comme le souligne le juge Burton dans l'arrêt *Meharg v. Lumbers* (1896), 23 O.A.R. 51 (C.A. Ont.), il ne paraît pas y avoir de

having the debenture set aside (*i.e.* the unsecured creditors of the same debtor) have not done so. The tendency to reason in this way is even stronger in cases such as *Shelly Films* where the assets have not only been realized by the debenture holder but have been transferred to a *bona fide* purchaser for value without notice. When viewed in this light the statutory registration scheme is seen to exist in order to prevent the fraudulent seizure and sale of assets by unsecured creditors. In the absence of such fraud no purpose is served by declaring void a legitimately bargained, albeit unregistered, security interest.

On the other hand, the Nova Scotia Supreme Court, in its interpretation of an almost identical provision in that province's *Corporation Securities Registration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 60, s. 2, took as its analytic starting point the proposition that "Surely the purpose of the Act is to give notice to creditors of documents secured against property of the debtor": *Re Crichton Enterprises Ltd.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 43, at p. 52. From this point of view the prevention of fraud may represent an implicit benefit conferred by the registration scheme but it is not the goal toward which the registration requirement is primarily aimed. Rather, in the words of Chancellor Boyd in *Baker v. Leeson* (1882), 1 O.R. 114, (one of the few Ontario cases to find unregistered security instruments void rather than voidable) at p. 117:

> The object of the act is plainly, by means of registration, to inform everybody that goods apparently in the possession and ownership of A. are not in truth his, but are held by him subject to the claim of B. under a chattel mortgage or a bill of sale. The object of the Act is to enforce a visible and actual transfer of possession upon every change of ownership, or to compel the recording of the instruments which manifest the change of property. The intent is, that persons who are about to become the creditors of others by parting with money or money's worth, may, by searches in the public office, obtain information for their guidance; and that the ostensible owners of chattels may not gain fictitious credit on the faith of property which is either encumbered or belongs

motif de déclarer la débenture nulle entre son détenteur et le débiteur si les seules personnes intéressées à faire écarter la débenture (c'est-à-dire les créanciers chirographaires du même débiteur) ne l'ont pas fait. La tendance à raisonner de cette façon est encore plus forte dans les cas comme l'affaire *Shelly Films* où non seulement le détenteur de la débenture a liquidé les biens mais les a cédés contre valeur à un acquéreur de bonne foi sans avis. Vu dans cette perspective, le régime juridique d'enregistrement paraît exister pour prévenir la saisie et la vente frauduleuses des biens par les créanciers chirographaires. En l'absence de pareille fraude, il n'est pas utile de déclarer nulle une sûreté légitimement contractée même si elle n'a pas été enregistrée.

D'autre part, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a interprété une disposition presque identique de la loi de cette province intitulée *Corporation Securities Registration Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 60, art. 2, et a commencé son analyse en disant que [TRADUCTION] «À coup sûr la Loi vise à notifier les créanciers de l'existence de sûretés grevant la propriété du débiteur»: *Re Crichton Enterprises Ltd.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 43, à la p. 52. Dans cette perspective, la prévention de la fraude peut constituer un avantage implicite offert par le régime d'enregistrement, mais ce n'est pas le but premier de l'obligation d'enregistrer. Ce serait plutôt, selon les paroles du chancelier Boyd dans *Baker v. Leeson* (1882), 1 O.R. 114, (un des rares arrêts de l'Ontario à conclure qu'une sûreté non enregistrée est nulle plutôt qu'annulable) à la p. 117:

> [TRADUCTION] Le but de la Loi est manifestement d'indiquer à tous, au moyen de l'enregistrement, que des biens apparemment en la possession et la propriété de A ne lui appartiennent pas vraiment, mais qu'il les détient sous réserve des droits de B en vertu d'une hypothèque mobilière ou d'un acte de cession. Le but de la Loi est d'effectuer une transmission réelle et apparente de possession pour tout changement de propriété ou d'exiger l'enregistrement de tout acte qui comporte un changement de propriété. Le but est de permettre à ceux qui sont sur le point de devenir créanciers d'autres personnes par le versement de sommes d'argent ou de valeurs, de se renseigner, pour leur propre gouverne, au moyen de recherches au bureau d'enregistrement et d'empêcher que les propriétaires apparents de biens mobiliers

to other people.

In perhaps the best illustration of the view that the primary purpose of such legislation is public notice it was held in *Althen Drilling Co. v. Machinery Depot Ltd.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 148 (Alta. C.A.), that an unregistered bill of sale could be cured only by an open and continuous change of possession which was reasonably sufficient to serve as a national substitute for registration. Such public exposure was seen to provide the requisite notice of the interest of the holder of the bill to all creditors of the grantor whose rights did not arise until after the change of possession took place. Thus, where the Court broadens its perspective from the narrow search for fraud as between the holder of the unregistered instrument and the debtor who has granted it to a perception of registration as serving the wider purpose of enabling parties dealing with the debtor to determine conclusively what security interests in the debtor's assets are in existence before advancing credit, the significant relationship becomes the one between the holder of the unregistered instrument and the other unsecured creditors.

Once it is recognized that the prevention of fraudulent preferences for a particular creditor is only a narrow consequence of a registration scheme which serves a broader commercial purpose, the problematic consequences of a more literal construction of the statutory language than the one adopted in *Shelly Films* disappear. The unregistered debenture can then be rendered void (rather than voidable) as against other creditors without undermining the existence of a valid contractual debt owed to the debenture holder. Since the crucial relationship at which the Act is aimed is that between the debenture holder and other unsecured creditors, the effect of non-registration is to render void the debenture holder's preference *vis-à-vis* such other creditors. Nothing in the statutory registration requirement, however, is geared toward rendering void the debt itself.

puissent obtenir un crédit fictif sur la foi d'un titre qui est grevé ou qui appartient à quelqu'un d'autre.

Dans l'arrêt *Althen Drilling Co. v. Machinery Depot Ltd.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 148 (C.A. Alb.), qui illustre probablement le mieux le point de vue selon lequel le but premier d'une telle loi est d'aviser le public, on a statué que le seul moyen de parfaire un acte de cession non enregistré était un changement continu et visible de possession, qui ressemblait d'assez près à l'enregistrement pour lui servir de substitut. On a considéré qu'une telle notoriété fournissait l'avis requis relativement aux droits du détenteur de l'acte de cession à l'égard de tous les créanciers du cédant dont les droits n'étaient nés qu'après le changement de possession. En conséquence, lorsque la cour cesse de ne rechercher que la fraude entre le détenteur d'une sûreté non enregistrée et le débiteur qui l'a accordée pour envisager que l'enregistrement a l'objet plus général de permettre aux parties qui font affaire avec le débiteur d'établir de façon définitive quelles sûretés grèvent ses biens avant de lui faire crédit, le rapport important devient celui qui existe entre le détenteur de la sûreté non enregistrée et les autres créanciers chirographaires.

Dès lors qu'on reconnaît que la prévention de la préférence frauduleuse d'un créancier en particulier n'est qu'une conséquence limitée du régime d'enregistrement qui a des objets commerciaux plus généraux, les effets discutables d'une interprétation plus littérale du texte de loi que celle adoptée dans l'arrêt *Shelly Films* disparaissent. La débenture non enregistrée peut donc être déclarée nulle (plutôt qu'annulable) à l'égard des autres créanciers sans mettre en péril l'existence d'une dette contractuelle valide envers le détenteur de la débenture. Puisque le rapport déterminant visé par la Loi est le rapport entre le détenteur de la débenture et les autres créanciers chirographaires, la conséquence du défaut d'enregistrer est de rendre nulle la préférence en faveur du détenteur de la débenture à l'égard des autres créanciers. Rien dans l'obligation légale d'enregistrer ne tend à rendre nulle la dette elle-même.

5. Conclusions

In the result, it would appear that *Shelly Films* should be overruled and the unregistered debenture held to be valid in so far as it embodies an enforceable contract between First Pioneer and Rent-A-Bug. As against other creditors of Rent-A-Bug, however, the same logic dictates that it be declared void *ab initio* pursuant to s. 2 of *The Corporation Securities Registration Act*. As such, the unregistered debenture creates no security interest or preference and the position of the respondent First Pioneer is thereby reduced to that of an unsecured creditor. All of the creditors of Rent-A-Bug, including both the appellant and the respondent First Pioneer, are accordingly entitled to an accounting of the proceeds of sale of Rent-A-Bug's assets.

Although the appellant sued in a representative capacity on behalf of itself and all other creditors of Rent-A-Bug, this Court is not in a position to adjudicate on such claims and determine the proper disposition of the subject proceeds. A reference to the Master of the Supreme Court of Ontario would appear to be appropriate for this purpose.

I would allow the appeal to the extent of ordering an accounting of the proceeds of sale of Rent-A-Bug's assets and directing a reference to the Master to determine their proper distribution. I would grant the appellant its costs both here and in the Courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Cassels, Brock, Toronto.

Solicitors for the respondents: Fasken & Calvin, Toronto.

5. Conclusions

En définitive, il semble qu'il faille renverser l'arrêt *Shelly Films* et décider que la débenture non enregistrée est valide pour autant qu'elle comporte un contrat exécutable entre First Pioneer et Rent-A-Bug. Quant aux autres créanciers de Rent-A-Bug toutefois, la même logique impose qu'elle soit déclarée nulle *ab initio* en application de l'art. 2 de *The Corporation Securities Registration Act*. En soi, la débenture non enregistrée ne crée ni sûreté ni préférence et la situation de l'intimée First Pioneer est donc ramenée à celle de créancier chirographaire. Tous les créanciers de Rent-A-Bug, dont l'appelante et l'intimée First Pioneer, ont donc droit à une reddition de compte du produit de la vente des biens de Rent-A-Bug.

Bien que l'appelante ait poursuivi pour son compte et pour le compte de tous les autres créanciers de Rent-A-Bug, cette Cour n'est pas en mesure de se prononcer sur ces réclamations et d'établir la répartition correcte du produit de la vente. Un renvoi devant le *master* de la Cour suprême de l'Ontario paraît la mesure appropriée à cette fin.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de manière à ordonner une reddition de compte du produit de la vente des biens de Rent-A-Bug et un renvoi au *master* pour qu'il en détermine la répartition appropriée. Je suis d'avis d'adjuger à l'appelante ses dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Cassels, Brock, Toronto.

Procureurs des intimés: Fasken & Calvin, Toronto.

Despina Maroukis *Appellant*;

and

Apostolos Maroukis, also known as Paul Maroukis, and carrying on business as Maroukis Construction Ltd. and Moe Siding Limited, and G. H. Ward & Partners and Bank of Nova Scotia and Lockhart Electric Limited and Moore Paint & Wallpaper and Superior Sanitation and Power T.V. *Respondents.*

File No.: 16867.

1984; May 5; 1984: September 17.

Present: Dickson C.J. and Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Matrimonial law — Distribution of matrimonial assets — Executions filed against joint tenant prior to vesting order — Subsequent order vesting property at separation — Time specific property vests on division of family assets — Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 4.

Creditor and debtor — Executions — Family assets — Distribution — Whether or not executions effective if filed after separation but before distribution order.

The Maroukis separated in October 1978. An order providing for disposition of family assets under s. 4 of the *Family Law Reform Act* was made in October 1979 vesting the matrimonial home, formerly held in joint tenancy by husband and wife, in the wife. Executions were filed with the sheriff after the separation and before the order was made. On an application by the wife to "clarify his judgment" the trial judge made an order on October 10, 1980 purporting to vest the matrimonial home in the wife from October 1978. The Court of Appeal confirmed the vesting in the wife but denied the order any retrospective effect, holding that the vesting occurred upon the making of the order of October 1979.

Held: The appeal should be dismissed.

When matrimonial property is being divided between spouses under s. 4 of the *Family Law Reform Act*,

Despina Maroukis *Appelante*;

et

Apostolos Maroukis, alias Paul Maroukis, faisant affaire sous la raison sociale Maroukis Construction Ltd., Moe Siding Limited, G.H. Ward & Partners, Banque de Nouvelle-Écosse, Lockhart Electric Limited, Moore Paint & Wallpaper, Superior Sanitation et Power T.V. *Intimés.*

N° du greffe: 16867.

1984: 5 mai; 1984: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit matrimonial — Partage de biens du mariage — Saisies-exécutions déposées contre le propriétaire indivis avec gain de survie avant l'ordonnance de partage — Ordonnance subséquente attribuant le bien à compter de la séparation — Moment où un bien précis est dévolu par suite du partage des biens familiaux — Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 4.

Créancier et débiteur — Saisies-exécutions — Biens familiaux — Partage — Effet des saisies-exécutions déposées après la séparation mais avant l'ordonnance de partage.

Les époux Maroukis se sont séparés en octobre 1978. Une ordonnance de partage des biens familiaux rendue en vertu de l'art. 4 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* en octobre 1979 a déclaré l'épouse propriétaire du foyer conjugal, antérieurement détenu en propriété indivise avec gain de survie par les deux époux. Des saisies-exécutions ont été déposées auprès du shérif après la séparation mais avant l'ordonnance. Sur une requête en «clarification» présentée par l'épouse, le juge de première instance a rendu une ordonnance le 10 octobre 1980 ayant pour effet de déclarer l'épouse propriétaire du foyer conjugal depuis octobre 1978. La Cour d'appel a confirmé l'ordonnance qui déclarait l'épouse propriétaire, mais ne lui a pas reconnu d'effet rétroactif, statuant qu'elle était propriétaire depuis l'ordonnance d'octobre 1979.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'un bien du mariage est partagé entre des époux en vertu de l'art. 4 de la *Loi portant réforme du*

specific matrimonial property does not vest until the court order is made. Since the new property *régime* created by the Act only comes into effect on the conclusion of the application and the order for distribution, there is no authority for an order retroactively vesting property in a spouse. Each spouse has the right to invoke the new *régime* by application on the occurrence of a "triggering event". Until the order is made, however, this right is only a personal right to require the court to determine the ownership of family assets.

The interest of a joint tenant is exigible and a creditor's execution against that interest continues to be binding after an *inter vivos* transfer of the interest. The interest in the family home was not encumbered contrary to s. 42(1) of the Act for that section, on the plain meaning of its words, cannot be extended to include an execution taken by a creditor against one of the parties to the marriage.

Re Craig, [1929] 1 D.L.R. 142; *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196; *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594; *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661; *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366; *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444; *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35, referred to; *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 125 D.L.R. (3d) 718, 33 O.R. (2d) 661, 24 R.F.L. (2d) 113, allowing an appeal from a judgment of Luchak Co. Ct. J. and substituting an order in place of one made on an application for clarification of judgment following a judgment and order made on an application for division of matrimonial assets. Appeal dismissed.

M. Fleck, Q.C., and *Ian Bruce*, for the appellant.

Brian Donovan, for the respondent the Bank of Nova Scotia.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The principal question arising in this appeal may be simply stated: where proceedings are taken by a spouse under s. 4 of the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, at what time does specific property vest in the spouse to whom it has been allocated?

droit de la famille, la propriété n'en est pas transférée tant que l'ordonnance judiciaire n'est pas rendue. Puisque le nouveau régime de propriété des biens créé par la Loi ne prend effet que lorsqu'il est disposé de la requête et que l'ordonnance de partage est prononcée, rien ne permet à une ordonnance d'attribuer rétroactivement un bien à un conjoint. Chaque conjoint a le droit d'invoquer le nouveau régime par voie de requête lorsque survient un certain «événement». Mais, tant que l'ordonnance judiciaire n'est pas rendue, il s'agit uniquement d'un droit personnel de demander à la cour de déterminer la propriété des biens familiaux.

Le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie peut faire l'objet d'une saisie-exécution qui, lorsqu'elle est pratiquée contre ce droit, subsiste après une cession entre vifs de ce droit. Le droit dans le foyer conjugal n'a pas été grevé en violation du par. 42(1) de la Loi, car ce paragraphe, suivant le sens ordinaire de ses termes, ne peut s'étendre à une saisie-exécution pratiquée par un créancier contre une des parties au mariage.

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *Re Craig*, [1929] 1 D.L.R. 142; *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196; *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594; *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661; *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366; *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444; *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35; distinction faite avec l'arrêt *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 125 D.L.R. (3d) 718, 33 O.R. (2d) 661, 24 R.F.L. (2d) 113, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Luchak de la Cour de comté et remplacé une ordonnance faisant suite à une requête en clarification d'un jugement et d'une ordonnance prononcés sur une demande de partage de biens du mariage. Pourvoi rejeté.

M. Fleck, c.r., et *Ian Bruce*, pour l'appelante.

Brian Donovan, pour l'intimée la Banque de Novelle-Écosse.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—La question principale soulevée dans ce pourvoi peut se résumer ainsi: lorsqu'un conjoint entame des procédures sous le régime de l'art. 4 de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, à quel moment le conjoint à qui a été attribué un bien déterminé en devient-il propriétaire?

The appellant Despina Maroukis (the wife) and the respondent Apostolos Maroukis (the husband) were married in 1965. The matrimonial home in Sarnia was acquired in 1975 in joint tenancy. The parties separated in October, 1978, and in November, 1978 the wife applied for a division of family assets under the Act. In July, 1979, the respondent Bank of Nova Scotia started actions against the husband to collect unpaid loans. Default judgments were signed by the Bank on July 24 and 25 and executions were filed with the sheriff. On October 10, 1979 Luchak Co. Ct. J. ordered that the matrimonial home vest in the appellant wife. This order had the effect of excluding the husband, formerly a joint tenant with the wife, from any interest in the matrimonial home. All the remaining assets were allotted to the husband. Of particular importance to this case is the fact that the actions of the Bank of Nova Scotia were commenced and their executions filed after the separation and commencement of proceedings under s. 4 of the Act but before the making of the order of Judge Luchak.

By notice of motion dated January 28, 1980, the wife brought an application before Judge Luchak to "clarify his judgment" of October 10, 1979 in relation to the rights of execution creditors. She sought an order vesting her with the matrimonial home as of November 6, 1978, the date upon which she had commenced her original application. Such an order would have had the effect of clearing the property of the claims of the Bank of Nova Scotia and other execution creditors who had filed executions with the sheriff before Judge Luchak's order of October 10, 1979. All concerned execution claimants were served with notice of the application "to clarify". On October 10, 1980, Judge Luchak made an order purporting to vest the matrimonial home in the wife as of October, 1978, the date of separation.

The execution claimants appealed to the Court of Appeal against the order of October 10, 1980.

L'appelante Despina Maroukis (l'épouse) et l'intimé Apostolos Maroukis (l'époux) se sont mariés en 1965. Ils ont acheté leur foyer conjugal sis à Sarnia en 1975 en indivision avec gain de survie. Les parties se sont séparées au mois d'octobre 1978 et en novembre 1978, l'épouse a demandé le partage des biens familiaux sous le régime de la Loi. Au mois de juillet 1979, la Banque de Nouvelle-Écosse, intimée, a engagé des procédures contre l'époux en vue de recouvrer des sommes prêtées et impayées. Les 24 et 25 juillet, la Banque a signé des jugements par défaut et déposé des saisies-exécutions auprès du shérif. Le 10 octobre 1979, le juge Luchak de la Cour de comté a ordonné que le foyer conjugal soit attribué à l'épouse appelante. Cette ordonnance a eu pour effet d'enlever tout droit dans le foyer conjugal à l'époux qui, avec son épouse, était propriétaire indivis avec gain de survie. Tous les autres biens ont été attribués à l'époux. Il importe de souligner en l'espèce que la Banque de Nouvelle-Écosse a engagé les procédures et déposé les saisies-exécutions après la séparation et le début des procédures sous le régime de l'art. 4 de la Loi mais avant que le juge Luchak ne rende son ordonnance.

Par voie d'avis de requête en date du 28 janvier 1980, l'épouse a demandé au juge Luchak de [TRADUCTION] «clarifier son jugement» du 10 octobre 1979 en ce qui concerne les droits des créanciers saisissants. Elle a demandé une ordonnance en vue d'être déclarée propriétaire du foyer conjugal à compter du 6 novembre 1978, date à laquelle elle avait présenté sa demande initiale. Une telle ordonnance aurait eu pour effet de mettre le bien à l'abri des réclamations de la Banque de Nouvelle-Écosse et des autres créanciers saisissants qui ont déposé des saisies-exécutions auprès du shérif avant que le juge Luchak ne rende son ordonnance en date du 10 octobre 1979. L'avis de la requête en «clarification» a été signifié à tous les créanciers saisissants concernés. Le 10 octobre 1980, le juge Luchak a rendu une ordonnance ayant pour effet de déclarer l'épouse propriétaire du foyer conjugal depuis la date de la séparation en octobre 1978.

Les créanciers saisissants ont interjeté appel de l'ordonnance du 10 octobre 1980 devant la Cour

In the proceedings the husband did not appear, no claim having been made against him. The contest in the Court of Appeal was between the wife and the execution creditors. The appeal was allowed. The Court of Appeal confirmed the order vesting the matrimonial property in the wife but denied it any retrospective effect. Her interest was therefore held to be "subject to the interests of the Bank of Nova Scotia and other execution creditors under their respective executions filed prior to the tenth day of October, 1979."

The most important issue, and the one upon which this case turns, is the determination of the time at which the matrimonial home became vested in the appellant to the exclusion of her former husband. The appellant contended that the trial judge made no error in choosing the date of the separation of the parties as the effective time at which the vesting occurred. It was argued that upon a true construction of the words of s. 4 of the Act the rights of an applicant spouse crystallized on the separation or on the bringing of the application for division of the property. This proposition was accepted by the trial judge and he said:

> In these proceedings, the parties separated in October 1978 and in my opinion the right of the wife, as set out in the judgment, crystallized as of that date. The court order of October 10, 1979, is merely a declaration as to the property rights as between husband and wife as of the date of the crystallization of their rights in October 1978 and is an implementation of that finding by vesting their rights.

The judgment of the Court of Appeal is now reported at 24 R.F.L. (2d) 113. Wilson J.A. (as she then was), with whom Brooke and Thorson JJ.A. concurred on this issue, disagreed with the trial judge and said, at p. 117:

> I must respectfully disagree with the effect Luchak J. has given to s. 4(1) of the Family Law Reform Act. I do not think the subsection confers rights in property in the absence of an order of the court. I think the subsection simply sets out the circumstances in which the court may make an order for equal division of the family assets. I appreciate that the subsection uses the words "is entitled to", which seem to suggest a statutory right, but the opening words of the subsection "Subject to

d'appel. L'époux n'a pas comparu, aucune action n'ayant été intentée contre lui. Le litige devant la Cour d'appel mettait aux prises l'épouse et les créanciers saisissants. L'appel a été accueilli. La Cour d'appel a confirmé l'ordonnance qui déclarait l'épouse propriétaire du foyer conjugal mais sans lui reconnaître d'effet rétroactif. Il a par conséquent été décidé que son droit était [TRADUCTION] «assujetti aux droits de la Banque de Nouvelle-Écosse et des autres créanciers saisissants découlant de leurs saisies-exécutions respectives déposées avant le 10 octobre 1979».

La question la plus importante, et dont dépend la présente affaire, est de savoir à quel moment l'appelante est devenue l'unique propriétaire du foyer conjugal. Elle a prétendu que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en décidant que l'attribution de la propriété a réellement pris effet à la date de la séparation des parties. Elle a soutenu que, si on interprète correctement l'art. 4 de la Loi, les droits d'un conjoint requérant prennent naissance au moment de la séparation ou de la demande de partage des biens. Le juge de première instance a accepté cette proposition en disant:

> [TRADUCTION] Dans le présent cas, les parties se sont séparées au mois d'octobre 1978 et, à mon avis, le droit de l'épouse, reconnu par le jugement, a pris naissance à cette date. L'ordonnance judiciaire du 10 octobre 1979 ne fait que confirmer les droits de propriété existants entre les conjoints au moment où ceux-ci ont pris naissance au mois d'octobre 1978 et elle donne suite à cette conclusion en conférant les droits en question.

L'arrêt de la Cour d'appel est maintenant publié dans le recueil 24 R.F.L. (2d) 113. Le juge Wilson (alors juge d'appel) dont le point de vue a été partagé par les juges Brooke et Thorson sur cette question, a exprimé son désaccord avec le juge de première instance à la p. 117:

> [TRADUCTION] Avec égards, je dois manifester mon désaccord avec le juge Luchak en ce qui concerne l'effet du par. 4(1) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Je ne crois pas que ce paragraphe puisse conférer des droits de propriété sans une ordonnance judiciaire. À mon avis, il ne fait qu'indiquer les circonstances dans lesquelles la cour peut ordonner le partage égal des biens familiaux. Je reconnais que le paragraphe en question utilise les termes «ouvrent droit au» qui

subsection 4", which empowers the court to make an unequal division, make it clear that subs. (1) does not confer the right to an equal division, but merely state that, prima facie, the court should order an equal division, but not if equality would be inequitable having regard to the items listed in paras. (*a*) to (*f*) of subs. (4). I believe, therefore, that until Luchak J. made his order of 10th October 1979 the matrimonial home continued to be held in joint tenancy and that the executions against the husband filed prior to that date attached to his interest in it. The learned judge accordingly had no jurisdiction to vest the property in the wife free and clear of those executions.

I am in complete agreement with this statement and adopt it in concluding that the full estate in the matrimonial home vested in the appellant wife only on the making of the order by Judge Luchak on October 10, 1979.

The Act does not automatically confer any property interest in family assets. Subsections 4(1) and (2) of the Act provide:

4.—(1) Subject to subsection (4), where a decree *nisi* of divorce is pronounced or a marriage is declared a nullity or where the spouses are separated and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation, each spouse is entitled to have the family assets divided in equal shares notwithstanding the ownership of the assets by the spouses as determinable for other purposes and notwithstanding any order under section 7.

(2) The court may, upon the application of a person who is the spouse of another, determine any matter respecting the division of family assets between them.

The mechanism for the division of property provided for by s. 4 of the Act may, subject to the conditions precedent in s. 4(1), only be set in motion by an application for distribution under s. 4(2), which gives the court the power to determine the division of matrimonial property between the spouses. Prior to the conclusion of the application and the order for distribution, the new property *régime* created by the *Family Law Reform Act* (*i.e.* the *prima facie* entitlement of each spouse to one half the family assets regardless of ownership) is not in effect. Each spouse has the right under the Act to invoke the new *régime* by application under s. 4(2) upon the occurrence of one of the

semblent créer un droit, mais l'expression «sous réserve du paragraphe 4», qui habilite la cour à effectuer un partage inégal, indique clairement que le par. (1) ne confère pas le droit à un partage égal mais précise simplement que la cour doit, *prima facie*, ordonner un partage égal sauf si ce partage est injuste compte tenu des facteurs énumérés aux al. *a*) à *f*) du par. 4. J'estime par conséquent que, jusqu'à ce que le juge Luchak prononce son ordonnance le 10 octobre 1979, le foyer conjugal continuait d'être détenu en indivision avec gain de survie et que le droit de l'époux à cet égard était assujetti aux saisies-exécutions déposées contre lui avant cette date. Le juge n'avait donc pas compétence pour déclarer l'épouse propriétaire du bien en question libre et franc de ces saisies-exécutions.

Je partage entièrement ce point de vue que j'adopte en concluant que l'épouse appelante n'est devenue propriétaire à part entière du foyer conjugal que lorsque le juge Luchak a prononcé son ordonnance le 10 octobre 1979.

La Loi ne confère pas automatiquement un droit de propriété dans les biens familiaux. Les paragraphes 4(1) et (2) de la Loi prévoient:

4.—(1) Le jugement conditionnel de divorce, le jugement de nullité du mariage et la séparation de corps lorsque la réconciliation est peu probable ouvrent droit au partage des biens familiaux entre les conjoints. Ne font pas obstacle au partage la reconnaissance à d'autres fins de la propriété de l'un ou l'autre, ni l'ordonnance rendue en vertu de l'article 7. Sous réserve du paragrahe (4) le partage se fait en parts égales.

(2) À la requête de l'un des conjoints la cour peut régler les modalités du partage.

Sous réserve des conditions suspensives énoncées au par. 4(1), le mécanisme de partage des biens prévu à l'art. 4 de la Loi ne peut être déclenché que par une requête en partage présentée en vertu du par. 4(2), requête qui habilite la cour à régler le partage des biens du mariage entre les conjoints. Le nouveau régime des biens créé par la *Loi portant réforme du droit de la famille* (c'est-à-dire le droit *prima facie* de chaque conjoint à la moitié des biens familiaux indépendamment de la propriété) ne prend effet que lorsqu'il est disposé de la requête et que l'ordonnance de partage est prononcée. Chaque conjoint a le droit en vertu de la Loi d'invoquer le nouveau régime par voie de

three "triggering events" set out in s. 4(1), but until the court order is made the right is only a personal right to require the court to determine the ownership of family assets. The vesting in a spouse of the specific property making up his or her respective share takes place upon the date the court order is made. There is no authority in the Act for an order retroactively vesting property in a spouse as the appellant contends and as Judge Luchak ordered.

In argument in this Court the appellant submitted that, even if the husband's interest vested in the wife only upon the making of a court order, the wife took the interest free and clear of the claims of execution creditors. The appellant argued that due to the special nature of an interest held in joint tenancy the writs of execution did not attach to the husband's interest. I find no merit in this argument.

This submission is based on the proposition that the creditor of one joint tenant cannot execute against the interest of his debtor until the joint tenancy is severed and a tenancy in common created. To the contrary, the courts have consistently ruled that the interest of a joint tenant is exigible: see *Re Craig*, [1929] 1 D.L.R. 142 (Ont. C.A.); *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196 (C.A.); *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793 (Ont. C.A.); *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594 (B.C. C.A.) If any doubt was cast upon earlier authorities by *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661, as contended by the appellant, it was set at rest by the enactment in the year 1957 of the present s. 9 of the *Execution Act*, R.S.O. 1980, c. 146, in these terms, which now specifically include an interest in property held in joint tenancy:

9. The sheriff to whom a writ of execution against lands is delivered for execution may seize and sell thereunder the lands of the execution debtor, including any lands whereof any other person is seized or pos-

requête fondée sur le par. 4(2) lorsque survient l'un des trois «événements» énoncés au par. 4(1), mais, tant que l'ordonnance judiciaire n'est pas rendue, il s'agit uniquement d'un droit personnel de demander à la cour de déterminer la propriété des biens familiaux. L'attribution à un conjoint d'un bien particulier constituant sa part respective ne prend effet qu'au jour où l'ordonnance judiciaire est rendue. La Loi ne permet pas de rendre une ordonnance attribuant rétroactivement un bien à un conjoint comme l'appelante le prétend et comme le juge Luchak l'a ordonné.

L'appelante a fait valoir devant cette Cour que, même si le droit de l'époux n'était attribué à son épouse qu'à la suite d'une ordonnance judiciaire, celle-ci le recevait libre et franc des réclamations des créanciers saisissants. Elle prétend qu'en raison de la nature particulière d'un droit détenu en indivision avec gain de survie, le droit de l'époux n'est pas assujetti aux brefs d'exécution. J'estime que cet argument est mal fondé.

Cette prétention se fonde sur la proposition selon laquelle le créancier d'un propriétaire indivis avec gain de survie ne peut pas s'attaquer au droit de son débiteur à moins que la propriété indivise avec gain de survie ne soit divisée et qu'une propriété indivise sans gain de survie ne soit créée. Au contraire, les tribunaux ont toujours jugé que le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie peut faire l'objet d'une saisie-exécution: voir *Re Craig*, [1929] 1 D.L.R. 142 (C.A. Ont.); *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196 (C.A.); *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793 (C.A. Ont.); *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594 (C.A. C.-B.) Si, comme l'a prétendu l'appelante, l'arrêt *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661, a jeté un doute sur la jurisprudence antérieure, ce doute a été dissipé par l'adoption en 1957 du présent art. 9 de la *Loi sur l'exécution forcée*, L.R.O. 1980, chap. 146, dont les dispositions visent expressément le droit dans un bien détenu en propriété indivise avec gain de survie:

9. Le bref de saisie immobilière remis au shérif lui permet de saisir et de vendre les biens-fonds appartenant au débiteur saisi, y compris tout bien-fonds dont une autre personne a la saisie ou la possession en qualité de

sessed in trust for the execution debtor and *including any interest of the execution debtor in lands held in joint tenancy.* [Emphasis added.]

The appellant also referred to *Power v. Grace, supra,* in support of the argument that even if the interest of a joint tenant is subject to execution it does not continue to be bound in the hands of a transferee. *Power v. Grace* stands for the proposition that, where a writ of *fieri facias* is delivered to the sheriff covering the interest of one joint tenant in real property and no further steps are taken in the execution process, the death of that joint tenant will pass the whole estate to the survivor free of execution. This case has no application to the case at bar where the interest of the joint tenant debtor has passed to the other joint tenant, not by survivorship but by an order of the court. Any transfer *inter vivos* is subject to executions attaching to the land. Authority for this proposition may be found in *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366 (Ont. Cty. Ct.); *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444 (B.C. S.C.), and *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35 (Ont. Dist. Ct.)

One further point was raised concerning ss. 42 and 44(*d*) of the *Family Law Reform Act.* The argument rests upon the proposition that the filing of writs of execution against the interest of the debtor constitutes an encumbrance within the meaning of s. 42(1). That section provides that:

42.—(1) No spouse shall dispose of or encumber any interest in a matrimonial home unless,

(*a*) the other spouse joins in the instrument or consents to the transaction;

(*b*) the other spouse has released all rights under this Part by a separation agreement;

(*c*) the transaction is authorized by court order or an order has been made releasing the property as a matrimonial home; or

(*d*) the property is not designated as a matrimonial home under section 41 and an instrument designating another property as a matrimonial home of the spouses is registered under section 41 and not cancelled.

fiduciaire pour le débiteur, *ainsi que tout droit dans un bien-fonds appartenant au débiteur saisi en tant que propriétaire ayant gain de survie.* [Les italiques sont de moi.]

L'appelante a également cité l'arrêt *Power v. Grace*, précité, pour justifier son argument selon lequel, même si le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie peut faire l'objet d'une saisie-exécution, le cessionnaire de ce droit n'y est pas assujetti. Il a été décidé dans cet arrêt, que, lorsqu'on remet au shérif un bref de *fieri facias* concernant le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie et qu'aucune autre mesure d'exécution n'est prise, le décès de ce propriétaire aura pour effet que tous les biens seront transmis au survivant franc de toute saisie-exécution. Cet arrêt ne s'applique pas à la présente espèce où le droit du propriétaire débiteur a été transmis à l'autre propriétaire, par suite non pas d'un gain de survie mais d'une ordonnance judiciaire. Toute cession entre vifs est assujettie aux saisies-exécutions grevant le bien-fonds. À l'appui de cette proposition, on peut citer les décisions *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366 (C. Co. Ont.), *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444 (C.S. C.-B.) et *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35 (C. Dist. Ont.)

On a soulevé un autre point concernant l'art. 42 et l'al. 44*d*) de la *Loi portant réforme du droit de la famille.* Cet argument se fonde sur la proposition selon laquelle le dépôt de brefs d'exécution contre le droit du débiteur constitue une charge au sens du par. 42(1) dont voici le texte:

42.— (1) L'un des conjoints peut disposer d'un droit qui lui appartient dans le foyer conjugal et le grever:

a) si l'autre participe à l'acte ou consent à la disposition;

b) si l'autre a renoncé par accord de séparation à tout droit que lui reconnaît la présente partie;

c) si la cour a autorisé la disposition ou libéré le bien de sa qualité de foyer conjugal;

d) si le bien n'est pas désigné comme foyer conjugal alors qu'un autre bien l'a été par acte enregistré et toujours en vigueur.

The appellant submits that because the husband encumbered the interest in the family home contrary to s. 42(1) the court has jurisdiction to set aside the writs of execution, pursuant to s. 44(*d*), which provides:

> **44.** The court may, on the application of a spouse or person having an interest in property, by order,
>
> . . .
>
> (*d*) direct the setting aside of any transaction disposing of or encumbering an interest in the matrimonial home contrary to subsection 42(1) and the revesting of the interest or any part of the interest upon such terms and subject to such conditions as the court considers appropriate.

In my opinion, this argument fails. To begin with, s. 44 provides that the court may "on the application of a spouse" set aside an encumbrance. No such application has been made in the case at bar. The matter was raised for the first time in this Court and, in my view, it ought not to be dealt with. Furthermore, the prohibition in s. 42 is against a disposition or an encumbrance of an interest in a matrimonial home by a spouse. Giving those words their plain meaning in the context in which they are used in s. 42, it is my opinion that they cannot be extended to include an execution taken by creditors of one of the parties to the marriage.

For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs and confirm the order of the Court of Appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Fleck, Sartor, Gray & Bruce, Sarnia.

Solicitors for the respondent the Bank of Nova Scotia: Merchant, Dawson & Donovan, Sarnia.

L'appelante soutient que, puisque l'époux a grevé le droit dans le foyer conjugal en violation du par. 42(1), la cour a compétence pour annuler les brefs d'exécution en se fondant sur l'al. 44*d*), qui prévoit:

> **44.** Sur demande d'un conjoint ou de quiconque possède un droit dans un bien, la cour peut, par ordonnance:
>
> . . .
>
> *d*) annuler l'acte qui dispose du foyer conjugal, ou qui le grève, s'il contrevient au paragraphe 42(1), et ordonner le retour, même partiel, du droit transféré, aux conditions qu'elle estime justes.

À mon avis, cet argument est mal fondé. Tout d'abord, l'art. 44 prévoit que la cour peut «sur demande d'un conjoint» annuler une charge. Aucune demande en ce sens n'a été présentée en l'espèce. La question a été soulevée pour la première fois devant cette Cour et, à mon avis, on ne devrait pas la trancher. En outre, l'art. 42 vise à interdire à un conjoint de disposer d'un droit dans le foyer conjugal ou de grever ce droit. Si on accorde à ces termes leur sens ordinaire dans le contexte dans lequel ils sont employés à l'art. 42, je suis d'avis qu'ils ne peuvent s'étendre à une saisie-exécution engagée par les créanciers de l'une des parties au mariage.

Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Fleck, Sartor, Gray & Bruce, Sarnia.

Procureurs de l'intimée la Banque de Nouvelle-Écosse: Merchant, Dawson & Donovan, Sarnia.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1984 Vol. 2

2e cahier, 1984 Vol. 2

Cited as [1984] 2 S.C.R. 145-310

Renvoi [1984] 2 R.C.S. 145-310

Published by
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1984.

Publié par
BERNARD C. HOFLEY, c.r.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1984.

CONTENTS

Hunter *et al.* v. Southam Inc. **145**

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Unreasonable search and seizure — Combines Investigation Act search and seizure powers — Standards required for issuance of warrant — Standards not specified — Neutrality of arbiter issuing warrant — Whether search and seizure powers of Combines Investigation Act inconsistent with s. 8 of Charter and therefore of no force or effect — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10(1), (3).

Ken Gordon Excavating Ltd. v. Edstan Construction Ltd. *et al.* **280**

Mechanics' liens — Owner — Public works — Crown corporation selling land and holding mortgage — Project inspired by that corporation — Whether or not Crown corporation an "owner" — Whether or not project a "public work".

Mechanics' liens — Validity — Public works — Notice — Crown to receive notice of lien — Whether or not liens valid in absence of notice — Whether or not defect curable.

Mechanics' liens — Priorities — Advances made under mortgage — Legal nature of advances — Whether or not liens payable out of monies advanced — Whether or not amount payable limited to statutory holdback — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, (now R.S.O. 1980, c. 261), as amended by 1975 (Ont.), c. 43, ss. 1(1)(d), (da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

Miller v. Miller **310**

Matrimonial law — Division of assets — Non-family assets — Company incorporated by husband but put in wife's name for tax purposes — Husband fired — Settlement of wrongful dismissal action including general release of all claims against wife — Release pre-dating The Family Law Reform Act, 1978 —

Continued on next page

SOMMAIRE

Hunter *et autres* c. Southam Inc. **145**

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Fouille, perquisition et saisie abusives — Pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie conférés par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Critères exigés pour la délivrance d'un mandat — Critères non spécifiés — Neutralité de l'arbitre qui décerne le mandat — Les pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie que confère la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sont-ils incompatibles avec l'art. 8 de la Charte et, par conséquent, inopérants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1), (3).

Ken Gordon Excavating Ltd. c. Edstan Construction Ltd. *et autres* **280**

Privilèges de constructeur — Propriétaire — Ouvrages publics — Société d'État qui vend un bien-fonds et qui détient une hypothèque — Projet inspiré par cette société — La société d'État est-elle un «propriétaire»? — Le projet est-il un «ouvrage public»?

Privilèges de constructeur — Validité — Ouvrages publics — Avis — Sa Majesté est censée recevoir avis du privilège — À défaut d'avis, les privilèges sont-ils valides? — Ce défaut peut-il être corrigé?

Privilèges de constructeur — Priorités — Avances faites en vertu d'une hypothèque — Caractère juridique des avances — Les montants des privilèges doivent-ils être payés à même les fonds avancés? — La somme à payer est-elle limitée au montant de la retenue prévue par la loi? — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 261), mod. par 1975 (Ont.), chap. 43, art. 1(1)d),da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Claim for non-family assets not barred by release — The Family Law Reform Act, 1978, 1978 (Ont.), c. 2, s. 8.

Nixon *v.* The Queen **197**

Criminal law — Assault — Defences — Protection of persons in authority — Common assault by Mental Retardation Counsellor on mentally retarded adult patient — Whether defence under s. 43 of the Criminal Code available — Whether Mental Retardation Counsellor a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" — Whether victim a "child" or a "pupil" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 43.

Nixon *v.* The Queen (*Intervention*) **171**

Practice — Interventions — Criminal appeals — Ontario Association for the Mentally Retarded intervener in the Court of Appeal — Association's interventions in the Supreme Court disallowed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rule 18(2).

Ogg-Moss *v.* The Queen **173**

Criminal law — Assault — Defences — Protection of persons in authority — Common assault by Mental Retardation Counsellor on mentally retarded adult patient — Whether defence under s. 43 of the Criminal Code available — Whether Mental Retardation Counsellor a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" — Whether victim a "child" or a "pupil" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 43, 771.

Ogg-Moss *v.* The Queen (*Intervention*) **171**

Practice — Interventions — Criminal appeals — Ontario Association for the Mentally Retarded intervener in the Court of Appeal — Association's interventions in the Supreme Court disallowed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rule 18(2).

Ontario Housing Corporation *v.* Ken Gordon Excavating Ltd. *et al.* **280**

Mechanics' liens — Owner — Public works — Crown corporation selling land and holding mortgage — Project inspired by that corporation — Whether or not Crown corporation an "owner" — Whether or not project a "public work".

Mechanics' liens — Validity — Public works — Notice — Crown to receive notice of lien — Whether or not liens valid in absence of notice — Whether or not defect curable.

Mechanics' liens — Priorities — Advances made under mortgage — Legal nature of advances — Whether or not liens payable out of monies advanced — Whether or not amount payable limited to statutory holdback — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, (now R.S.O. 1980, c. 261), as amended by 1975 (Ont.), c. 43, ss. 1(1)(d), (da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

Perka *et al.* *v.* The Queen **232**

Criminal law — Defences — Necessity — Illegal drugs found on distressed vessel seeking refuge in Canadian waters — Charges of importing narcotics and of possession for the purpose of trafficking — Whether defence available — Criminal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Miller c. Miller **310**

Droit matrimonial — Partage des biens — Biens autres que familiaux — Société constituée par l'époux mais mise au nom de l'épouse à des fins fiscales — Congédiement de l'époux — Règlement de l'action pour congédiement illégal comprenant une renonciation à toutes réclamations contre l'épouse — Renonciation antérieure à la Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille — Renonciation inapplicable à la réclamation relative aux biens autres que familiaux — Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille, 1978 (Ont.), chap. 2, art. 8.

Nixon c. La Reine **197**

Droit criminel — Voies de fait — Moyens de défense — Protection des personnes exerçant l'autorité — Voies de fait simples perpétrées par un conseiller en déficience mentale contre un adulte arriéré mental — Peut-on invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43 du Code criminel ? — Le conseiller en déficience mentale est-il «une personne qui remplace le père ou la mère» ou un «instituteur»? — La victime est-elle un «enfant» ou un «élève»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43.

Nixon c. La Reine (*Intervention*) **171**

Pratique — Interventions — Pourvois en matière criminelle — Interventions en Cour d'appel de l'Ontario Association for the Mentally Retarded — Interventions de l'Association refusées en Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18(2).

Ogg-Moss c. La Reine **173**

Droit criminel — Voies de fait — Moyens de défense — Protection des personnes exerçant l'autorité — Voies de fait simples perpétrées par un conseiller en déficience mentale contre un adulte arriéré mental — Peut-on invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43 du Code criminel? — Le conseiller en déficience mentale est-il «une personne qui remplace le père ou la mère» ou un «instituteur»? — La victime est-elle un «enfant» ou un «élève»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43, 771.

Ogg-Moss c. La Reine (*Intervention*) **171**

Pratique — Interventions — Pourvois en matière criminelle — Interventions en Cour d'appel de l'Ontario Association for the Mentally Retarded — Interventions de l'Association refusées en Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18(2).

Perka *et autres* c. La Reine **232**

Droit criminel — Moyens de défense — Nécessité — Drogue illégale découverte à bord d'un navire en détresse qui avait cherché refuge dans les eaux canadiennes — Accusations d'importation de stupéfiants et de possession en vue d'en faire le trafic — Ce moyen de défense peut-il être invoqué? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 7(2).

Droit criminel — Infractions en matière de stupéfiants — Moyen de défense fondé sur la classification botanique — La Loi sur les stupéfiants vise-t-elle à inclure toutes les espèces de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 7(2).

Criminal law — Drug offences — Botanical defence — Whether the Narcotic Control Act intended to include all forms of marihuana — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2.

Interpretation — Technical and scientific terms — Meaning of the phrase "Cannabis sativa L." — Meaning frozen at the time of enactment — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2, Schedule: item 3.

Appeal — Arguments on appeal — Whether respondent limited to appellants' points of law — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1).

Phoenix Assurance Company of Canada *et al.* v. Bird Construction Company Ltd. *et al.* **199**

Mechanics' liens — Liability — Development arrangement — Project under direct control of development company but ultimate control and reversion of ownership lying with assurance company — Liens claimed by construction company on insolvency of development company — Completion work on project requested by development company, and unpaid — Unpaid work on subtenancies requested by subtenants — Whether or not assurance company liable for lien claims — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, ss. 1(1)(d), 5(1), 7, 11 — The Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 38, as am. by The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), c. 51, s. 3 — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 52, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 7.

SOMMAIRE (Fin)

marihuana? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2.

Interprétation — Termes techniques et scientifiques — Sens de l'expression «Cannabis sativa L.» — Le sens à donner à cette expression est celui qu'elle avait au moment de l'adoption de la Loi — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, Annexe: art. 3.

Appel — Plaidoiries — L'intimée est-elle limitée par les points de droit soulevés par les appelants? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1).

Phoenix Assurance Company of Canada *et autre* c. Bird Construction Company Ltd. *et autres* **199**

Privilèges de constructeur — Responsabilité — Contrat de réalisation — Projet sous le contrôle direct du promoteur, mais contrôle ultime et retour de la propriété consentis à la compagnie d'assurance — Privilèges revendiqués par la compagnie de construction par suite de l'insolvabilité du promoteur — Non-paiement des travaux d'achèvement du projet demandés par le promoteur — Non-paiement des travaux exécutés sur les lieux sous-loués à la demande des sous-locataires — La compagnie d'assurance est-elle responsable à l'égard des revendications de privilège? — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, art. 1(1)d), 5(1), 7, 11 — The Judicature Act, R.S.O. 1970, chap. 228, art. 38, mod. par The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), chap. 51, art. 3 — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 52, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 7.

Société de logement de l'Ontario c. Ken Gordon Excavating Ltd. *et autres* **280**

Privilèges de constructeur — Propriétaire — Ouvrages publics — Société d'État qui vend un bien-fonds et qui détient une hypothèque — Projet inspiré par cette société — La société d'État est-elle un «propriétaire»? — Le projet est-il un «ouvrage public»?

Privilèges de constructeur — Validité — Ouvrages publics — Avis — Sa Majesté est censée recevoir avis du privilège — À défaut d'avis, les privilèges sont-ils valides? — Ce défaut peut-il être corrigé?

Privilèges de constructeur — Priorités — Avances faites en vertu d'une hypothèque — Caractère juridique des avances — Les montants des privilèges doivent-ils être payés à même les fonds avancés? — La somme à payer est-elle limitée au montant de la retenue prévue par la loi? — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 261), mod. par 1975 (Ont.), chap. 43, art. 1(1)d),da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch, Michael J. Milton, Michael L. Murphy, J. Andrew McAlpine, and Antonio P. Marrocco, also known as Anthony P. Marroco *Appellants*;

and

Southam Inc. *Respondent.*

File No.: 17569.

1983: November 22; 1984: September 17.

Present: Laskin C.J.* and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Unreasonable search and seizure — Combines Investigation Act search and seizure powers — Standards required for issuance of warrant — Standards not specified — Neutrality of arbiter issuing warrant — Whether search and seizure powers of Combines Investigation Act inconsistent with s. 8 of Charter and therefore of no force or effect — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10(1), (3).

Pursuant to s. 10(1) of the *Combines Investigation Act*, the Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch authorized several Combines Investigation officers to enter and examine documents and other things at a respondent's business premises in Edmonton "and elsewhere in Canada". The authorization was certified by a member of the Restrictive Trade Practices Commission pursuant to s. 10(3) of the Act. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was proclaimed after the authorization was made but before the actual search had begun. Respondent unsuccessfully sought an interim injunction pending trial of the question whether the search was in violation of s. 8 of the *Charter*—the unreasonable search and seizure provision. The Alberta Court of Appeal ordered all documents taken from the respondent's premises sealed as an interim measure and proceeded with the appeal on the basis that the issue of whether s. 10 was inconsistent

* The Chief Justice took no part in the judgment.

Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions, Michael J. Milton, Michael L. Murphy, J. Andrew McAlpine et Antonio P. Marrocco, aussi connu sous le nom de Anthony P. Marroco *Appelants*;

et

Southam Inc. *Intimée.*

N° du greffe: 17569.

1983: 22 novembre; 1984: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Fouille, perquisition et saisie abusives — Pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie conférés par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Critères exigés pour la délivrance d'un mandat — Critères non spécifiés — Neutralité de l'arbitre qui décerne le mandat — Les pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie que confère la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sont-ils incompatibles avec l'art. 8 de la Charte et, par conséquent, inopérants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1), (3).

Conformément au par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions a autorisé plusieurs fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions à pénétrer dans les bureaux de l'intimée à Edmonton «et ailleurs au Canada» et à y examiner des documents et d'autres pièces. L'autorisation a été certifiée par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce conformément au par. 10(3) de la Loi. La *Charte canadienne des droits et libertés* a été promulguée après que l'autorisation eut été accordée mais avant que la perquisition ne débute réellement. L'intimée a sans succès cherché à obtenir une injonction provisoire en attendant l'instruction de la question de savoir si la perquisition violait l'art. 8 de la *Charte*—la disposition portant sur les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. À titre de mesure provisoire, la Cour d'appel de l'Alberta a ordonné que

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

with the Constitution could have been properly dealt with as an application for summary judgment at first instance. Appellants appeal from that Court's finding that s. 10(3), and, by implication, s. 10(1) of the Act, were inconsistent with the *Charter* and therefore of no force or effect.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document, the provisions of which must be subjected to a purposive analysis. Section 8 of the *Charter* guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable searches and seizures which extends at least so far as to protect the right of privacy from unjustified state intrusion. Its purpose requires that unjustified searches be prevented. It is not enough that a determination be made, after the fact, that the search should not have been conducted. This can only be accomplished by a requirement of prior authorization. Accordingly, prior authorization, where feasible, is a precondition for a valid search and seizure. It follows that warrantless searches are *prima facie* unreasonable under s. 8. The party seeking to justify a warrantless search bears the onus of rebutting the presumption of unreasonableness.

Section 10(3) of the *Combines Investigation Act* provides for prior authorization of searches by a member of the Restrictive Trade Practices Commission. The procedures established by s. 10(3), however, are constitutionally defective in two respects.

First, for the authorization procedure to be meaningful, it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the conflicting interests of the state and the individual in an entirely neutral and impartial manner. This means that while the person considering the prior authorization need not be a judge, he must nevertheless, at a minimum, be capable of acting judicially. *Inter alia*, he must not be someone charged with investigative or prosecutorial functions under the relevant statutory scheme. The significant investigatory functions bestowed upon the Restrictive Trade Practices Commission and its members by the Act vitiated a member's ability to act in a judicial capacity in authorizing a s. 10(3) search and seizure and do not accord

tous les documents saisis dans les locaux de l'intimée soient mis sous scellé et a procédé à l'audition de l'appel en tenant pour acquis que la question de savoir si l'art. 10 est incompatible avec la Constitution aurait pu de prime abord être considérée comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire. Les appelants en appellent de la conclusion de cette cour portant que le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la Loi sont incompatibles avec la *Charte* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but, dont les dispositions doivent faire l'objet d'une analyse qui consiste à examiner le but visé. L'article 8 de la *Charte* garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui va au moins jusqu'à assurer la protection du droit à la vie privée contre l'intrusion injustifiée de l'État. Son but exige que l'on prévienne les fouilles et les perquisitions injustifiées. Il n'est pas suffisant de déterminer, après le fait, qu'une fouille ou une perquisition n'aurait pas dû être effectuée. Cela ne peut se faire que par l'exigence d'une autorisation préalable. Par conséquent, une autorisation préalable, quand elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie. Il s'ensuit que les perquisitions sans mandat sont à première vue abusives en vertu de l'art. 8. Il incombe à la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat de réfuter cette présomption du caractère abusif.

Le paragraphe 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoit que les fouilles ou les perquisitions doivent être préalablement autorisées par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Toutefois, le processus établi par le par. 10(3) est, du point de vue constitutionnel, entaché de deux vices.

En premier lieu, pour que le processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, les droits opposés de l'État et du particulier. Cela signifie que même s'il n'est pas nécessaire que la personne qui examine l'autorisation préalable soit un juge, elle doit tout au moins être en mesure d'agir de façon judiciaire. Notamment, il ne doit pas s'agir d'une personne investie de pouvoirs d'enquête ou de poursuite en vertu du régime législatif pertinent. Les pouvoirs d'enquête importants conférés par la Loi à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et à ses membres ont pour effet d'empêcher un membre d'agir de façon judi-

with the neutrality and detachment necessary to balance the interests involved.

Second, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard consistent with s. 8 of the *Charter* for authorizing searches and seizures. Subsections 10(1) and 10(3) of the Act do not embody such a requirement. They do not, therefore, measure up to the standard imposed by s. 8 of the *Charter*. The Court will not attempt to save the Act by reading into it the appropriate standards for issuing a warrant. It should not fall to the courts to fill in the details necessary to render legislative lacunae constitutional.

In the result, subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* are inconsistent with the *Charter* and of no force or effect because they fail to specify an appropriate standard for the issuance of warrants and designate an improper arbiter to issue them.

Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia, [1982] 2 S.C.R. 307, followed; *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, [1980] 2 F.C. 386, applied; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), adopted; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (unreported, Ont. H. C., May 4, 1983); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950); *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal [1983] 3 W.W.R. 385, 147 D.L.R. (3d) 420, 24 Alta. L.R. (2d) 307, 42 A.R. 93, allowing an appeal (heard as a proper case to have been treated at first instance as an application for summary judgment) from a judgment of Cavanagh J. dismissing an application for an interim injunction pending trial of the matter in issue. Appeal dismissed.

ciaire lorsqu'il autorise une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu du par. 10(3) et cadrent mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour déterminer la prépondérance des droits en jeu.

En second lieu, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Les paragraphes 10(1) et 10(3) de la Loi ne comportent pas une telle exigence. Par conséquent, ils ne satisfont pas au critère imposé par l'art. 8 de la *Charte*. La Cour ne tentera pas de sauver la Loi en y ajoutant, au moyen d'une interprétation large, les critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails nécessaires pour rendre constitutionnelles les lacunes législatives.

En définitive, les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec la *Charte* et inopérants parce qu'ils ne spécifient aucun critère approprié applicable à la délivrance des mandats et parce qu'ils désignent un arbitre qui n'a pas les qualités voulues pour les décerner.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; arrêt appliqué: *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, [1980] 2 C.F. 386; arrêt adopté: *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); arrêts mentionnés: *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (inédit, H. C. Ont., le 4 mai 1983); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950); *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta [1983] 3 W.W.R. 385, 147 D.L.R. (3d) 420, 24 Alta. L.R. (2d) 307, 42 A.R. 93, qui a accueilli l'appel (entendu comme une affaire qui pouvait de prime abord être considérée comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire) interjeté à l'encontre du jugement du juge Cavanagh qui a rejeté une requête visant à obtenir une injonction provisoire en attendant l'instruction de la question en litige. Pourvoi rejeté.

Eric A. Bowie, Q.C., and *Ingrid C. Hutton, Q.C.*, for the appellants.

A. H. Lefever and *F. S. Kozak*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The Constitution of Canada, which includes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the supreme law of Canada. Any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* so mandates. The constitutional question posed in this appeal is whether s. 10(3), and by implication s. 10(1), of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, (the "Act") are inconsistent with s. 8 of the *Charter* by reason of authorizing unreasonable searches and seizures and are therefore of no force and effect.

I Background

Subsections 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* provide:

10. (1) Subject to subsection (3), in any inquiry under this Act the Director [of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch] or any representative authorized by him may enter any premises on which the Director believes there may be evidence relevant to the matters being inquired into and may examine any thing on the premises and may copy or take away for further examination or copying any book, paper, record or other document that in the opinion of the Director or his authorized representative, as the case may be, may afford such evidence.

. . .

(3) Before exercising the power conferred by subsection (1), the Director or his representative shall produce a certificate from a member of the [Restrictive Trade Practices] Commission, which may be granted on the *ex parte* application of the Director, authorizing the exercise of such power.

On April 13, 1982, in the course of an inquiry under the Act, the appellant Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch, authorized the

Eric A. Bowie, c.r., et *Ingrid C. Hutton, c.r.*, pour les appelants.

A. H. Lefever et *F. S. Kozak*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—La Constitution du Canada, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, est la loi suprême du Canada. Elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. C'est ce que prescrit le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question constitutionnelle soulevée dans ce pourvoi est de savoir si le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 (la «Loi») sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte* parce qu'ils autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives, et s'ils sont par conséquent inopérants.

I Historique

Les paragraphes 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoient:

10. (1) Sous réserve du paragraphe (3), dans une enquête tenue en vertu de la présente loi, le directeur [des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions] ou tout représentant qu'il a autorisé peut pénétrer dans tout local où le directeur croit qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête, examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en faire un plus ample examen ou pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, de l'avis du directeur ou de son représentant autorisé, selon le cas, est susceptible de fournir une telle preuve.

. . .

(3) Avant d'exercer le pouvoir conféré par le paragraphe (1), le directeur ou son représentant doit produire un certificat d'un membre de la Commission [sur les pratiques restrictives du commerce], lequel peut être accordé à la demande *ex parte* du directeur, autorisant l'exercice de ce pouvoir.

Le 13 avril 1982, au cours d'une enquête tenue sous le régime de la Loi, l'appelant Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions, a autorisé

other appellants, Messrs. Milton, Murphy, McAlpine and Marroco, all Combines Investigation officers, to exercise his authority under s. 10 of the Act to enter and examine documents and other things at the business premises of the *Edmonton Journal*, a division of the respondent corporation, Southam Inc.

On April 16, 1982, in fulfilment of the requirement in s. 10(3) of the Act, Dr. Frank Roseman, a member of the Restrictive Trade Practices Commission, (the "R.T.P.C.") certified his authorization of this exercise of the Director's powers.

On April 17, 1982, the *Constitution Act, 1982*, incorporating the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was proclaimed. Section 8 of the *Charter* provides:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

On April 19, 1982 the officers presented their certified authorization at the premises of the *Edmonton Journal*. The English version of this certificate reads as follows:

In the matter of the Combines Investigation Act and section 33 and section 34(1)(c) thereof

and

in the matter of an Inquiry relating to the Production, Distribution and Supply of Newspapers and Related Products in Edmonton

TO: M. J. Milton
M. L. Murphy
J. A. McAlpine
A. P. Marrocco

being my representatives under section 10 of the Combines Investigation Act

You are hereby authorized to enter upon the premises hereinafter mentioned, on which I believe there may be evidence relevant to this inquiry, and examine anything thereon and copy or take away for copying any book, paper, record or other document that in your opinion may afford such evidence.

The premises referred to herein are those occupied by or on behalf of

Southam Inc.
10006-101 Street
Edmonton, Alberta

les autres appelants, MM. Milton, Murphy, McAlpine et Marroco, qui sont tous des fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions, à exercer les pouvoirs qu'il a en vertu l'art. 10 de la Loi, de pénétrer dans les bureaux de l'*Edmonton Journal*, une branche de la société intimée Southam Inc., et d'y examiner des documents et d'autres pièces.

Le 16 avril 1982, conformément au par. 10(3) de la Loi, le Dr Frank Roseman, membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la CPRC) a délivré un certificat autorisant le directeur à exercer ces pouvoirs.

La *Loi constitutionnelle de 1982*, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été promulguée le 17 avril 1982. L'article 8 de la *Charte* prévoit:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Le 19 avril 1982, les fonctionnaires se sont rendus dans les locaux de l'*Edmonton Journal* en présentant leur autorisation certifiée. La version française de ce certificat se lit ainsi:

Au sujet de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et de l'article 33 et de l'alinéa 34(1)c) de cette loi

et

dans l'enquête concernant la production, la distribution et la fourniture de journaux et de produits connexes à Edmonton

À: M. J. Milton
M. L. Murphy
J. A. McAlpine
A. P. Marrocco

qui sont mes représentants en vertu de l'art. 10 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Vous êtes par les présentes autorisés à pénétrer dans les locaux ci-après désignés, où je crois qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de cette enquête et à examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, à votre avis, est susceptible de fournir une telle preuve.

Les locaux dont il s'agit dans les présentes sont ceux occupés par ou pour le compte de

Southam Inc.
10006, 101e rue
Edmonton (Alberta)

and elsewhere in Canada

This authorization is not valid after May 31, 1982.

Dated in Hull, in the Province of Quebec this 13th day of April 1982.

Lawson A.W. Hunter

Director of Investigation and Research
Combines Investigation Act

I hereby certify that the above exercise of powers is authorized pursuant to Section 10 of the Combines Investigation Act.

Dated in Ottawa, in the Province of Ontario, this 16th day of April, 1982.

Frank Roseman, Member,

Restrictive Trade Practices Commission

et ailleurs au Canada

Cette autorisation n'est pas valide après le 31 mai 1982.

Daté à Hull, dans la province de Québec ce 13e jour d'avril 1982.

Lawson A.W. Hunter

Directeur des enquêtes et recherches
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

Je certifie que l'exercice des pouvoirs ci-dessus mentionnés est autorisé conformément à l'article 10 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Daté à Ottawa, dans la province d'Ontario ce 16e jour d'avril 1982.

Frank Roseman, membre

Commission sur les pratiques restrictives du commerce

The authorization has a breathtaking sweep; it is tantamount to a licence to roam at large on the premises of Southam Inc. at the stated address "and elsewhere in Canada".

On April 20 the officers commenced the search. They said they wished to search every file of Southam Inc. at 10006 – 101 Street, Edmonton, except files in the news room but including all files of J. Patrick O'Callaghan, publisher of the *Edmonton Journal*. They declined to give the name of any person whose complaint had initiated the inquiry, or to say under which section of the Act the inquiry had been begun. They also declined to give more specific information as to the subject matter of the inquiry than that contained in the authorization to search.

At noon of April 20, Southam Inc. served upon the officers of the Combines Investigation Branch a notice of motion for an interim injunction. The application was heard by Cavanagh J. who held that although Southam had raised a serious question as to whether the search was in violation of s. 8 of the *Charter*, the balance of convenience militated in favour of denying the interlocutory injunction pending trial of the matter. At the hearing, the appellants maintained, unsuccessfully, that the Director of Investigation and Research, and his authorized representatives, acting pursuant to s. 10 of the Act were a "federal board, commission or other tribunal" within s. 2 of the *Federal Court*

L'autorisation a une portée renversante; elle équivaut à permettre de fouiller partout dans les locaux de Southam Inc. à l'adresse indiquée «et ailleurs au Canada».

Le 20 avril, les fonctionnaires ont commencé à perquisitionner. Ils ont dit vouloir fouiller chaque dossier de Southam Inc. au 10006 de la 101e rue, Edmonton, sauf les dossiers se trouvant dans la salle des nouvelles, mais y compris tous les dossiers de J. Patrick O'Callaghan, éditeur de l'*Edmonton Journal*. Ils ont refusé de divulguer le nom des plaignants qui sont à l'origine de l'enquête ou d'indiquer en vertu de quel article de la Loi l'enquête a été ouverte. Ils ont également refusé de fournir, quant à l'objet de l'enquête, des renseignements plus précis que ceux qui sont contenus dans l'autorisation de perquisitionner.

Le 20 avril à midi, Southam Inc. a signifié aux fonctionnaires de la direction des enquêtes sur les coalitions un avis de requête visant à obtenir une injonction provisoire. La requête a été entendue par le juge Cavanagh qui a décidé que même si Southam avait soulevé une question importante quant à savoir si la perquisition violait l'art. 8 de la *Charte*, il était préférable de rejeter l'injonction interlocutoire en attendant l'instruction de l'affaire. À l'audience, les appelants ont fait valoir sans succès que le directeur des enquêtes et recherches et ses représentants autorisés constituent, lorsqu'ils agissent sous le régime de l'art. 10 de la Loi, un «office, commission ou autre tribunal fédé-

Act and that the Federal Court, not the provincial courts of Alberta, had jurisdiction.

Southam appealed to the Alberta Court of Appeal. The appellants also appealed, from that part of the judgment which held that the Alberta Court of Queen's Bench had jurisdiction. As an interim provision the Court of Appeal ordered that the documents taken from the premises of the *Edmonton Journal* be sealed pending resolution of the appeal. After hearing the parties, the Court held that the case was a proper one to have been treated at first instance as an application for summary judgment on the issues of (1) whether the Alberta courts or the Federal Court had jurisdiction to make the orders requested and (2) whether s. 10 of the Act was in whole or in part inconsistent with the provisions of the Constitution. The Court therefore directed that the appeal itself be heard on this basis. At the subsequent hearing, the judgment of this Court in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, having by then been delivered, the present appellants abandoned their challenge to the jurisdiction of the Alberta courts and addressed their arguments solely to the substantive issue of the constitutionality of s. 10 of the Act. A unanimous five-judge panel of the Alberta Court of Appeal, speaking through Prowse J.A., held that s. 10(3) [and] by implication s. 10(1), of the Act were inconsistent with the provisions of s. 8 of the *Charter* and therefore of no force or effect. It is from this ruling that the present appellants bring their appeal before this Court.

II The Positions of the Parties

A) The Respondent, Southam Inc.

In alleging that subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* are inconsistent with the right to be secure against unreasonable search and seizure, Southam Inc. relies heavily on the historic protections afforded by common law and by statute as defining the correct standard of reasonableness for purposes of s. 8 of the *Charter*. This was essentially the approach taken by Prowse J.A. when he said:

ral» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que c'est la Cour fédérale qui a compétence et non les cours provinciales de l'Alberta.

Southam a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta. Les appelants en ont également appelé de la partie du jugement où on conclut que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a compétence. À titre de mesure provisoire, la cour d'appel a ordonné que les documents saisis dans les locaux de l'*Edmonton Journal* soient mis sous scellé jusqu'à ce que l'appel soit tranché. Après avoir entendu les parties, la cour a conclu qu'il s'agissait là d'un cas qui pouvait de prime abord être considéré comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire sur les questions de savoir (1) si les cours de l'Alberta ou la Cour fédérale ont compétence pour rendre les ordonnances demandées et (2) si l'art. 10 de la Loi est, en totalité ou en partie, incompatible avec les dispositions de la Constitution. La cour a donc ordonné que l'appel lui-même soit entendu en fonction de ces questions. À l'audience subséquente, cette Cour ayant dans l'intervalle rendu l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, les appelants en l'espèce ont cessé de contester la compétence des cours de l'Alberta et ont limité leurs arguments à la question de la constitutionnalité de l'art. 10 de la Loi. Par la voix du juge Prowse, les cinq juges de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu à l'unanimité que le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la Loi sont incompatibles avec les dispositions de l'art. 8 de la *Charte* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants. C'est de cette décision que les appelants en l'espèce font appel devant cette Cour.

II La position des parties

A) L'intimée Southam Inc.

Dans son allégation que les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, Southam Inc. s'appuie fortement sur la protection offerte depuis longtemps par la *common law* et les textes de loi comme moyen de définir le critère exact du caractère raisonnable aux fins de l'art. 8 de la *Charte*. C'est essentiellement le point de vue adopté par le juge Prowse lorsqu'il affirme:

The roots of the right to be so secure are embedded in the common law and the safeguards according that right are found in common law, in statutes subsequently enacted, and in decisions of the courts made as the society in which we live has evolved. The expression of the right in a constitutional document reminds us of those roots and the tradition associated with the right. One would be presumptuous to assume that we have attained the zenith of our development as a civilization and that the right accorded an individual is frozen for eternity. Section 8, however, requires us to be ever mindful of some of the criteria that have been applied in the past in securing the right.

Applying this approach, Prowse J.A. concluded—correctly in Southam Inc.'s submission—that, absent exceptional circumstances, the provisions of s. 443 of the *Criminal Code*, which extends to investigations of *Criminal Code* offences the procedural safeguards the common law required for entries and searches for stolen goods, constitute the minimal prerequisites for reasonable searches and seizures in connection with the investigation of any criminal offence, including possible violations of the *Combines Investigation Act*. Prowse J.A. summarized these procedural safeguards in the following propositions:

> (a) the power to authorize a search and seizure is given to an impartial and independent person (at common law a justice) who is bound to act judicially in discharging that function,
>
> (b) that evidence must satisfy the justice that the person seeking the authority has reasonable ground to suspect that an offence had been committed,
>
> (c) that evidence must satisfy the justice that the person seeking the authority has reasonable grounds to believe, at common law, that stolen property may be on the premises or, under s. 443(1)(b), that something will afford evidence of an offence may be recovered, and
>
> (d) there must be evidence on oath before him.

Southam Inc. contends that subss. 10(1) and 10(3) fail to provide any of these safeguards. In its submission, the approval by a member of the

[TRADUCTION] Le droit à la protection tire son origine de la *common law* et les garanties de ce droit se trouvent dans la *common law*, dans les lois adoptées par la suite et dans les décisions que les cours ont rendues à mesure qu'évoluait notre société. L'expression de ce droit dans un document constitutionnel nous rappelle cette origine et la tradition qui s'attachent à ce droit. Il serait présomptueux de croire que nous avons atteint l'apogée de notre évolution en tant que civilisation et que le droit accordé à une personne est immuable. Cependant, l'article 8 nous oblige à toujours nous rappeler certains des critères qui ont été appliqués dans le passé pour garantir ce droit.

Appliquant ce point de vue, le juge Prowse a conclu—à bon droit selon Southam Inc.—qu'à moins de circonstances exceptionnelles les dispositions de l'art. 443 du *Code criminel*, qui étendent aux enquêtes sur les infractions prévues au *Code criminel* les garanties en matière de procédure que la *common law* exige quant aux fouilles et aux perquisitions visant des biens volés, constituent les conditions préalables minimales pour que des fouilles, des perquisitions et des saisies soient raisonnables dans le cas d'une enquête portant sur une infraction criminelle et notamment sur des violations possibles de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le juge Prowse a résumé ainsi ces garanties en matière de procédure:

> [TRADUCTION] a) le pouvoir d'autoriser une fouille, une perquisition et une saisie est attribué à une personne impartiale et indépendante (un juge de paix en *common law*) qui, dans l'exercice de cette fonction, est tenue d'agir de façon judiciaire,
>
> b) ces dépositions doivent convaincre le juge de paix que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise,
>
> c) ces dépositions doivent convaincre le juge de paix que la personne qui demande l'autorisation a, suivant la *common law*, des motifs raisonnables de croire que des biens volés peuvent se trouver dans les lieux ou que, suivant l'al. 443(1)b), il peut s'y trouver quelque chose qui fournira une preuve qu'une infraction a été perpétrée, et
>
> d) les dépositions présentées au juge de paix doivent être faites sous serment.

Southam Inc. soutient que les par. 10(1) et 10(3) n'offrent aucune de ces garanties. Selon elle, l'approbation par un membre de la CPRC de la

R.T.P.C. of the Director's decision to authorize search and seizure is not approval by an independent arbiter or neutral and impartial person. It argues further that subss. 10(1) and 10(3) do not require that the R.T.P.C. member be satisfied that the Director has reasonable grounds to suspect an offence has been committed or to believe there may be evidence at the place at which the Director wishes to search, nor does it require evidence under oath about these matters. In fact, Southam Inc. contends, as these subsections have been judicially interpreted in cases such as *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, [1980] 2 F.C. 386, they prevent the R.T.P.C. member from ascertaining or passing judgment on anything except that there is, *de facto*, an inquiry in progress under the Act, an interpretation which, in Southam's submission, constitutes the R.T.P.C. member as merely a "rubber stamp" for the Director's decision to authorize a search. For all these reasons, Southam submits, giving effect to subss. 10(1) and 10(3) could yield no other result than an unreasonable search and seizure.

B) The Appellants

The appellants take a different view. In their submission the constitutionality of s. 10 ought to be considered on the basis of whether its provisions could be applied consistently with the *Charter*. It is their contention that they can. In their view, approval by the R.T.P.C. member does constitute authorization by a neutral and impartial arbiter. They deny there is any reasonable apprehension of bias attaching to him or to his function in approving the Director's authorizations to enter and search premises. As to the further requirements cited by Prowse J.A. and amplified on by Southam Inc., the appellants implicitly deny that an easy parallel can be drawn between the offences set out in the *Criminal Code* and those created by the *Combines Investigation Act* so as to justify invoking the procedural safeguards in s. 443 as the proper standard of reasonableness for searches and seizures by the authorities in connection with these latter offences. In their submission combines

décision du directeur d'autoriser une perquisition et une saisie n'est pas une approbation émanant d'un arbitre indépendant ou d'une personne neutre et impartiale. Elle prétend en outre que les par. 10(1) et 10(3) n'exigent pas que le membre de la CPRC soit convaincu que le directeur a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise ou de croire qu'un élément de preuve peut se trouver à l'endroit où souhaite perquisitionner le directeur, ni qu'il y ait des dépositions sous serment concernant ces questions. En fait, Southam Inc. prétend que ces paragraphes, qui ont été interprétés dans des arrêts tels que *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, [1980] 2 C.F. 386, empêchent le membre de la CPRC de tirer une conclusion ou de porter un jugement sur quoi que ce soit, si ce n'est qu'une enquête sous le régime de la Loi est réellement en cours, une interprétation qui, de l'avis de Southam, fait du membre de la CPRC un simple «mécanisme d'approbation» de la décision du directeur d'autoriser une fouille ou une perquisition. Pour tous ces motifs, soutient Southam, l'application des par. 10(1) et 10(3) ne peut mener qu'à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives.

B) Les appelants

Les appelants adoptent un point de vue différent. Selon eux, en examinant la constitutionnalité de l'art. 10 il faut se demander si ses dispositions peuvent être appliquées de manière compatible avec la *Charte*. Ils prétendent que oui. À leur avis, l'approbation par un membre de la CPRC constitue effectivement une autorisation par un arbitre neutre et impartial. Ils soutiennent qu'il n'y a pas lieu de craindre que le membre en question fasse preuve de partialité en approuvant l'autorisation du directeur de fouiller ou de perquisitionner dans un local. Quant aux autres exigences mentionnées par le juge Prowse et sur lesquelles Southam Inc. a mis l'accent, les appelants nient implicitement qu'on puisse aisément établir, entre les infractions énoncées au *Code criminel* et celles créées par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, un parallèle qui permette de prétendre que les garanties en matière de procédure qu'offre l'art. 443 constituent le critère applicable pour déterminer si

offences require specialized techniques for their detection and suppression. They say that for such offences, as compared to most other criminal offences, there is inherently less basis for certainty and specificity, both as to the commission of an offence and as to the existence of specific physical evidence in relation to such offence. In this context, they contend, s. 10 does not authorize "unreasonable" search or seizure. Further, the appellants argue, the wording of s. 10 does not prevent the R.T.P.C. member in appropriate cases from requiring, for instance, evidence under oath before he approves the Director's authorization. In any event, they maintain, it cannot be said that s. 10 is incapable of being applied in a manner which does not offend the Constitution, and it ought not, therefore, to be struck down. At most it ought to be read down so as to include any necessary procedural safeguards. In support, they cite the decision of Van Camp J. in *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (unreported, Ont. H.C., May 4, 1983).

III "Unreasonable" Search or Seizure

At the outset it is important to note that the issue in this appeal concerns the constitutional validity of a statute authorizing a search and seizure. It does not concern the reasonableness or otherwise of the manner in which the appellants carried out their statutory authority. It is not the conduct of the appellants, but rather the legislation under which they acted, to which attention must be directed.

As is clear from the arguments of the parties as well as from the judgment of Prowse J.A., the crux of this case is the meaning to be given to the term "unreasonable" in the s. 8 guarantee of freedom from unreasonable search or seizure. The guarantee is vague and open. The American courts have had the advantage of a number of specific prerequisites articulated in the Fourth Amendment to the United States Constitution, as well as a history

les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par les autorités relativement à ce dernier type d'infractions sont raisonnables. Selon eux, il faut avoir recours à des techniques spécialisées pour déceler et supprimer les infractions en matière de coalitions. Ils affirment que, contrairement à la plupart des autres infractions criminelles, ces infractions comportent en soi moins de certitude et de spécificité pour ce qui est de leur perpétration et de l'existence de preuves matérielles précises les concernant. Dans ce contexte, ils prétendent que l'art. 10 ne permet pas d'effectuer des fouilles, des perquisitions ou des saisies «abusives». Les appelants soutiennent en outre que la formulation de l'art. 10 n'empêche pas le membre de la CPRC d'exiger dans les cas appropriés, par exemple, une déposition sous serment avant d'approuver l'autorisation du directeur. Quoi qu'il en soit selon eux, on ne peut pas dire que l'art. 10 n'est pas susceptible d'être appliqué d'une manière compatible avec la Constitution et cet article ne devrait donc pas être radié. Tout au plus il devrait recevoir une interprétation atténuée de manière à inclure toutes les garanties nécessaires en matière de procédure. À l'appui de cet argument, ils citent la décision du juge Van Camp dans l'affaire *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (inédite, H. C. Ont., le 4 mai 1983).

III Fouilles, perquisitions ou saisies «abusives»

Il importe d'abord de souligner que la question en litige dans ce pourvoi concerne la constitutionnalité d'une loi autorisant des fouilles, des perquisitions et des saisies. Elle ne concerne pas le caractère raisonnable ou autre de la façon dont les appelants ont exercé les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Il faut se pencher non pas sur la conduite des appelants mais plutôt sur les textes de loi en vertu desquels ils ont agi.

Il ressort clairement des arguments des parties et du jugement du juge Prowse que le point capital en l'espèce est le sens qu'il faut donner au terme «abusives» que l'on trouve dans la formulation de la protection que garantit l'art. 8 contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. La garantie offerte est vague et générale. Les tribunaux américains ont bénéficié d'un certain nombre de conditions préalables précises énoncées dans le

of colonial opposition to certain Crown investigatory practices from which to draw out the nature of the interests protected by that Amendment and the kinds of conduct it proscribes. There is none of this in s. 8. There is no specificity in the section beyond the bare guarantee of freedom from "unreasonable" search and seizure; nor is there any particular historical, political or philosophic context capable of providing an obvious gloss on the meaning of the guarantee.

It is clear that the the meaning of "unreasonable" cannot be determined by recourse to a dictionary, nor for that matter, by reference to the rules of statutory construction. The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind. Professor Paul Freund expressed this idea aptly when he admonished the American courts "not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one".

The need for a broad perspective in approaching constitutional documents is a familiar theme in Canadian constitutional jurisprudence. It is contained in Viscount Sankey's classic formulation in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, cited and applied in countless Canadian cases:

Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis, ainsi que de l'opposition des colonies à certaines pratiques de la Couronne en matière d'enquête, ce qui leur a permis d'identifier la nature des droits protégés par cet amendement et le genre de conduite qu'il proscrit. On ne retrouve rien de cela à l'art. 8. Cet article n'offre rien de plus qu'une simple garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives»; il n'y a non plus aucun contexte historique, politique ou philosophique susceptible de préciser le sens de cette garantie.

Il est clair qu'on ne peut pas déterminer le sens du mot «abusives» au moyen d'un dictionnaire ou des règles d'interprétation des lois. L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions. Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu'il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] «de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu'elle ne le devienne».

La nécessité d'aborder dans une perspective d'ensemble les documents constitutionnels est un thème bien connu en droit constitutionnel canadien. Ce point de vue se retrouve dans la formulation classique du vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, laquelle a été citée et appliquée dans d'innombrables décisions canadiennes:

The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada .... Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board—it is certainly not their desire—to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation.

More recently, in *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, dealing with the Bermudian Constitution, Lord Wilberforce reiterated at p. 328 that a constitution is a document "sui generis, calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character", and that as such, a constitution incorporating a *Bill of Rights* calls for:

> ... a generous interpretation avoiding what has been called "the austerity of tabulated legalism," suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to.

Such a broad, purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects is also consonant with the classical principles of American constitutional construction enunciated by Chief Justice Marshall in *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). It is, as well, the approach I intend to take in the present case.

I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action. In the present case this means, as Prowse J.A. pointed out, that in guaranteeing the right to be secure from unreasonable searches and seizures, s. 8 acts as a limitation on whatever powers of search and seizure the federal or provincial governments already and otherwise possess. It does not in itself confer any powers, even of "reasonable" search and seizure,

[TRADUCTION] L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles. L'Acte avait pour objet de donner une Constitution au Canada ... Leurs Seigneuries croient non pas que cette chambre a le devoir—ce n'est certainement pas là leur volonté—de restreindre la portée des dispositions de l'Acte par une interprétation étroite et littérale, mais plutôt qu'il lui incombe de lui donner une interprétation large et libérale.

Récemment, dans l'arrêt *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, portant sur la Constitution des Bermudes, lord Wilberforce a réaffirmé à la p. 328 qu'une constitution est un document [TRADUCTION] «d'une espèce particulière qui requiert des règles d'interprétation qui lui sont propres, qui conviennent à sa nature», et que comme telle, une constitution qui contient une *Déclaration des droits* exige:

> [TRADUCTION] ... une interprétation libérale afin d'éviter ce qu'on a appelé «l'austérité du juridisme tabulaire» et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fondamentaux mentionnés.

Cette analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges est également compatible avec les règles classiques d'interprétation de la Constitution américaine énoncées par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). C'est également le point de vue que j'entends adopter en l'espèce.

Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. En l'espèce, cela signifie, comme l'a fait remarquer le juge Prowse de la Cour d'appel, qu'en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements pro-

on these governments. This leads, in my view, to the further conclusion that an assessment of the constitutionality of a search and seizure, or of a statute authorizing a search or seizure, must focus on its "reasonable" or "unreasonable" impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective.

Since the proper approach to the interpretation of the *Charter of Rights and Freedoms* is a purposive one, before it is possible to assess the reasonableness or unreasonableness of the impact of a search or of a statute authorizing a search, it is first necessary to specify the purpose underlying s. 8: in other words, to delineate the nature of the interests it is meant to protect.

Historically, the common law protections with regard to governmental searches and seizures were based on the right to enjoy property and were linked to the law of trespass. It was on this basis that in the great case of *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275, the Court refused to countenance a search purportedly authorized by the executive, to discover evidence that might link the plaintiff to certain seditious libels. Lord Camden prefaced his discussion of the rights in question by saying, at p. 1066 [19 St. Tr. 1029]:

> The great end, for which men entered into society, was to preserve their property. That right is preserved sacred and incommunicable in all instances, where it has not been taken away or abridged by some public law for the good of the whole.

The defendants argued that their oaths as King's messengers required them to conduct the search in question and ought to prevail over the plaintiff's property rights. Lord Camden rejected this contention, at p. 291 [1 Wils. K.B. 275]:

vinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies «raisonnables». À mon avis, cela nous amène à conclure également que la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie ou d'une loi autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable.

Puisque la façon appropriée d'aborder l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* est de considérer le but qu'elle vise, il est d'abord nécessaire de préciser le but fondamental de l'art. 8 pour pouvoir évaluer le caractère raisonnable ou abusif de l'effet d'une fouille ou d'une perquisition ou d'une loi autorisant une fouille ou une perquisition: en d'autres termes, il faut d'abord délimiter la nature des droits qu'il vise à protéger.

Historiquement, la protection qu'offre la *common law* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par le gouvernement se fonde sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et elle est liée au droit applicable en matière d'intrusion. C'est à partir de cela que, dans l'arrêt célèbre *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K. B. 275, la cour a refusé d'approuver une perquisition apparemment autorisée par le pouvoir exécutif en vue de chercher des éléments de preuve qui auraient pu relier le demandeur à certains libelles séditieux. Avant d'examiner les droits en question, lord Camden affirme, à la p. 1066 [19 St. Tr. 1029]:

> [TRADUCTION] Les hommes ont formé une société dans le but ultime de protéger leurs biens. Ce droit est protégé, sacré et inaliénable dans tous les cas où il n'a été ni supprimé ni limité par une loi publique pour le bien de la collectivité.

Les défendeurs ont fait valoir que le serment qu'ils avaient prêté à titre de messagers du Roi les obligeaient à effectuer la perquisition en question et que cette obligation primait le droit de propriété du demandeur. Lord Camden a rejeté cet argument en affirmant, à la p. 291 [1 Wils. K. B. 275]:

. . . our law holds the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbour's close without his leave: if he does he is a trespasser, though he does no damage at all; if he will tread upon his neighbour's ground, he must justify it by law.

Lord Camden could find no exception from this principle for the benefit of King's messengers. He held that neither the instrusions nor the purported authorizations were supportable on the basis of the existing law. That law would only have countenanced such an entry if the search were for stolen goods and if authorized by a justice on the basis of evidence upon oath that there was "strong cause" to believe the goods were concealed in the place sought to be searched. In view of the lack of proper legal authorization for the governmental intrusion, the plaintiff was protected from the intended search and seizure by the ordinary law of trespass.

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

The Fourth Amendment of the United States Constitution, also guarantees a broad right. It provides:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Construing this provision in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), Stewart J. delivering the

[TRADUCTION] . . . notre droit considère que la propriété de chacun est à ce point inviolable que nul ne peut mettre le pied sur la clôture de son voisin sans sa permission; s'il le fait, il devient un intrus même s'il ne cause aucun dommage; s'il pose les pieds sur le terrain de son voisin, il doit en répondre devant la loi.

Lord Camden n'a pu trouver aucune exception à ce principe qui aurait joué en faveur des messagers du Roi. Il a conclu que ni les intrusions ni les prétendues autorisations n'étaient justifiables compte tenu du droit alors en vigueur. Ce droit n'aurait permis une telle entrée que si la perquisition avait eu pour but de chercher des biens volés et que si elle avait été autorisée par un juge de paix sur la foi d'une déposition faite sous serment portant qu'il y avait une «raison sérieuse» de croire que les biens étaient cachés à l'endroit de la perquisition. Vu l'absence de dispositions légales appropriées autorisant l'intrusion gouvernementale, le demandeur était protégé contre la perquisition et la saisie qu'on se proposait d'effectuer par les règles de droit ordinairement applicables en matière d'intrusion.

À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis garantit également un droit général. Il prévoit:

[TRADUCTION] Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.

Interprétant cette disposition dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), le juge

majority opinion of the United States Supreme Court declared at p. 351 that "the Fourth Amendment protects people, not places". Justice Stewart rejected any necessary connection between that Amendment and the notion of trespass. With respect, I believe this approach is equally appropriate in construing the protections in s. 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

In *Katz*, Stewart J. discussed the notion of a right to privacy, which he described at p. 350 as "his right to be let alone by other people". Although Stewart J. was careful not to identify the Fourth Amendment exclusively with the protection of this right, nor to see the Amendment as the only provision in the Bill of Rights relevant to its interpretation, it is clear that this notion played a prominent role in his construction of the nature and the limits of the American constitutional protection against unreasonable search and seizure. In the Alberta Court of Appeal, Prowse J. A. took a similar approach to s. 8, which he described as dealing "with one aspect of what has been referred to as the right of privacy, which is the right to be secure against encroachment upon the citizens' reasonable expectation of privacy in a free and democratic society".

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. 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

Stewart qui a prononcé le jugement de la Cour suprême des États-Unis à la majorité déclare, à la p. 351, que [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Il a rejeté tout lien nécessaire entre cet amendement et le concept d'intrusion. Avec égards, j'estime que ce point de vue est également applicable à l'interprétation de la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte des droits et libertés*.

Dans l'arrêt *Katz*, le juge Stewart a analysé la notion de droit à la vie privée qu'il décrit, à la p. 350, comme [TRADUCTION] «son droit de ne pas être importuné par autrui». Même si le juge Stewart a pris soin de ne pas assimiler le Quatrième amendement exclusivement à la protection de ce droit, ni de considérer cet amendement comme l'unique disposition de la Déclaration des droits applicable à son interprétation, il est clair que cette notion a joué un rôle important dans son interprétation de la nature et des limites de la protection offerte par la Constitution américaine contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le juge Prowse de la Cour d'appel de l'Alberta a adopté un point de vue semblable concernant l'art. 8 qui, selon lui, porte [TRADUCTION] «sur un aspect de ce qu'on a appelé le droit à la vie privée, c'est-à-dire le droit d'être protégé contre les atteintes aux expectatives raisonnables des citoyens en matière de vie privée, dans une société libre et démocratique».

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. 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

order to advance its goals, notably those of law enforcement.

. . .

The question that remains, and the one upon which the present appeal hinges, is how this assessment is to be made. When is it to be made, by whom and on what basis? Here again, I think the proper approach is a purposive one.

A) When is the Balance of Interests to be Assessed?

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation.

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

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.

La question qui reste à trancher et dont dépend l'issue du présent pourvoi est de savoir comment cette appréciation doit être faite. Quand doit-elle être faite, par qui et en fonction de quoi? Une fois de plus, je crois qu'il convient d'examiner le but visé.

A) Quand faut-il apprécier la prépondérance des droits?

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente.

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l'esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

Here also, the decision in *Katz*, *supra*, is relevant. In *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), the Supreme Court of the United States had held that a search without warrant was not *ipso facto* unreasonable. Seventeen years later, however, in *Katz*, Stewart J. concluded that a warrantless search was *prima facie* "unreasonable" under the Fourth Amendment. The terms of the Fourth Amendment are not identical to those of s. 8 and American decisions can be transplanted to the Canadian context only with the greatest caution. Nevertheless, I would in the present instance respectfully adopt Stewart J.'s formulation as equally applicable to the concept of "unreasonableness" under s. 8, and would require the party seeking to justify a warrantless search to rebut this presumption of unreasonableness.

In the present case the appellants make no argument that it is unfeasible or unnecessary to obtain prior authorization for the searches contemplated by the *Combines Investigation Act* and, in my view, no such argument could be made. I would therefore conclude that in the absence of a valid procedure for prior authorization searches conducted under the Act would be unreasonable. In the event, s. 10(3) does purport to establish a requirement for prior authorization, specifying, as it does, that searches and seizures conducted under s. 10(1) must be authorized by a member of the R.T.P.C. The question then becomes whether s. 10(3) provides for an acceptable prior authorization procedure.

B) Who Must Grant the Authorization?

The purpose of a requirement of prior authorization is to provide an opportunity, before the event, for the conflicting interests of the state and the individual to be assessed, so that the individu-

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux expectatives des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

Ici encore, l'arrêt *Katz*, précité, est pertinent. Dans l'arrêt *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), la Cour suprême des États-Unis avait jugé qu'une perquisition sans mandat n'était pas *ipso facto* abusive. Mais dix-sept ans plus tard, le juge Stewart a conclu dans l'arrêt *Katz* qu'une perquisition sans mandat était à première vue «abusive» en vertu du Quatrième amendement. Les termes de ce Quatrième amendement diffèrent de ceux de l'art. 8 et on ne peut transposer les décisions américaines dans le contexte canadien qu'avec énormément de prudence. Avec égards, néanmoins, je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge Stewart qui s'applique pareillement au concept du «caractère abusif» que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif.

En l'espèce, les appelants ne prétendent pas qu'il est impossible ou inutile d'obtenir une autorisation avant d'effectuer les fouilles ou les perquisitions envisagées par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et, à mon avis, un tel argument ne tiendrait pas. Je conclus par conséquent qu'en l'absence d'un processus valide d'autorisation préalable les perquisitions effectuées en vertu de la Loi sont abusives. En réalité, le par. 10(3) vise à établir l'exigence d'une autorisation préalable en précisant que les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées en vertu du par. 10(1) doivent être autorisées par un membre de la CPRC. Il s'agit alors de savoir si le par. 10(3) prévoit un processus d'autorisation préalable acceptable.

B) Qui doit accorder l'autorisation?

L'exigence d'une autorisation préalable vise à donner l'occasion, avant le fait, d'apprécier les droits opposés de l'État et du particulier, de sorte qu'on ne puisse porter atteinte au droit du particu-

al's right to privacy will be breached only where the appropriate standard has been met, and the interests of the state are thus demonstrably superior. For such an authorization procedure to be meaningful it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the evidence as to whether that standard has been met, in an entirely neutral and impartial manner. At common law the power to issue a search warrant was reserved for a justice. In the recent English case of *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, Viscount Dilhorne suggested at p. 87 that the power to authorize administrative searches and seizures be given to "a more senior judge". While it may be wise, in view of the sensitivity of the task, to assign the decision whether an authorization should be issued to a judicial officer, I agree with Prowse J.A. that this is not a necessary precondition for safeguarding the right enshrined in s. 8. The person performing this function need not be a judge, but he must at a minimum be capable of acting judicially.

lier à la vie privée que si l'on a satisfait au critère approprié, et si la supériorité des intérêts de l'État peut être démontrée. Pour qu'un tel processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, la preuve offerte quant à la question de savoir si on a satisfait à ce critère. En *common law*, le pouvoir de décerner un mandat de perquisition était réservé à un juge de paix. Dans l'arrêt anglais récent *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, le vicomte Dilhorne laisse entendre, à la p. 87, que le pouvoir d'autoriser des fouilles, des perquisitions et des saisies administratives doit être confié à [TRADUCTION] «un juge expérimenté». Bien qu'il puisse être sage, vu la nature délicate de cette tâche, de confier à un fonctionnaire judiciaire la décision d'accorder une autorisation, je suis d'accord avec le juge Prowse pour dire qu'il ne s'agit pas d'une condition préalable nécessaire pour sauvegarder le droit enchâssé à l'art. 8. Il n'est pas nécessaire que la personne qui exerce cette fonction soit un juge, mais elle doit au moins être en mesure d'agir de façon judiciaire.

In *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, this Court had occasion to discuss the difference between an administrative and a judicial function in the authorization of a search and seizure. The *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended, confers upon the Minister a number of powers including, in s. 231(4), the power under certain conditions to authorize the entry and search of buildings. At p. 507 the Court described the Minister's powers as "fundamentally administrative", going on to explain:

> The power he exercises under s. 231(4) is properly characterized as investigatory, rather than adjudicatory. He will collect material and advice from many sources. In deciding whether to exercise the right . . . [to authorize entry and search], he will be governed by many considerations, dominant among which is the public interest and his duty as an executive officer of the government to administer the Act to the best of his ability. The decision to seek authority to enter and

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, cette Cour a eu l'occasion d'analyser la différence entre une fonction administrative et une fonction judiciaire dans l'autorisation d'une perquisition et d'une saisie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications, confère au Ministre un certain nombre de pouvoirs, notamment celui prévu au par. 231(4) de donner, à certaines conditions, l'autorisation d'entrer et de perquisitionner dans des bâtiments. À la p. 507 la Cour a décrit les pouvoirs du Ministre comme étant «fondamentalement de nature administrative», puis elle ajoute:

> On peut qualifier à bon droit le pouvoir qu'il exerce en vertu du par. 231(4) de pouvoir d'enquête plutôt que de décision. Il recueille des documents et des informations de multiples sources. Sa décision d'exercer le droit . . . [d'autoriser l'entrée et la perquisition] sera influencée par bien des considérations dont les principales sont l'intérêt public et son devoir d'agent du pouvoir exécutif d'appliquer la Loi de son mieux. La décision de chercher à obtenir l'autorisation de perquisitionner sera comman-

search will be guided by public policy and expediency, having regard to all the circumstances.

The Court contrasted these powers with the judicial powers which s. 231(4) conferred on a judge of the superior or county court to approve the Minister's authorization.

Under the scheme envisaged by s. 10 of the *Combines Investigation Act* it is clear that the Director exercises administrative powers analogous to those of the Minister under s. 231(4) of the *Income Tax Act*. They too are investigatory rather than adjudicatory, with his decision to seek approval for an authorization to enter and search premises equally guided by considerations of expediency and public policy. But what of the member of the R.T.P.C. whom s. 10(3) empowers to approve the Director's authorization? Is his function investigatory or adjudicatory? In the Alberta Court of Appeal Prowse J.A. carefully reviewed the respective powers of the Director and the Commission and concluded that the Act was not entirely successful in separating the role of the Director as investigator and prosecutor from that of the Commission as adjudicator. In his view circumstances may arise under the Act where "the Director is acting as investigator and prosecutor and the Commission is acting as investigator and judge with respect to breaches of the Act". Southam Inc. summarizes and enlarges upon Prowse J.A.'s analysis, producing the following list of investigatory functions bestowed upon the Commission or one of its members by the Act:

(i) the power in s. 47 to instruct the Director to commence a s. 8 inquiry;

(ii) the power to cause evidence to be gathered pursuant to ss. 9, 10, 12 and 17;

(iii) the power to issue a s. 17 order;

(iv) the power under ss. 17, 22(2)(*b*) to seek further or better evidence after the Commission has commenced a hearing;

dée par l'intérêt public et l'opportunité, compte tenu de toutes les circonstances.

La Cour a comparé ces pouvoirs avec le pouvoir d'approuver l'autorisation du Ministre que le par. 231(4) confère au juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté.

Il ressort clairement de l'économie de l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* que le directeur exerce des pouvoirs administratifs analogues à ceux que le par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* confère au Ministre. Il s'agit également de pouvoirs d'enquête plutôt que de décision, sa décision de demander l'approbation d'une autorisation d'entrer et de perquisitionner dans des lieux étant également dictée par des motifs de convenance et d'intérêt public. Mais qu'en est-il du membre de la CPRC qui est habilité par le par. 10(3) à approuver l'autorisation du directeur? Exerce-t-il un pouvoir d'enquête ou de décision? Le juge Prowse de la Cour d'appel de l'Alberta a soigneusement examiné les pouvoirs respectifs du directeur et de la Commission et il a conclu que la Loi n'a pas tout à fait réussi à séparer le rôle du directeur en tant qu'enquêteur et poursuivant de celui de la Commission en tant que juge. À son avis, il peut se présenter des circonstances sous le régime de la Loi où [TRADUCTION] «le directeur agit en qualité d'enquêteur et de poursuivant et [où] la Commission agit en qualité d'enquêteur et de juge relativement à des infractions à la Loi». Southam Inc. a résumé et traité longuement l'analyse du juge Prowse et elle a produit la liste suivante des pouvoirs d'enquête que la Loi confère à la Commission ou à l'un de ses membres:

i) le pouvoir conféré par l'art. 47 d'enjoindre au directeur d'ouvrir une enquête visée à l'art. 8.;

ii) le pouvoir conféré par les art. 9, 10, 12 et 17 de faire recueillir des éléments de preuve;

iii) le pouvoir de rendre une ordonnance visée à l'art. 17;

iv) le pouvoir conféré par l'art. 17 et l'al. 22(2)*b*) de demander la production d'éléments de preuve additionnels ou meilleurs après que la Commission a ouvert une enquête;

(v) the power under s. 22(2)(*b*) after commencing a hearing and receiving evidence to direct the Director to make further inquiry and, in effect, to go back to the investigatory stage;

(vi) the power under s. 22(2)(*c*) to compel the Director to turn over to the R.T.P.C. copies of all books, papers, records or other documents obtained by the Director in such further inquiry;

(vii) the power under s. 27.1 to order the Director to give evidence before any other federal board, commission or other tribunal;

(viii) the power under s. 45.1 to seek production of statistics for evidence in an inquiry;

(ix) the power to deliver to the Director all books, papers, records or other documents produced on a s. 17 hearing;

(x) the power under s. 13 to request the appointment and instruction of counsel to assist in the inquiry.

In my view, investing the Commission or its members with significant investigatory functions has the result of vitiating the ability of a member of the Commission to act in a judicial capacity when authorizing a search or seizure under s. 10(3). This is not, of course, a matter of impugning the honesty or good faith of the Commission or its members. It is rather a conclusion that the administrative nature of the Commission's investigatory duties (with its quite proper reference points in considerations of public policy and effective enforcement of the Act) ill-accords with the neutrality and detachment necessary to assess whether the evidence reveals that the point has been reached where the interests of the individual must constitutionally give way to those of the state. A member of the R.T.P.C. passing on the appropriateness of a proposed search under the *Combines Investigation Act* is caught by the maxim *nemo judex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization.

On this basis alone I would conclude that the prior authorization mandated by s. 10(3) of the

v) le pouvoir conféré par l'al. 22(2)*b*) d'enjoindre au directeur de faire plus ample enquête et, en fait, de retourner au stade de l'enquête et ce, après l'ouverture de l'enquête et la production d'éléments de preuve;

vi) le pouvoir conféré par l'al. 22(2)*c*) d'enjoindre au directeur de soumettre à la CPRC des copies de tous les livres, pièces, archives ou autres documents qu'il a obtenus au cours de cette plus ample enquête;

vii) le pouvoir conféré par l'art. 27.1 d'enjoindre au directeur de déposer devant tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral;

viii) le pouvoir conféré par l'art. 45.1 de demander la production de statistiques pour fins de preuve au cours d'une enquête;

ix) le pouvoir de remettre au directeur tous les livres, documents, archives ou autres pièces produits au cours d'une audience prévue à l'art. 17;

x) le pouvoir conféré par l'art. 13 de demander de nommer un avocat et de le charger d'aider à l'enquête.

À mon avis, l'attribution à la Commission ou à ses membres de pouvoirs d'enquête importants a pour effet d'empêcher le membre de la Commission d'agir de façon judiciaire lorsqu'il autorise une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu du par. 10(3). Il ne s'agit pas, bien sûr, de mettre en doute l'honnêteté ou la bonne foi de la Commission ou de ses membres. C'est là plutôt une conclusion que la nature administrative des devoirs d'enquête de la Commission (qui a comme points de référence appropriés l'intérêt public et l'application efficace de la Loi) cadre mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu'on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l'État. Un membre de la CPRC qui examine l'opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est touché par la maxime *nemo judex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.

Pour ce seul motif, je suis d'avis de conclure que l'autorisation préalable exigée par le par. 10(3) de

Combines Investigation Act is inadequate to satisfy the requirement of s. 8 of the *Charter* and consequently a search carried out under the authority of subss. 10(1) and 10(3) is an unreasonable one. Since, however, the Alberta Court of Appeal found other, perhaps even more serious defects in these provisions I pass on to consider whether even if s. 10(3) did specify a truly neutral and detached arbiter to authorize searches it would nevertheless remain inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas suffisante pour satisfaire aux exigences de l'art. 8 de la *Charte* et que, par conséquent, une fouille ou une perquisition effectuée sous le régime des par. 10(1) et (3) est abusive. Mais étant donné que la Cour d'appel de l'Alberta a trouvé d'autres lacunes, peut-être encore plus graves, dans ces dispositions, je passe à l'étude de la question de savoir si le par. 10(3) demeurerait incompatible avec l'art. 8 de la *Charte* même s'il désignait un arbitre vraiment neutre et impartial pour autoriser les fouilles ou les perquisitions.

C) On What Basis must the Balance of Interests be Assessed?

C) En fonction de quoi doit-on apprécier la prépondérance des droits?

Section 10 is terse in the extreme on the subject of criteria for issuing an authorization for entry, search and seizure. Section 10(3) merely states that an R.T.P.C. member may grant an authorization *ex parte*. The only explicit criteria for granting such an authorization are those mentioned in s. 10(1), namely: (1) that an inquiry under the Act must be in progress, and (2) that the Director must believe that the premises may contain relevant evidence.

L'article 10 ne dit à peu près rien au sujet du critère applicable à l'autorisation d'entrer, de perquisitionner et de saisir. Le paragraphe 10(3) précise simplement qu'un membre de la CPRC peut accorder une autorisation *ex parte*. Les seuls critères explicites applicables à l'attribution d'une telle autorisation sont ceux mentionnés au par. 10(1), savoir: (1) une enquête tenue sous le régime de la Loi doit être en cours et (2) le directeur doit croire qu'il peut y avoir dans les locaux des éléments de preuve pertinents.

In cases argued before passage of the *Charter of Rights and Freedoms* the courts took a narrow view of what s. 10 required or permitted the R.T.P.C. member to consider when asked to authorize search and seizure. In *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, *supra*, the applicant challenged authorizations under ss. 9(2) and 10(3) of the Act on the grounds, *inter alia*, that the members who gave their authorizations did not show that they had before them sufficient information to enable them to determine the legality of the inquiry then in progress or the reasonableness of the Director's belief that circumstances warranted the exercise of his powers. The Federal Court of Appeal rejected the relevance of such considerations to the members' decisions, at p. 391:

Dans les litiges qui ont précédé l'adoption de la *Charte des droits et libertés*, les tribunaux ont adopté un point de vue étroit sur ce que l'art. 10 demande ou permet à un membre de la CPRC de considérer lorsqu'on lui demande d'autoriser une fouille, une perquisition ou une saisie. Dans l'arrêt *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, précité, la requérante a contesté les autorisations données en vertu des par. 9(2) et 10(3) de la Loi pour le motif, notamment, que les membres qui ont accordé leur autorisation n'ont pas démontré qu'ils disposaient de renseignements suffisants pour leur permettre de statuer sur la légalité de l'enquête alors en cours ou sur le caractère raisonnable de la conviction du directeur que les circonstances justifiaient l'exercice de ses pouvoirs. La Cour d'appel fédérale a jugé que ces considérations sont sans importance pour ce qui est des décisions des membres en affirmant, à la p. 391:

In making the decisions that sections 9 and 10 require them to make, the Members must act judicially ....

Les membres sont tenus d'agir de façon judiciaire lorsqu'ils prennent des décisions conformément aux articles

However, that duty to act judicially applies only to the decisions that the Members are required to make under sections 9(2) and 10(3). Under those provisions, the Members are neither required nor authorized to determine the legality of the Director's decision to hold an inquiry; they are merely required to ascertain that there is, *de facto*, an inquiry in progress under the Act. The Members are not required or authorized, either, to pass judgment on the reasonableness of the motives prompting the Director to exercise his powers under sections 9 and 10. As the Members did not have to make decisions on those two points, they cannot, in my opinion, be blamed for not having required information on those points.

As Prowse J.A. pointed out, if the powers of a Commission member are as the Federal Court of Appeal found them to be, then it follows that the decision of the Director in the course of an inquiry to exercise his powers of entry, search and seizure is effectively unreviewable. The extent of the privacy of the individual would be left to the discretion of the Director. A provision authorizing such an unreviewable power would clearly be inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

Assuming, *arguendo*, that the Federal Court of Appeal was wrong, and the member is authorized, or even required, to satisfy himself as to (1) the legality of the inquiry and (2) the reasonableness of the Director's belief that there may be evidence relevant to the matters being inquired into, would that remove the inconsistency with s. 8?

To read subss. 10(1) and 10(3) as simply allowing the authorizing party to satisfy himself on these questions, without requiring him to do so, would in my view be clearly inadequate. Such an amorphous standard cannot provide a meaningful criterion for securing the right guaranteed by s. 8. The location of the constitutional balance between a justifiable expectation of privacy and the legitimate needs of the state cannot depend on the subjective appreciation of individual adjudicators. Some objective standard must be established.

Requiring the authorizing party to satisfy himself as to the legality of the inquiry and the

9 et 10 . . . Toutefois, cette obligation ne s'applique qu'à l'égard des décisions prises en vertu des articles 9(2) et 10(3). Aux termes de ces dispositions, les membres ne sont ni tenus de statuer sur la légalité de la décision du directeur de tenir une enquête ni autorisés à le faire: ils doivent tout simplement s'assurer qu'une enquête est effectivement en cours en vertu de la Loi. Ils ne sont pas non plus tenus de juger du bien-fondé des motifs ayant incité le directeur à exercer ses pouvoirs en vertu des articles 9 et 10 ni autorisés à le faire. Puisque les membres n'avaient pas à statuer sur ces questions, l'on ne peut, à mon avis, leur reprocher de ne pas avoir exigé de renseignements là-dessus.

Comme l'a fait remarquer le juge Prowse, si les pouvoirs d'un membre de la Commission sont ceux que lui a reconnus la Cour d'appel fédérale, il s'ensuit que la décision du directeur d'exercer, au cours d'une enquête, ses pouvoirs en matière d'entrée, de fouille, de perquisition et de saisie n'est effectivement pas susceptible de révision. L'étendue du droit à la vie privée du particulier serait laissée à la discrétion du directeur. Une disposition autorisant un tel pouvoir non susceptible de révision serait manifestement incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*.

À supposer, pour les fins de la discussion, que la Cour d'appel fédérale a eu tort et que le membre peut ou même doit s'assurer (1) de la légalité de l'enquête et (2) du caractère raisonnable de la conviction du directeur qu'il peut y avoir des éléments de preuve concernant les questions faisant l'objet de l'enquête, cela supprimerait-il l'incompatibilité avec l'art. 8?

Il serait, à mon avis, manifestement incorrect de considérer que les par. 10(1) et 10(3) permettent simplement à la partie qui donne l'autorisation de vérifier ces questions, sans l'obliger à le faire. Un critère aussi vague ne peut pas être significatif pour ce qui est de garantir le droit consacré par l'art. 8. L'équilibre constitutionnel entre des attentes justifiables en matière de vie privée et les besoins légitimes de l'État ne peut pas dépendre de l'appréciation subjective d'un arbitre. Il faut établir un critère objectif quelconque.

Obliger la partie qui donne l'autorisation à s'assurer de la légalité de l'enquête et du caractère

reasonableness of the Director's belief in the possible existence of relevant evidence, would have the advantage of substituting an objective standard for an amorphous one, but would, in my view, still be inadequate. The problem is with the stipulation of a reasonable belief that evidence may be uncovered in the search. Here again it is useful, in my view, to adopt a purposive approach. The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

raisonnable de la conviction du directeur quant à l'existence possible d'éléments de preuve pertinents permettrait de substituer un critère objectif à un critère vague, mais à mon avis cela serait encore insuffisant. La difficulté réside dans la stipulation d'une conviction raisonnable que des éléments de preuve peuvent être découverts au cours de la perquisition. Une fois de plus, il est utile, à mon avis, de considérer le but recherché. L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaudrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Anglo-Canadian legal and political traditions point to a higher standard. The common law required evidence on oath which gave "strong reason to believe" that stolen goods were concealed in the place to be searched before a warrant would issue. Section 443 of the *Criminal Code* authorizes a warrant only where there has been information upon oath that there is "reasonable ground to believe" that there is evidence of an offence in the place to be searched. The American *Bill of Rights* provides that "no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation ...." The phrasing is slightly different but the standard in each of these formulations is identical. The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement

Les traditions juridiques et politiques anglo-canadiennes exigent un critère plus élevé. La *common law* exige, pour qu'un mandat puisse être décerné, que l'on fasse une déposition sous serment qui porte «sérieusement à croire» que des biens volés ont été cachés à l'endroit de la perquisition. L'article 443 du *Code criminel* n'autorise la délivrance d'un mandat qu'à la suite d'une dénonciation faite sous serment portant qu'il existe «un motif raisonnable pour croire» qu'il se trouve des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à l'endroit où la perquisition sera effectuée. La *Déclaration des droits* des États-Unis prévoit que [TRADUCTION] «un mandat ne sera décerné que pour un motif plausible, appuyé par un serment ou une affirmation ...». La formulation est légèrement différente mais le critère est identique dans chacun de ces cas. Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'em-

as the threshhold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one. That is not the situation in the present case. In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. In so far as subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* do not embody such a requirement, I would hold them to be further inconsistent with s. 8.

D) Reading In and Reading Down

The appellants submit that even if subss. 10(1) and 10(3) do not specify a standard consistent with s. 8 for authorizing entry, search and seizure, they should not be struck down as inconsistent with the *Charter*, but rather that the appropriate standard should be read into these provisions. An analogy is drawn to the case of *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, in which this Court held that a local ordinance regulating the use of property by prohibiting the erection of unauthorized signs, though apparently without limits, could not have been intended unconstitutionally to encroach on federal competence over elections, and should therefore be "read down" so as not to apply to election signs. In the present case, the overt inconsistency with s. 8 manifested by the lack of a neutral and detached arbiter renders the appellants' submissions on reading in appropriate standards for issuing a warrant purely academic. Even if this were not the case, however, I would be disinporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Dans la mesure où les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne comportent pas une telle exigence, j'estime qu'ils sont davantage incompatibles avec l'art. 8.

D) Interprétation large et interprétation atténuée

Les appelants soutiennent que même si les par. 10(1) et 10(3) n'établissent pas un critère compatible avec l'art. 8 lorsqu'il s'agit d'autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié. On établit une analogie avec l'arrêt *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, où cette Cour a jugé qu'une ordonnance locale réglementant l'usage des biens par l'interdiction d'ériger des affiches non autorisées, bien qu'elle eût, semble-t-il, une portée illimitée, n'a pu être adoptée dans le but d'empiéter sur la compétence fédérale en matière d'élections et devait, par conséquent, recevoir une «interprétation atténuée» de manière à ne pas s'appliquer aux affiches électorales. En l'espèce, l'incompatibilité évidente avec l'art. 8, qui se manifeste par l'absence d'un arbitre neutre et impartial, fait en sorte que les arguments

clined to give effect to these submissions. While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. Without appropriate safeguards legislation authorizing search and seizure is inconsistent with s. 8 of the *Charter*. As I have said, any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. I would hold subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with the *Charter* and of no force and effect, as much for their failure to specify an appropriate standard for the issuance of warrants as for their designation of an improper arbiter to issue them.

IV Section 1

Section 1 of the *Charter* provides:

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

The phrase "demonstrably justified" puts the onus of justifying a limitation on a right or freedom set out in the *Charter* on the party seeking to limit. In the present case the appellants have made no submissions capable of supporting a claim that even if searches under subss. 10(1) and 10(3) are "unreasonable" within the meaning of s. 8, they are nevertheless a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society, on the right set out in s. 8. It is, therefore, not necessary in this case to consider the relationship between s. 8 and s. 1. I leave to another day the difficult question of the relationship between those two sections and, more particularly, what further

des appelants concernant l'ajout, au moyen d'une interprétation large, des critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat, sont purement théoriques. Cependant, même s'il n'en était pas ainsi, je serais peu disposé à donner suite à ces arguments. Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Comme je l'ai dit, toute loi incompatible avec les dispositions de la Constitution est, dans la mesure de cette incompatibilité, inopérante. J'estime que les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec la *Charte* et inopérants, tant parce qu'ils ne spécifient aucun critère approprié applicable à la délivrance des mandats que parce qu'ils désignent un arbitre qui n'a pas les qualités voulues pour les décerner.

IV Article 1

L'article 1 de la *Charte* prévoit:

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

L'expression «dont la justification puisse se démontrer» impose à la partie qui cherche à limiter un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* l'obligation de justifier cette limite. En l'espèce, les appelants n'ont pu justifier leur prétention selon laquelle, même si les perquisitions effectuées en vertu des par. 10(1) et 10(3) sont «abusives» au sens de l'art. 8, elles constituent néanmoins une limite raisonnable, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au droit énoncé à l'art. 8. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner ici le rapport entre les art. 8 et 1. Je reporte à plus tard la question complexe du rapport entre ces deux articles et,

balancing of interests, if any, may be contemplated by s. 1, beyond that envisaged by s. 8.

Conclusion

By order of Chief Justice Laskin the constitutional question was stated as follows:

Did the Alberta Court of Appeal err in holding that subsection 10(3), and by implication subsection 10(1), of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 are inconsistent with the provisions of Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that they are therefore of no force or effect?

I would answer that question in the negative. I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Reynolds, Mirth & Côté, Edmonton.

plus particulièrement, la question de savoir quelle autre prépondérance des droits, s'il y a lieu, peut être envisagée par l'art. 1 outre celle qu'envisage l'art. 8.

Conclusion

L'ordonnance du juge en chef Laskin énonce comme suit la question constitutionnelle:

La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en décidant que le paragraphe 10(3) et, implicitement, le paragraphe 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, sont incompatibles avec les dispositions de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants?

Je suis d'avis de répondre à cette question par la négative et de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Reynolds, Mirth & Côté, Edmonton.

William Elford Ogg-Moss *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

Phyllis Jean Nixon *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File Nos.: 16648 and 16763.

1983: November 3.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

INTERVENTIONS

Practice — Interventions — Criminal appeals — Ontario Association for the Mentally Retarded intervener in the Court of Appeal — Association's interventions in the Supreme Court disallowed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rule 18(2).

INTERVENTIONS by the Ontario Association for the Mentally Retarded. Interventions disallowed.

Ronald L. Doering, for the appellant Ogg-Moss.

R. J. Poirier, for the appellant Nixon.

S. Casey Hill and *Kenneth L. Campbell*, for the respondent.

Colin L. Campbell and *Harry Beatty*, for the Ontario Association for the Mentally Retarded.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—We are all of the opinion that rule 18(2) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*[1] has no application to purely criminal appeals. These interventions are therefore disallowed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant Ogg-Moss: Ronald L. Doering, Ottawa.

[1] The Court has amended Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* on December 18, 1983, SOR/83-930, by revoking subs. (2).

William Elford Ogg-Moss *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

Phyllis Jean Nixon *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N^os du greffe: 16648 et 16763.

1983: 3 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

INTERVENTIONS

Pratique — Interventions — Pourvois en matière criminelle — Interventions en Cour d'appel de l'Ontario Association for the Mentally Retarded — Interventions de l'Association refusées en Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18(2).

INTERVENTIONS par l'Ontario Association for the Mentally Retarded. Interventions refusées.

Ronald L. Doering, pour l'appelant Ogg-Moss.

R. J. Poirier, pour l'appelante Nixon.

S. Casey Hill et *Kenneth L. Campbell*, pour l'intimée.

Colin L. Campbell et *Harry Beatty*, pour l'Ontario Association for the Mentally Retarded.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE RITCHIE—Nous sommes tous d'avis que le par. 18(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada*[1] ne s'applique pas à un pourvoi en matière purement criminelle. En conséquence, ces interventions sont refusées.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant Ogg-Moss: Ronald L. Doering, Ottawa.

[1] Le 18 décembre 1983, DORS/83-930, la Cour a modifié l'art. 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada* par l'abrogation de son par. (2).

Solicitors for the appellant Nixon: MacGillivray-Poirier, Thunder Bay.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Ontario, Toronto.

Solicitors for the Ontario Association for the Mentally Retarded: Campbell and Morse, Toronto; Harry Beatty, Toronto.

Procureurs de l'appelante Nixon: MacGillivray-Poirier, Thunder Bay.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'Ontario Association for the Mentally Retarded: Campbell and Morse, Toronto; Harry Beatty, Toronto.

William Ogg-Moss *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16648.

1983: November 3; 1984: September 17.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Assault — Defences — Protection of persons in authority — Common assault by Mental Retardation Counsellor on mentally retarded adult patient — Whether defence under s. 43 of the Criminal Code available — Whether Mental Retardation Counsellor a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" — Whether victim a "child" or a "pupil" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 43, 771.

Appellant, a Mental Retardation Counsellor, was charged with common assault after hitting a severely handicapped twenty-one year old patient several times on the forehead with a large metal spoon after he had spilled his milk. At trial, the appellant claimed the protection of s. 43 of the *Criminal Code* arguing that by virtue of his position, his relationship with the patient was that of "a person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" using reasonable force to correct a "child" or "pupil" in his charge.

The Provincial Court Judge dismissed the charges. The County Court Judge overturned this judgment and entered a conviction. On further appeal, the Ontario Court of Appeal returned the case to County Court for a new hearing. The County Court held that s. 43 applied and acquitted the accused. On second appeal to the Court of Appeal the acquittal was set aside. It was held that the appellant was not a "schoolteacher" or "person standing in the place of a parent" and the complainant was neither a "pupil" nor "child" within the meaning of s. 43. The issue on this appeal is whether a Mental Retardation Counsellor who uses physical force on a mentally retarded adult under his supervision has the benefit of s. 43 of the *Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

The Ontario Court of Appeal properly took jurisdiction to consider this appeal pursuant to s. 771(1) of the

William Ogg-Moss *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 16648.

1983: 3 novembre; 1984: 17 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Droit criminel — Voies de fait — Moyens de défense — Protection des personnes exerçant l'autorité — Voies de fait simples perpétrées par un conseiller en déficience mentale contre un adulte arriéré mental — Peut-on invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43 du Code criminel? — Le conseiller en déficience mentale est-il «une personne qui remplace le père ou la mère» ou un «instituteur»? — La victime est-elle un «enfant» ou un «élève»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43, 771.

L'appelant, un conseiller en déficience mentale, a été accusé de voies de fait simples pour avoir frappé plusieurs fois au front un patient arriéré mental profond et âgé de vingt-et-un ans, avec une grosse cuillère de métal parce qu'il avait renversé son lait. Au procès, l'appelant a invoqué la protection de l'art. 43 du *Code criminel* en faisant valoir que, en raison de son poste, sa situation par rapport au patient était celle d'une «personne qui remplace le père ou la mère» ou d'un «instituteur» qui emploie une force raisonnable pour corriger un «enfant» ou «élève» confié à ses soins.

Le juge de la Cour provinciale a rejeté les accusations. Le juge de la Cour de comté a infirmé ce jugement et enregistré une déclaration de culpabilité. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a renvoyé l'affaire à la Cour de comté pour nouvelle audition. La Cour de comté a jugé que l'art. 43 s'appliquait et a acquitté l'accusé. Lors du second appel, la Cour d'appel a infirmé l'acquittement. Elle a conclu que l'appelant n'était pas un «instituteur» ni une «personne qui remplace le père ou la mère» et que le plaignant n'était ni un «élève» ni un «enfant» au sens de l'art. 43. Ce pourvoi porte sur la question de savoir si un conseiller en déficience mentale qui emploie la force physique contre un adulte arriéré mental placé sous sa surveillance peut bénéficier de l'art. 43 du *Code*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel de l'Ontario avait effectivement compétence pour connaître de cet appel conformément au

Criminal Code; the definition and meaning of various terms in s. 43 and the question whether there was any evidence capable of sustaining a conclusion that s. 43 applied are issues of law.

Section 43 of the *Criminal Code* recognizes the right of a schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent to use reasonable force in the correction of a child or a pupil. This section must be strictly construed since it deprives an individual or a group of the equal protection normally offered by the criminal law, namely the right to be free from unconsented invasions of physical security or dignity. Here section 43 has no application: a Mental Retardation Counsellor is not a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" and a mentally retarded adult under his care, even if severely retarded, is neither a "child" nor a "pupil" within the meaning of s. 43.

In the *Criminal Code* and in the common law antecedents of s. 43, as well as other relevant statutes, the word "child" always refers to a person chronologically younger than the age of majority; there is no basis for interpreting the word "child" to include adults who are childlike or who are dependant upon a "parenting" figure. A Mental Retardation Officer is not a person standing in place of a parent since he has not assumed all of the obligations incidental to parental relationships, particularly that of support and maintenance. Even assuming that the complainant's admission to the Centre as a voluntary patient with parental consent implies a delegation of parental powers in favour of the Minister of Social Services, the appellant was not a delegate of the Minister for purposes of exercising any right of correction; indeed, Personal Directive No. M.R. 17 specified that physical force against any resident was forbidden. The meaning of the term "pupil" in s. 43 is limited to a child taking instruction, in the same manner it was at common law. Finally, the term "schoolteacher" generally refers to a person who gives formal instruction in a children's school. Mental Retardation Counsellors are neither qualified nor licensed as schoolteachers and their fonctions are those of personal care and not, in any meaningful sense, of teaching.

Even assuming that s. 43 applied to the parties in this case, the appellant's use of force cannot constitute "using force by way of correction". The record discloses that the person being corrected was, to the knowledge of

par. 771(1) du *Code criminel*: la définition et le sens des différents termes de l'art. 43 et la question de savoir si la preuve peut justifier la conclusion que l'art. 43 s'applique constituent des questions de droit.

L'article 43 du *Code criminel* reconnaît à un instituteur, au père ou à la mère ou à la personne qui remplace le père ou la mère le droit d'avoir recours à la force pour corriger un enfant ou un élève. Cet article doit recevoir une interprétation stricte puisqu'il a pour effet d'ôter à une personne ou à un groupe la protection que normalement le droit criminel offre également à tous, savoir le droit de chacun d'être protégé des atteintes à sa dignité et à sa sécurité physique sans son consentement. En l'espèce, l'art. 43 ne s'applique pas: un conseiller en déficience mental n'est ni «une personne qui remplace le père ou la mère» ni un «instituteur» et un adulte arriéré mental confié à ses soins, quelle que soit la gravité de sa déficience, n'est ni un «enfant» ni un «élève» au sens de l'art. 43.

Dans le *Code criminel* et dans les dispositions de *common law* qui ont précédé l'art. 43, de même que dans d'autres lois pertinentes, le mot «enfant» a toujours visé une personne mineure; on n'est pas fondé à interpréter le mot «enfant» pour y inclure des adultes qui sont infantiles ou qui dépendent d'une personne qui «remplit les fonctions des parents». Un conseiller en déficience mentale n'est pas une personne qui remplace le père ou la mère puisqu'il ne prend pas en charge toutes les obligations propres aux parents, particulièrement en matière d'entretien. Même si on prend pour acquis que l'admission du plaignant au centre à titre de patient volontaire, avec le consentement de ses parents, implique une délégation de l'autorité parentale en faveur du ministre des Services sociaux, l'appelant n'était pas un délégué du Ministre aux fins de l'exercice du droit de corriger; d'ailleurs la directive n° M.R. 17 à l'intention du personnel interdit strictement d'employer la force physique contre un patient. Le sens du terme «élève» employé à l'art. 43 est limité comme c'était d'ailleurs le cas en *common law*, à un enfant qui reçoit de l'instruction. Finalement, le mot «instituteur» vise d'une manière générale une personne qui dispense de l'instruction dans une école primaire. Les conseillers en déficience mentale ne sont pas titulaires de brevets d'enseignement ni ne possèdent les compétences requises pour enseigner et leurs fonctions consistent à donner des soins personnels et non pas à enseigner au sens ordinaire.

De toute façon même si l'on prend pour acquis que l'art. 43 s'applique aux parties en l'espèce, l'emploi de la force par l'appelant ne revient pas à «employer la force pour corriger». Il se dégage du dossier que la personne

the person applying the force, incapable of remembering the correction within minutes of its application.

Bennet v. Bennet (1879), 10 Ch. D. 474; *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140; *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359; *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569; *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951; *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (1969); *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (1978); *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272; *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (1980); *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (1982); *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430; *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173; *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264, setting aside accused's acquittal on a charge of common assault. Appeal dismissed.

Ronald L. Doering, for the appellant.

S. Casey Hill and *Kenneth L. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—This appeal raises the issue of whether a Mental Retardation Counsellor (M.R.C.) who uses physical force on a mentally retarded adult under his supervision has the benefit of s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Section 43 reads:

43. Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

The question of the applicability of s. 43 is basically one of statutory construction but inevitably it puts into issue two sensitive topics, namely, the status and rights of mentally retarded persons, and the limits on the disciplinary prerogatives of persons in authority over those in their charge. Despite this overlay of social concerns it is important to remember that the case before this Court is a criminal one and its resolution must be based on

corrigée était, à la connaissance de la personne qui a eu recours à la force, incapable de s'en souvenir à peine quelques minutes après l'administration de la correction.

Jurisprudence: *Bennet v. Bennet* (1879), 10 Ch. D. 474; *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140; *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359; *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569; *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951; *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (1969); *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (1978); *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272; *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (1980); *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (1982); *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430; *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173; *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264, qui a infirmé le verdict d'acquittement de l'accusé relativement à l'accusation de voies de fait simples. Pourvoi rejeté.

Ronald L. Doering, pour l'appelant.

S. Casey Hill et *Kenneth L. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Ce pourvoi soulève la question de savoir si un conseiller en déficience mentale (C.D.M.) qui emploie la force physique contre un adulte arriéré mental placé sous sa surveillance peut bénéficier de l'art. 43 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. L'article 43 est ainsi rédigé:

43. Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

La question de l'applicabilité de l'art. 43 relève essentiellement du domaine de l'interprétation des lois, mais elle met inévitablement en cause deux sujets délicats, savoir le statut et les droits des personnes arriérées mentales d'une part et, d'autre part, les limites des pouvoirs disciplinaires que peuvent exercer les personnes ayant autorité à l'endroit des personnes qui leur sont confiées. Malgré cet élément social, il importe de se rappeler que nous sommes saisis en l'espèce d'une

legal principles.

I Background and Facts

Mr. Ogg-Moss was charged with assaulting one Kent Henderson, a twenty-one year old developmentally handicapped resident of the Rideau Regional Centre, located in Smith Falls, Ontario. Mr. Ogg-Moss was employed at the Regional Centre as an M.R.C. He argues that by virtue of this position, his relationship with Mr. Henderson was that of "a person standing in the place of a parent" or of a "schoolteacher" using reasonable force to "correct" a "child" or "pupil" in his charge. He claims therefore the protection of s. 43.

Mental Retardation Counsellors are the "front-line direct care staff" in provincial facilities for the developmentally handicapped. Their duties are set out in Regulations and Directives made pursuant to the *Developmental Services Act*, R.S.O. 1980, c. 118. These duties include providing daily care for the residents of such facilities and implementing programs designed and supervised by physicians, psychologists and other more senior professional personnel.

On the day in question Mr. Ogg-Moss was supervising a group of residents in a low grade ward. The residents, including Mr. Henderson, were seated at tables awaiting lunch. Mr. Henderson was described in evidence at trial as "very low functioning" and "profoundly retarded" with an I.Q. of less than 20. He was incapable of speech and, as a result of being a "head-banger" suffered from a large haemotoma on his forehead. In an apparent attempt to attract Mr. Ogg-Moss's attention, Mr. Henderson spilled his milk on the table before him, whereupon Mr. Ogg-Moss shouted "no" and struck Mr. Henderson five times on the forehead with a large metal spoon for the purpose, according to his later testimony, "of punishing him for what he did".

affaire criminelle qui doit être tranchée par l'application de principes juridiques.

I Historique et faits

M. Ogg-Moss a été accusé d'avoir perpétré des voies de fait contre un nommé Kent Henderson, un handicapé mental âgé de vingt-et-un ans, patient du Centre régional Rideau de Smith Falls (Ontario). M. Ogg-Moss fait valoir qu'en raison du poste de C.D.M. qu'il occupait dans cet établissement, sa situation par rapport à M. Henderson était celle d'une «personne qui remplace le père ou la mère» ou d'un «instituteur» qui emploie une force raisonnable pour «corriger» un «enfant» ou «élève» confié à ses soins. Il invoque donc la protection de l'art. 43.

C'est aux conseillers en déficience mentale qu'il incombe principalement de fournir les soins directs dans les établissements provinciaux pour les handicapés mentaux. Leurs fonctions qui sont énoncées dans le règlement et les directives établis conformément à la *Developmental Services Act*, R.S.O. 1980, chap. 118, consistent notamment à donner aux patients les soins dont ils ont besoin chaque jour et à mettre en oeuvre, sous la surveillance de médecins, de psychologues et d'autres membres du personnel professionnel supérieur, des programmes conçus par ces mêmes personnes.

Le jour en question, M. Ogg-Moss surveillait un groupe de patients dans une salle réservée aux arriérés profonds. Les patients, au nombre desquels figurait M. Henderson, étaient attablés, attendant que le déjeuner soit servi. Au procès, on a témoigné que M. Henderson avait [TRADUCTION] «un très bas niveau de fonctionnement» et qu'il était [TRADUCTION] «arriéré profond», son Q.I. étant inférieur à 20. Incapable de parler, il était atteint de crouomanie et, de ce fait, souffrait d'un gros hématome au front. Apparemment dans une tentative d'attirer l'attention de M. Ogg-Moss, M. Henderson a renversé son lait sur la table devant lui. Là-dessus, M. Ogg-Moss a crié «non» et a frappé M. Henderson à cinq reprises au front avec une grosse cuillère de métal, son objet, a-t-il témoigné par la suite, étant [TRADUCTION] «de le punir pour son geste».

The incident was reported by a summer student at the Rideau Regional Centre. It was her testimony that Mr. Henderson did not cry out as a result of being struck but appeared "quite startled". She felt that had she been hit with that force she would have cried. In his evidence, in response to a question as to Mr. Henderson's reaction to the blows, Mr. Ogg-Moss replied "Kent can't speak but he gives this guttural sound and he did give a cry when I hit him". Mr. Ogg-Moss stated further that five minutes after being hit with the spoon, Mr. Henderson would be incapable of remembering the incident. He conceded he was aware that it was a contravention of hospital policy to strike residents. Previous to the incident he had certified in writing that he had read and understood Personnel Directive Number M.R. 17 of the Ministry of Social Services which specified that physical force against any resident for any reason whatsoever was strictly forbidden.

Paragraph N of the Directive reads:

Striking of Patients:—No patient is to be struck for any reason whatsoever; approved methods of necessary patient restraint specifically exclude striking and any other form of unnecessary aggression. Any employee who strikes, slaps or kicks a patient will be dismissed.

II The Decisions in the Ontario Courts

At first instance in the Ontario Provincial Court, counsel for the Crown conceded that s. 43 was potentially available to the accused as a defence. The case was therefore argued on the issue of whether the force used by Mr. Ogg-Moss was more than "reasonable" in the circumstances. Smith Prov. Ct. J. held that it was not, and that Mr. Ogg-Moss was justified in taking the action he did to discipline the resident and to prevent the hospital from becoming a "mad house". He dismissed the charge.

The Crown appealed to the County Court where Matheson Co. Ct. J. took a different view of the incident and its surrounding circumstances. While acknowledging the difficult nature of the accused's

L'acte de M. Ogg-Moss a été rapporté par une étudiante qui occupait un poste d'été au Centre régional Rideau. Selon son témoignage, M. Henderson n'a pas poussé de cri lorsqu'il a été frappé, mais il avait l'air [TRADUCTION] «tout surpris». Elle pensait que si elle avait été frappée aussi fort, elle aurait pleuré. Répondant à une question concernant la réaction de M. Henderson, M. Ogg-Moss a dit: [TRADUCTION] «Kent ne peut pas parler, mais il est capable d'émettre un son guttural et il a poussé un cri quand je l'ai frappé.» M. Ogg-Moss a témoigné en outre, que, cinq minutes après avoir reçu les coups de cuillère, M. Henderson était incapable de se souvenir de l'incident. Il n'a pas caché non plus qu'il savait que l'hôpital interdisait de frapper les patients. Antérieurement à l'incident en cause il avait certifié par écrit avoir lu et compris la directive numéro M.R. 17 du ministère des Services sociaux à l'intention du personnel, portant que l'emploi de la force physique contre un patient, quel qu'en soit le motif, est strictement défendu.

Le paragraphe N de la directive est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Recours aux coups contre les patients:—Dans aucune circonstance, il n'est permis de frapper un patient; le recours aux coups ou à toute autre forme de violence inutile est exclu des méthodes approuvées pour maîtriser un patient dans les cas où cela peut être nécessaire. Sera renvoyé tout employé qui frappe ou gifle un patient ou qui lui donne un coup de pied.

II Les décisions des cours ontariennes

Au procès devant la Cour provinciale de l'Ontario, le substitut du procureur général a concédé qu'il était possible pour l'accusé d'invoquer l'art. 43 comme moyen de défense. Par conséquent, les débats ont porté sur la question de savoir si la force employée par M. Ogg-Moss dépassait la mesure «raisonnable» dans les circonstances. Le juge Smith a conclu que non et que les mesures disciplinaires que M. Ogg-Moss avaient prises pour punir le patient se justifiaient par la nécessité d'empêcher que l'hôpital ne devienne une «maison de fous». Il a rejeté l'accusation.

Le ministère public a porté cette décision en appel devant la Cour de comté et là le juge Matheson a vu d'un oeil différent l'incident et les circonstances l'entourant. Tout en reconnaissant le

job, Matheson Co. Ct. J. held that the force used was neither reasonable nor justified and substituted a conviction and a fine.

On further appeal to the Ontario Court of Appeal the applicability of s. 43 was for the first time challenged by the Crown. Since there was no evidence before them on this issue, Justices Jessup, Martin and Weatherston sent the case back to the County Court for a new hearing of the appeal. At this new hearing Flanigan Co. Ct. J. held that a "child" for purposes of s. 43 included a "severely retarded" adult and that Mr. Ogg-Moss stood "in the place of a parent" to Mr. Henderson. Flanigan Co. Ct. J. then stated that in view of what he saw as the limited role of the appellate court on review, he was unwilling to draw different inferences from those drawn by the trial judge on the issue of the reasonableness of the force used by Mr. Ogg-Moss. He restored the acquittal at trial.

The appeal then returned a second time to the Ontario Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264. In a very brief oral judgment delivered for himself and for Martin and Lacourcière JJ.A., Jessup J.A. set out the facts of the case and then held:

> However, in our opinion, the respondent was not a schoolteacher or person standing in the place of a parent and the complainant was neither a pupil or child within the meaning of s. 43. In the result we think the appeal must be allowed and the verdict of acquittal set aside and a verdict of guilty entered. By way of penalty we would impose an absolute discharge.

III The Grounds of Appeal

The appellant was granted leave to appeal on five grounds:

1. Whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that a Mental Retardation Counsellor charged with the daily care of profoundly mentally retarded persons are [*sic*] not in the place of a parent vis-à-vis these persons;

caractère difficile du travail de l'accusé, le juge Matheson a conclu que la force employée n'était ni raisonnable ni justifiée; il a donc substitué à l'acquittement un verdict de culpabilité et a imposé une amende.

On en a appelé ensuite à la Cour d'appel de l'Ontario et c'est alors que le ministère public a contesté pour la première fois l'applicabilité de l'art. 43. Vu l'absence de preuve sur ce point, les juges Jessup, Martin et Weatherston ont renvoyé l'affaire à la Cour de comté pour qu'elle procède à une nouvelle audition de l'appel. À l'issue de cette nouvelle audition, le juge Flanigan de la Cour de comté a conclu qu'un adulte [TRADUCTION] «sévèrement arriéré» est un «enfant» aux fins de l'art. 43 et que M. Ogg-Moss «rempla[çait] le père» de M. Henderson. Puis, le juge Flanigan a ajouté que, compte tenu de ce qu'il considérait comme le rôle limité du tribunal d'appel en matière de révision, il ne voulait pas tirer de conclusions différentes de celles du juge du procès quant au caractère raisonnable de la force employée par M. Ogg-Moss. Par conséquent, il a rétabli l'acquittement prononcé au procès.

L'affaire est alors venue une seconde fois devant la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264. Dans de très brefs motifs oraux auxquels les juges Martin et Lacourcière ont souscrit, le juge Jessup a exposé les faits, puis a conclu:

> [TRADUCTION] Nous estimons toutefois que l'intimé n'était pas un instituteur ni une personne qui remplace le père ou la mère et que le plaignant n'était ni un élève ni un enfant au sens de l'art. 43. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict d'acquittement et d'inscrire un verdict de culpabilité. Nous imposons comme peine la libération inconditionnelle.

III Moyens d'appel

L'appelant a reçu l'autorisation de pourvoi. Les cinq moyens invoqués sont les suivants:

[TRADUCTION]

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant qu'un conseiller en déficience mentale chargé de fournir à des personnes atteintes de déficience mentale profonde les soins dont elles ont besoin chaque jour ne remplace pas le père ou la mère de ces dernières?

2. whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that a profoundly retarded person with the physical age of twenty-one and the mental age of five is not a "child" for the purposes of the application of Section 43 of the Criminal Code of Canada;

3. whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that a Mental Retardation Counsellor charged with training mentally retarded persons in basic life skills are [*sic*] not schoolteachers and their charges not pupils in the circumstances of an institution for the mentally retarded;

4. whether the Ontario Court of Appeal erred in not ordering a new trial, having concluded that Section 43 of the Criminal Code had no application;

5. that the learned Justices of the Court of Appeal erred in law by basing their decision on a question of *fact* alone, when the jurisdiction of that Honourable Court was one of appeal restricted to questions of *law* alone, pursuant to Section 771(1) of the Criminal Code.

Though listed last, the fourth and fifth of these grounds are logically prior to the others since they challenge the jurisdiction of the Court of Appeal to proceed as it did. Counsel for Mr. Ogg-Moss argues that the applicability of a specific section of the *Criminal Code* to a given set of circumstances is a question of fact. He submits, therefore, that the Court of Appeal's overturning of Flanigan Co. Ct. J.'s conclusions as to the applicability of s. 43 to the facts of the present case was beyond its jurisdiction which (in summary conviction matters, pursuant to s. 771(1)) is restricted to questions of law. He argues further that if the Court of Appeal was of the opinion that the courts below did not adequately deal with the question of the applicability of s. 43, the proper course would have been to order a new trial.

I cannot accept these submissions. In the present case the issue of the applicability of s. 43 depends on the legal definition and meaning of various terms and phrases in that section and whether, therefore, there was any evidence before the courts below capable of sustaining a conclusion that s. 43 did apply. These are clearly legal questions and therefore within the jurisdiction of the Court of Appeal. If it is correct that s. 43 cannot apply to a

2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant qu'une personne atteinte de déficience mentale profonde, ayant un âge réel de vingt-et-un ans et un âge mental de cinq ans n'est pas un «enfant» aux fins de l'application de l'art. 43 du Code criminel du Canada?

3. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant qu'un conseiller en déficience mentale chargé d'apprendre aux personnes arriérées mentales l'essentiel pour se débrouiller dans la vie n'est pas un instituteur et que les personnes confiées à ses soins dans un établissement pour arriérés mentaux ne sont pas des élèves?

4. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en n'ordonnant pas un nouveau procès après avoir conclu à l'inapplicabilité de l'art. 43 du Code criminel?

5. Les savants juges de la Cour d'appel ont commis une erreur de droit en fondant leur arrêt uniquement sur une question de *fait* alors que le par. 771(1) du Code criminel limite la compétence en matière d'appel de ladite cour aux seules questions de *droit*.

Bien que les quatrième et cinquième moyens soient soulevés en dernier, ils devraient en toute logique précéder les autres puisqu'ils contestent la compétence de la Cour d'appel de procéder comme elle l'a fait. Selon l'avocat de M. Ogg-Moss, l'applicabilité d'un article déterminé du *Code criminel* à des circonstances données est une question de fait. Il soutient donc que la Cour d'appel a excédé sa compétence en infirmant la décision du juge Flanigan de la Cour de comté quant à l'applicabilité de l'art. 43 aux faits de la présente espèce, car, aux termes du par. 771(1), cette compétence se limite, dans le cas des poursuites sommaires, aux questions de droit. Il prétend en outre que, si la Cour d'appel estimait que les tribunaux d'instance inférieure n'avaient pas traité adéquatement de l'applicabilité de l'art. 43, il aurait fallu à ce moment-là ordonner un nouveau procès.

Je ne puis retenir ces arguments. En l'espèce, l'applicabilité de l'art. 43 dépend de la définition et du sens juridiques de différents termes et expressions qui y sont employés et aussi de l'existence de preuves qui auraient pu fonder les tribunaux d'instance inférieure à conclure qu'il s'appliquait. Il s'agit manifestement là de questions de droit qui, par conséquent, relèvent de la compétence de la Cour d'appel. S'il est exact que l'art. 43 ne trouve

situation like the present then it must inevitably follow that the blows admittedly struck by Mr. Ogg-Moss constituted an assault under s. 245(1) and the Court of Appeal, in the exercise of its discretion, was within its jurisdiction under s. 613(4)(*b*)(ii) in substituting a conviction for the acquittal below.

The other three grounds of appeal present different facets of the main question as to whether the Court of Appeal was correct in concluding that s. 43 could not apply to the present case. Mr. Ogg-Moss submits that that court erred in all three of its major conclusions on the question. In contrast to the Court of Appeal's conclusions, he submits that (1) Mr. Henderson was a "child" within the meaning of s. 43; (2) Mr. Ogg-Moss was "in the place of a parent" to him for purposes of that section, and (3) the relationship between them was that of "schoolteacher" and "pupil". The Crown submits, on the contrary, that the Court of Appeal was correct in its conclusion on each of the three points and therefore correct in entering a conviction in place of the acquittal below.

Although he purports to base his reading of the terms in issue in this appeal on their "natural and ordinary meaning", the appellant's argument is essentially a functional one. He argues that the terms "person in the place of a parent" and "child", on the one hand, and "schoolteacher" and "pupil", on the other, refer to relationships. Consequently, he says, the application of s. 43 ought to be determined primarily on the basis of the nature and quality of the relationship between the "parenting person" and the "child" under his care, or between the "schoolteacher" and his "pupil", rather than on the basis of such factors as the chronological age of the "child" or "pupil".

Mr. Ogg-Moss therefore seeks to support his contention that he was "in the place of a parent" to Mr. Henderson by citing the *Province of Ontario Manual of Program Care Standards*

pas d'application dans une situation comme celle qui se présente ici, il doit s'ensuivre inévitablement que les coups que M. Ogg-Moss avoue avoir donnés constituaient des voies de fait visées au par. 245(1) et que le sous-al. 613(4)*b*)(ii) habilitait la Cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé par le tribunal d'instance inférieure.

Les trois autres moyens d'appel portent sur différents aspects de la question principale de savoir si la Cour d'appel a eu raison de conclure à l'inapplicabilité de l'art. 43 en l'espèce. M. Ogg-Moss prétend que les trois conclusions principales de la cour sur cette question sont entachées d'erreur. Prenant le contre-pied des conclusions de la Cour d'appel, M. Ogg-Moss fait valoir (1) que M. Henderson est un «enfant» au sens de l'art. 43; (2) que, aux fins de cet article, il «rempla[çait] le père» de M. Henderson; et (3) que les rapports entre eux étaient ceux qui existent entre un «instituteur» et un «élève». Le ministère public, par contre, soutient que les conclusions de la Cour d'appel sur chacun des trois points sont bien fondées et que, par conséquent, elle a eu raison de remplacer l'acquittement par une déclaration de culpabilité.

Bien qu'il prétende donner aux termes en litige dans ce pourvoi leur [TRADUCTION] «sens naturel et ordinaire», l'appelant met de l'avant un argument essentiellement fonctionnel. En effet, il soutient que les termes «personne qui remplace le père ou la mère» et «enfant» d'une part, et les mots «instituteur» et «élève» d'autre part, désignent des rapports entre les personnes. Il s'ensuit, selon lui, que l'applicabilité de l'art. 43 doit être déterminée surtout en fonction de la nature et de la qualité des rapports entre la «personne qui fait office de père ou de mère» et l'«enfant» confié à ses soins, ou entre l'«instituteur» et son «élève», plutôt qu'en fonction de facteurs tels que l'âge réel de l'«enfant» ou de l'«élève».

M. Ogg-Moss invoque donc à l'appui de l'argument selon lequel il «rempla[çait] le père» de M. Henderson un passage tiré du *Province of Ontario Manual of Program Care Standards*

(September 1976), from which he quotes the following passage:

Direct-care staff shall be responsible for observing, detecting, reporting and managing usual resident illness and behaviour. They shall be trained as surrogate parents to handle such illness and behaviour as are commonly met in the working situation.

(Emphasis added.)

He argues that the functions of an M.R.C. correspond to those of a parent and that, in fact, the M.R.C. is the only "parent" many mentally retarded persons will know. This line of argument found favour with Flanigan Co. Ct. J. who prefaced his conclusion that Mr. Ogg-Moss stood in the place of a parent to Mr. Henderson by observing:

I can't think of any person more closely associated with this particular victim [*sic*] as a parent image than the accused.

On the basis of his contention that an M.R.C. stands in the place of a parent to a mentally retarded person, the appellant argues that the mentally retarded person is a "child" for purposes of s. 43 no matter what his chronological age may be. He contends that this reading of s. 43 is consistent with the ordinary meaning of the word "child", which, as defined by *Webster's Dictionary of the English Language*, includes a "childlike or childish person". The appellant cites from the decision of Flanigan Co. Ct. J.:

When one looks at the job description that is affixed to the Appellant's Affidavit . . . and when one refers to the evidence as to the condition of the victim who has been in this institution for many years, one can come to no other conclusion on any reasonable basis that [*sic*] the word "child" could not [*sic*] apply to him. Surely the very services that are applied and that this victim requires are those that we envisage being required by a child of tender years.

Finally, the appellant urges, even if Mr. Henderson was not a "child" within the meaning of s. 43, his relationship to Mr. Ogg-Moss was nevertheless that of a "pupil" to a "schoolteacher". He contends that the job description of a M.R.C.

(septembre 1976), dont voici le texte:

[TRADUCTION] Il incombe au personnel chargé de fournir les soins directs d'observer, de dépister et de rapporter les maladies et les comportements habituels des patients et d'y faire face. Le personnel doit recevoir une formation de parents de remplacement pour faire face aux maladies et aux comportements qui se rencontrent couramment dans les établissements.

(C'est moi qui souligne.)

Il soutient que les fonctions d'un C.D.M. correspondent à celles de parents et qu'en fait le C.D.M. est le seul «père ou mère» que bien des personnes arriérées mentales connaîtront. Cet argument a été retenu par le juge Flanigan qui a fait précéder sa conclusion que M. Ogg-Moss remplaçait effectivement le père de M. Henderson de l'observation suivante:

[TRADUCTION] Je ne puis imaginer de personne qui, en raison de ses rapports étroits avec cette victime (*sic*), remplit mieux que l'accusé les fonctions d'un père.

Prenant pour point de départ qu'un C.D.M. remplace le père ou la mère d'une personne arriérée mentale, l'appelant fait valoir que cette dernière est un «enfant» aux fins de l'art. 43, peu importe son âge réel. Selon l'appelant, cette interprétation de l'art. 43 cadre bien avec le sens ordinaire du mot «enfant» qui, d'après la définition donnée dans *Webster's Dictionary of the English Language*, comprend une [TRADUCTION] «personne comparable à un enfant». L'appelant cite l'extrait suivant tiré de la décision du juge Flanigan:

[TRADUCTION] À l'examen de la description d'emploi jointe à l'affidavit de l'appelant . . . et au vu de la preuve quant à l'état de la victime, internée dans cet établissement depuis fort longtemps, la seule conclusion raisonnable à laquelle on puisse arriver est que le mot «enfant» ne (*sic*) s'applique pas (*sic*) à elle. Peut-on nier alors que les services qui lui sont fournis et dont elle a besoin sont précisément ceux qui sont requis dans le cas d'un enfant en bas âge?

En dernier lieu, soutient énergiquement l'appelant, même si M. Henderson n'était pas un «enfant» au sens de l'art. 43, le rapport entre eux était certainement celui d'«élève» et d'«instituteur». L'appelant fait valoir que, selon la description

includes teaching "life skills" and that at the time of the incident in question he was teaching Mr. Henderson to eat with a spoon. In the absence of a statutory definition, the terms "schoolteacher" and "pupil" should, he submits, be given a liberal interpretation so as to include this sort of instructional activity.

d'emploi, les fonctions d'un C.D.M. consistent notamment à enseigner «ce qu'il faut pour se débrouiller dans la vie» et que, au moment de l'incident en cause, il apprenait à M. Henderson à manger avec une cuillère. Toujours selon l'appelant, à défaut de définition légale, les termes «instituteur» et «élève» doivent recevoir une interprétation large de manière à comprendre ce genre d'activités pédagogiques.

IV The Purpose and the Effect of s. 43

Mr. Ogg-Moss urges a broad, functional approach to the terms in s. 43. In his submission, the purpose of s. 43 is to protect persons exercising certain parental and instructional functions and therefore its terms ought to be defined so as to further that purpose. I do not doubt that a functional reading is often more appropriate to statutory construction than a slavishly literal one and is often better suited to the attainment of legislative purposes. This appropriateness, however, depends on the accuracy with which the purpose of the enactment is identified.

IV L'objet et l'effet de l'art. 43

M. Ogg-Moss propose à l'égard de l'art. 43 l'adoption d'un point de vue large et fonctionnel. Suivant l'argument de M. Ogg-Moss, l'art. 43 vise à protéger les personnes qui exercent certaines fonctions parentales et éducatives et, par conséquent, les termes employés dans cet article doivent recevoir une définition qui permettra d'atteindre cet objet. Je ne doute pas qu'en matière d'interprétation des lois, une interprétation fonctionnelle est souvent préférable à une littéralité servile en ce sens que, dans bien des cas, il favorise la réalisation de l'objet du législateur. Cela dépend toutefois de la précision de l'énoncé de cet objet dans la loi.

I note that in the present appeal, there is something circular in the way the appellant identifies the purpose of s. 43. If he is correct, and the terms "in the place of a parent" and "child" or "schoolteacher" and "pupil" ought to be given wide interpretations, then he will also be correct that a particular result, and arguably the purpose, of s. 43 will be to protect persons exercising widely-defined "parental" or "educational" functions. But since the accuracy of this identification of the purpose of s. 43 *depends* on the accuracy of Mr. Ogg-Moss's "liberal" definitions of its terms, I do not see how it is possible then to turn around and use this purpose to *support* these very same definitions. It seems clearly true that the purpose of s. 43 and the meaning of its terms are closely intertwined, but the consequence is that neither one can be deduced from an *a priori* definition of the other. An abstract definition of the hypothetical purpose cannot, therefore, be the proper starting point for a consideration of the meaning of its terms.

J'ai pu constater que, dans le présent pourvoi, la façon dont l'appelant établit l'objet de l'art. 43 revêt à certains égards, l'aspect d'une tautologie. S'il a raison de dire que les termes «qui remplace le père ou la mère» et «enfant» ou les mots «instituteur» et «élève» doivent recevoir des interprétations larges, il s'ensuit qu'un des effets de l'art. 43, et pourquoi pas son objet, serait de protéger les personnes qui exercent des fonctions «parentales» ou «éducatives» au sens large. Mais, puisque l'exactitude de cette conclusion quant à l'objet de l'art. 43 *dépend* de l'exactitude des définitions «larges» que M. Ogg-Moss donne aux termes qui y figurent, je ne vois pas comment on peut alors invoquer cet objet *à l'appui* de ces mêmes définitions. Certes, il semble incontestable que l'objet de l'art. 43 et le sens de ses termes sont étroitement reliés, mais il en résulte que l'un ne peut être déduit d'une définition à priori de l'autre. Une définition abstraite de l'objet hypothétique de l'art. 43 ne saurait donc constituer un point de départ approprié pour un examen du sens de ses termes.

A better starting point, in my view, is not the *purpose* of s. 43 but its effects. While a confident conclusion as to the purpose of s. 43 must await an accurate assessment of the meaning of its terms, the overall *effects* of that section are clear, no matter how its terms are defined. It exculpates the use of what would otherwise be criminal force by one group of persons against another. It *protects* the first group of persons, but, it should be noted, at the same time it *removes* the protection of the criminal law from the second. For the Attorney General of Ontario this latter effect justifies a restrictive reading of s. 43, specifically of the terms "child" and "pupil". It is his submission that:

> ... the class of persons against whom otherwise criminal force can be employed ought to be restricted, not broadened, and ... any section which authorizes otherwise illegal physical violence should be strictly construed against the actor.

There is much to be said in favour of this submission. As a statement of general principle it accords with our normal assumptions about the purpose and operation of the criminal law. One of the key rights in our society is the individual's right to be free from unconsented invasions on his or her physical security or dignity and it is a central purpose of the criminal law to protect members of society from such invasions. I agree with the Attorney General that any derogation from this right and this protection ought to be strictly construed. Where the effect of such a purported derogation is to deprive a specific individual or group of the equal protection we normally assume is offered by the criminal law, I think it appropriate to view the proferred definition with suspicion and to insist on a demonstration of the logic and rationale of the interpretation.

Finally, on this point, it should be noted that s. 43 is not necessary for the protection of persons using physical force in response to violent or dangerous behaviour or in the course of approved treatment. The former situations are already covered by, *inter alia*, ss. 34, 35, 37, 38, 39 and 41 of

À mon avis, il vaut mieux commencer par une étude non pas de l'*objet* de l'art. 43 mais de ses effets. Bien qu'il soit impossible de se prononcer avec certitude sur l'objet de l'art. 43 avant d'être fixé sur le sens de ses termes, les *effets* généraux de cet article sont clairs, peu importe les définitions que peuvent recevoir lesdits termes. En effet, l'art. 43 légitime l'emploi par un groupe de personnes à l'endroit d'un autre d'une force qui serait autrement criminelle. L'article 43 *protège* le premier groupe de personnes, mais en même temps, rappelons-le, il *enlève* au second groupe la protection du droit criminel. Selon le procureur général de l'Ontario, ce dernier effet justifie une interprétation restrictive de l'art. 43 et plus précisément des termes «enfant» et «élève». Le procureur général de l'Ontario fait valoir que:

> [TRADUCTION] ... il faut restreindre et non pas élargir la catégorie des personnes contre lesquelles peut être exercée une force par ailleurs criminelle et ... tout article qui autorise l'emploi d'une violence physique par ailleurs illégale doit recevoir une interprétation stricte à l'encontre de l'auteur.

Il y a beaucoup à dire en faveur de cet argument. En tant que déclaration de principe général, il concorde avec nos présomptions normales à l'égard de l'objet et de l'application du droit criminel. Un des droits fondamentaux dans notre société est qu'on ne saurait porter atteinte à la sécurité physique ou à la dignité d'une personne sans son consentement et l'un des buts principaux du droit criminel est de protéger les membres de la société contre de telles atteintes. Je partage l'avis du procureur général que toute dérogation à ce droit et à cette protection doit recevoir une interprétation stricte. Lorsque la dérogation a pour effet d'ôter à une personne ou à un groupe donné la protection que d'après ce qu'on considère normal, le droit criminel offre également à tous, j'estime qu'il faut se méfier de la définition proposée et exiger qu'on démontre la logique et le fondement rationnel de l'interprétation.

Pour terminer notre analyse de ce point, il faut remarquer que l'art. 43 n'est pas nécessaire pour assurer la protection des personnes qui ont recours à la force physique face à une conduite violente ou dangereuse ou dans le cadre d'un traitement approuvé. Les deux premiers cas sont déjà notam-

the *Criminal Code*. The latter are dealt with by provincial legislation such as the *Developmental Services Act*, *supra*, and the *Mental Health Act*, R.S.O. 1980, c. 262, and by regulations promulgated thereunder, as well as by the common law. Section 43 only applies to "correctional" force unrelated to treatment or to the protection of self or others.

V Is a mentally retarded adult a "child" for purposes of s. 43?

Why in law or in policy should the word "child" be given a definition which would make a mentally retarded person over 21 subject to blows which, if directed at a mentally normal 21-year old, would constitute an assault? In my view the proposition that a person in Mr. Henderson's position is a "child", within the meaning of s. 43, is refuted by the history of s. 43 and its common law antecedents and by the very "functional" analysis through which the proposition is articulated.

(a) *"Child" in s. 43 and its common law antecedents*

Both in common parlance and as a legal concept the term "child" has two primary meanings. One refers to chronological age and is the converse of the term "adult"; the other refers to lineage and is the reciprocal of the term "parent". A child in the first sense was defined at common law as a person under the age of fourteen. This definition may be modified by statutory provision: see, for example, the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1); the *Children's Institutions Act*, R.S.O. 1980, c. 67, s. 1(*c*) and the *Children's Residential Services Act*, R.S.O. 1980, c. 71, s. 1(*b*). No statutory modification, however, fixes an age higher than the age of majority which, in Ontario, pursuant to the *Age of Majority and Accountability Act*, R.S.O. 1980, c. 7, s. 1(1), is 18 years. A child in the second sense was defined at common law as the legitimate offspring of a parent, but in most jurisdictions this definition has been amended by statute to constitute all offspring, whether legitimate or not, as the "children" of their natural

ment visés par les art. 34, 35, 37, 38, 39 et 41 du *Code criminel*. Quant à la seconde situation, elle relève de lois provinciales telles que la *Developmental Services Act*, précitée, et la *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1980, chap. 262, de leurs règlements d'application et aussi de la *common law*. L'article 43 s'applique uniquement à une force ayant pour objet de «corriger», indépendamment de tout traitement ou de la protection de soi-même ou d'autrui.

V Un adulte arriéré mental est-il un «enfant» aux fins de l'art. 43?

Quelle raison de droit ou de politique générale peut-il y avoir de donner au mot «enfant» une définition qui exposerait une personne arriérée mentale ayant plus de 21 ans à des coups qui, dans le cas d'une personne normale du même âge, constitueraient des voies de fait? À mon avis, l'argument selon lequel une personne comme M. Henderson est un «enfant» au sens de l'art. 43 est réfuté par l'historique de l'art. 43, par ses antécédents en *common law*, ainsi que par l'analyse «fonctionnelle» même qui sert à véhiculer cet argument.

a) *Le mot «enfant» dans l'art. 43 et ses antécédents en common law*

Dans le langage courant et en droit, le terme «enfant» a deux sens principaux. L'un désigne l'âge réel et est le contraire du mot «adulte», tandis que l'autre désigne les liens familiaux et est le pendant du terme «parent». En *common law*, un enfant au premier sens était une personne de moins de quatorze ans. Or, cette définition peut être modifiée par voie législative: voir, par exemple, la *Loi sur le bien-être de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 66, par. 19(1); la *Children's Institutions Act*, R.S.O. 1980, chap. 67, par. 1*c*) et la *Loi sur les foyers pour enfants*, L.R.O. 1980, chap. 71, al. 1*b*). Dans aucun cas, toutefois, cette limite n'est-elle supérieure à l'âge de la majorité qu'en Ontario la *Loi sur la majorité et la capacité civile*, L.R.O. 1980, chap. 7, par. 1(1), fixe à 18 ans. Un enfant au second sens était défini en *common law* comme la progéniture légitime d'un père ou d'une mère, mais, dans la plupart des ressorts, on a adopté des lois modifiant cette définition de manière que toute progéniture, légitime ou non, figure au nombre des

or adoptive parents: see, for example, the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, s. 1.

As I have indicated, according to the appellant there is a third meaning for the term "child" which focusses on the "childishness" or "childlike" behaviour of the person to whom it applies. To my knowledge this definition of child has no equivalent as a legal concept, nor—unless it succeed in the current case—has it ever successfully been urged to interpret a statutory provision. Certainly it is not the meaning of the term child in the common law antecedents of s. 43.

Like s. 43, the common law recognized a right of certain persons to use force in the correction of a "child". The "child" referred to was a child in the sense *both* of chronology and of lineage. This is how Blackstone in his *Commentaries on the Laws of England*, Book I, chap. 16, described the common law right:

> The power of a parent by our English laws is much more moderate [than that of the *paterfamilias* in Roman law]; but still sufficient to keep the child in order and obedience. He may lawfully correct his child being under age, in a reasonable manner; for this is for the benefit of his education ... He may also delegate part of his parental authority, during his life, to the tutor or schoolmaster of his child; who is then *in loco parentis* [in the place of a parent], and has such a portion of the power of the parent committed to his charge, *viz.* that of restraint and correction, as may be necessary to answer the purposes for which he is employed.

(Emphasis added.)

I shall have occasion to return to this quote, but the underlined portion clearly indicates that the power to chastise was, at least at common law, the power of a parent (specifically the father) or of his direct delegate, to discipline his offspring *until the age of majority*. Blackstone is explicit on this point:

> The legal power of a father (for a mother, as such, is entitled to no power, but only to reverence and respect)

«enfants» de ses parents naturels ou adoptifs: voir par exemple, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, art. 1.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'appelant donne au terme «enfant» un troisième sens qui se concentre sur la «puérilité» ou le comportement «infantile» de la personne visée. À ma connaissance, cette définition d'enfant ne correspond à aucune notion juridique et, sauf si elle est retenue en l'espèce, jamais elle n'a été invoquée avec succès aux fins de l'interprétation d'une disposition législative. Chose certaine, le mot «enfant» n'avait pas ce sens en *common law* dans les antécédents de l'art. 43.

Tout comme l'art. 43, la *common law* reconnaissait à certaines personnes le droit d'avoir recours à la force pour corriger un «enfant». Il s'agissait là d'un «enfant» à la fois selon l'âge réel et selon les liens familiaux. Dans l'ouvrage de Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, livre 1, chap. 16, le droit conféré par la *common law* est formulé en ces termes:

> Les lois anglaises donnent au père un pouvoir bien plus modéré [que celui du *paterfamilias* en droit romain], suffisant néanmoins pour contenir son enfant dans l'ordre et dans l'obéissance. Elles lui permettent de corriger raisonnablement son fils mineur, cette correction ayant pour but le bien de l'éducation de l'enfant ... Il peut aussi, pendant sa vie, déléguer une partie de l'autorité paternelle au [précepteur] ou au maître d'école de son fils, lequel est alors *in loco parentis* [à la place des parents] et reçoit du père cette partie de son pouvoir, qui consiste à réprimer et à corriger autant qu'il est nécessaire pour remplir la tâche dont il est chargé.

(C'est moi qui souligne.)

J'aurai l'occasion de revenir à cette citation; signalons toutefois ici qu'il ressort nettement de la partie soulignée que le pouvoir de châtier, du moins en *common law*, était le pouvoir des parents (particulièrement du père) ou de la personne déléguée directement par eux, de discipliner leur enfant *jusqu'à ce que celui-ci atteignît la majorité*. Blackstone est explicite sur ce point:

> Le pouvoir légal du père sur la personne de son enfant (car la mère n'a d'autre droit, à raison de ce titre, qu'au

* N.D.T.: Version française par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 2, Paris, 1822.

the power of a father, I say, over the persons of his children ceases at the age of twenty one: . . .

I have no doubt, therefore, that at common law no chronological adult, no matter how "childish" or "childlike", was subject to corporal correction from his father or his father's delegate. History does not support the appellant's interpretation.

Given the seemingly clear restriction of the common law right of correction to a "child" under the age of majority, it seems highly unlikely that the framers of the *Criminal Code* used this same word to render a wider class of persons subject to such correction. This impression is reinforced by the fact that when a "child" is referred to elsewhere in the *Code* either explicitly or by implication, it *always* refers to a person chronologically younger than the age of majority: see ss. 3, 140, 146, 168(3) and 197. It should also be noted that when the *Code* does wish to refer to a person with a mental handicap it does so not metaphorically as a "child" or by reference to his purportedly "childlike" or "childish" characteristics, but rather directly, if somewhat bluntly, as a "feeble-minded person" or "an idiot" or "imbecile" or simply "insane". See, for example, ss. 2, 158(2)(*b*)(ii). Although somewhat disturbing to modern sensibilities the terms "feeble-minded", "idiot" and "imbecile" are, in fact, the legal equivalents to the current concepts of "mentally retarded" or "developmentally handicapped". Had the *Criminal Code* intended to include mentally retarded adults in the category of person subject to corporal punishment, these are the terms it would have used, not "child".

(b) *The "functional" reading of "child"*

The foregoing factors of history and statutory construction make the appellant's proposed interpretation highly unlikely. Beyond them, the skepticism which would in any event be the proper judicial response to the appellant's proposed extension of the category of persons the common law made subject to corporal correction is in no way allayed even by his "functional" reading of the

respect et aux égards de ses enfants) cesse quand ils atteignent l'âge de 21 ans: . . .

Je n'ai donc aucun doute qu'en *common law*, une personne qui était adulte selon son âge réel, si «puérile» ou «infantile» fût-elle, n'était pas exposée à un châtiment corporel ni de la part de son père ni de la part du délégué de celui-ci. L'interprétation de l'appelant est dénuée de tout fondement historique.

Puisque, en *common law*, le droit de corriger semble clairement se limiter à un «enfant» mineur, il est fort peu probable que les rédacteurs du *Code criminel* aient utilisé ce même mot pour désigner une catégorie plus large de personnes pouvant être ainsi corrigées. Cela est confirmé d'ailleurs par le fait que lorsque ailleurs dans le *Code*, on fait référence au mot «enfant», soit explicitement soit par déduction nécessaire, il s'agit *toujours* d'un mineur: voir les art. 3, 140, 146, le par. 168(3) et l'art. 197. Il convient de noter aussi que, lorsqu'il traite des handicapés mentaux, le *Code* n'emploie pas de métaphores comme «enfant» ni ne mentionne les traits dits «puérils» ou «infantiles» de la personne en question, mais parle directement, bien qu'avec un certain manque de délicatesse, d'une personne «d'esprit faible», «simple d'esprit», «idiote», «imbécile» ou simplement «aliénée». Voir, par exemple, l'art. 2 et le sous-al. 158(2)*b*)(ii). Bien que les termes «d'esprit faible», «simple d'esprit», «idiot» et «imbécile» aient de nos jours quelque chose de choquant, ils sont en fait les équivalents juridiques des concepts actuels d'«arriéré mental» ou d'«handicapé mental». Si le *Code criminel* avait voulu inclure dans la catégorie des personnes pouvant être punies corporellement les adultes arriérés mentaux, ce sont les termes qu'il aurait employés, et non le mot «enfant».

b) *L'interprétation «fonctionnelle» du mot «enfant»*

Les facteurs historiques ainsi que ceux relatifs à l'interprétation des lois énumérés précédemment rendent l'interprétation proposée par l'appelant hautement invraisemblable. Au-delà de ces facteurs, son interprétation «fonctionnelle» du mot «enfant» ne dissipe aucunement le scepticisme que, de toute façon, les tribunaux manifesteraient à juste titre d'ailleurs face à la proposition de l'appe-

term "child". The single basis cited by Mr. Ogg-Moss for his metaphorical reading of the word "child" is the purported correspondence between the dependency on a parenting figure by a severely retarded adult and by a "child". Beyond this single asserted correspondence, there are no submissions that would support a conclusion as to the "childish" or "childlike" nature of mentally retarded persons; nor do I believe that any such arguments could be successfully maintained. Certainly the description in the record of Mr. Henderson's condition affords no support for such an argument. Incapacity for speech, "headbanging" and inability to recall incidents for more than a few minutes are signs of severe physiological affliction. They do not correspond to any recognizable image of childhood. I agree with the Attorney General for Ontario that there is a qualitative difference between "immaturity", "childishness" or "childlike" behaviour and the behaviour of a mentally retarded adult, especially as in the present case, of a severely retarded adult.

A further important consideration is that chronological childhood is a transitory phase, and for a child in the chronological sense the suspension of the criminal law's protection against certain kinds of assault is a temporary phenomenon. For the mentally retarded person the definition of "childhood" proposed by the appellant is a life sentence and the consequent attenuation of his right to dignity and physical security is permanent. I cannot believe that it is the intention of the *Criminal Code* to create such a category of permanent second-class citizens on the basis of a mental or physical handicap.

If mentally retarded adults are to be considered "children" solely on the basis of their dependency on a "parenting" figure, it is difficult to see how the category of "children" would be limited to the mentally retarded. Essentially the same argument could be made with regard to the functional relationship between sufferers from senility or other cognitive disorder, or perhaps even stroke victims or other invalids, and those who take care of them.

lant d'étendre la catégorie de personnes à l'égard desquelles la *common law* autorisait le recours au châtiment corporel. M. Ogg-Moss donne comme unique fondement de la valeur métaphorique qu'il attribue au mot «enfant» la correspondance qui existerait entre l'état de dépendance d'un adulte sévèrement arriéré et celui d'un «enfant». À part cette seule affirmation de correspondance, aucun autre argument n'appuie une conclusion sur la nature «puérile» et «infantile» des personnes arriérées mentales; je crois d'ailleurs que tout argument de ce genre serait insoutenable. La description de l'état de M. Henderson qu'on trouve dans le dossier n'appuie certainement pas ce type d'argument. L'incapacité de parler, la «crouomanie» et l'impuissance à se souvenir d'un incident quelques minutes après qu'il est survenu sont des signes de graves troubles physiologiques. Ils ne correspondent à aucune conception reconnaissable de l'enfance. D'accord avec le procureur général de l'Ontario, j'estime qu'il y a une différence qualitative entre «l'immaturité», «la puérilité» ou «l'infantilisme» et le comportement d'un adulte arriéré mental, particulièrement dans un cas de déficience grave comme celui qui se présente en l'espèce.

Il importe aussi de retenir que l'enfance au sens propre est transitoire et que ce n'est qu'à titre temporaire qu'un enfant selon son âge réel est privé de la protection du droit criminel contre certains types de voies de fait. Pour l'arriéré mental, la définition du mot «enfance» proposée par l'appelant équivaut à une condamnation à vie qui entraîne une restriction permanente de son droit à la dignité et à la sécurité physique. Je ne puis croire que le *Code criminel* envisage la création d'une catégorie de citoyens de deuxième classe permanente en raison d'un handicap mental ou physique.

Si les adultes arriérés mentaux doivent être considérés comme des «enfants» simplement parce qu'ils dépendent d'une personne qui «fait fonction de parents», on voit mal comment la catégorie des «enfants» se limiterait aux arriérés mentaux. On pourrait invoquer sensiblement le même argument en ce qui concerne les rapports fonctionnels entre les personnes atteintes de sénilité ou d'autres troubles des facultés cognitives, ou peut-être même les

If an inability to tend to one's basic needs, or an inability, because of one's mental state, to function unassisted in society, are indices of "childishness", then the category of adults subject to correction is a very broad one indeed. I do not believe that a functional analysis of childlike dependency is appropriate in these latter cases and for similar reasons I cannot accept it with regard to mentally retarded adults.

A mentally retarded adult is not a child in fact, nor for purposes of the law in general, nor for purposes of s. 43 of the *Criminal Code* in particular.

VI Is a Mental Retardation Counsellor a "Person Standing in the Place of a Parent" to a Mentally Retarded Person under His Charge?

Section 43 only authorizes a "person standing in the place of a parent" to use force by way of correction of a *child*. Since I have concluded that a mentally-retarded adult is not a "child", it must follow that even if an M.R.C. were a person standing in the place of a parent, he would not be authorized to use force to correct a mentally retarded adult like Mr. Henderson. Even if I were wrong, however, and a mentally retarded adult *could* be a "child" for purposes of s. 43, I would nevertheless hold that an M.R.C. in the position of Mr. Ogg-Moss is not a "person standing in the place of a parent" within the meaning of that section.

At common law the power to use force for the correction of a child was vested in the child's parents (originally the father). Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book I, chap. 16, saw it as one of the parental *rights* which were the correlatives of the parental *duties* of support, education and protection. As the passage quoted earlier indicates, this right was conceptualized as an aid in discharging the parental duty of education and could be delegated by the parent to a schoolmaster.

victimes d'apoplexie ou les autres invalides, et ceux qui en prennent soin. Si une incapacité de pourvoir à ses besoins fondamentaux ou une incapacité, en raison de son état mental, de fonctionner de manière indépendante dans la société sont des indices d'«infantilisme», alors la catégorie des adultes exposés au châtiment corporel est vraiment très vaste. À mon avis, une analyse fonctionnelle d'une dépendance infantile n'est pas appropriée dans les cas que je viens de mentionner et, pour des motifs semblables, je ne peux l'accepter dans le cas des adultes arriérés mentaux.

Un adulte arriéré mental n'est un enfant ni en fait, ni aux fins de la loi en général, ni aux fins de l'art. 43 du *Code criminel* en particulier.

VI Un conseiller en déficience mentale est-il une «personne qui remplace le père ou la mère» d'une personne arriérée mentale confiée à ses soins?

Aux termes de l'art. 43, seule une «personne qui remplace le père ou la mère» peut employer la force pour corriger un *enfant*. Vu ma conclusion qu'un adulte arriéré mental n'est pas un «enfant», il s'ensuit inévitablement que, même si un C.D.M. était une personne qui remplaçait le père ou la mère, il ne serait pas autorisé à recourir à la force pour corriger un adulte arriéré mental comme M. Henderson. À supposer toutefois que j'aie tort et qu'un adulte arriéré mental *puisse* être un «enfant» aux fins de l'art. 43, cela ne m'empêcherait pas de conclure qu'un C.D.M. dans la situation de M. Ogg-Moss n'est pas une «personne qui remplace le père ou la mère» au sens dudit article.

En *common law*, le pouvoir d'employer la force pour corriger un enfant était détenu par les parents (au début, par le père seulement). Dans les *Commentaries on the Laws of England*, livre I, chap. 16, Blackstone écrit que ce pouvoir fait partie des *droits* parentaux qui correspondent aux *obligations* parentales d'entretien, d'éducation et de protection. Comme nous avons pu le constater dans le passage cité antérieurement, ce droit était conçu comme une façon d'aider les parents à s'acquitter de leur obligation d'éducation et était susceptible de délégation à un maître d'école.

It follows, then, that at common law there are two ways in which a person could put himself "in the place of a parent". The first is to assume, in the absence or default of the natural parents, the parental duties that give rise to parental rights. The second is to have that right delegated to one by the natural parent.

The first way of assuming the place of a parent is consonant with the well-known line of cases defining the legal meaning of the term *in loco parentis* or "in the place of a parent". The *locus classicus* is the decision of Jessel M.R. in *Bennet v. Bennet* (1879), 10 Ch. D. 474 (which was itself based on the decisions of Lord Eldon in *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140 and Lord Cottenham, in *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359) wherein Jessel M.R. held at pp. 477-78:

> . . . a person *in loco parentis* means a person taking upon himself the duty of a father of a child to make a provision for that child.
>
> . . .
>
> In the case of a person *in loco parentis* you must prove that he took upon himself the obligation.

This line of cases has been applied in Canada, *inter alia*, in *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569 (Ont. C.A.) and *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951 (Sask. C.A.) and in the United States, *inter alia*, in *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (C.A.D.C. 1969), and in *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (Ill. App. 1978). These decisions have stressed the central necessity of taking upon oneself responsibility for the child's financial support in order to fall within the definition of a "person standing in the place of a parent". See, for example, the passage from the judgment of Turgeon J.A. in the *Shtitz* case, at p. 959:

> A person *in loco parentis* to a child is one who has acted so as to evidence his intention of placing himself towards the child in the situation which is ordinarily occupied by the father for the provision of the child's pecuniary wants.

The English cases upon which this definition is based dealt mainly with questions of inheritance, specifically the presumptions of satisfaction and

Il s'ensuit donc qu'en *common law* une personne peut «remplace[r] le père ou la mère» de deux manières. La première consiste à assumer, en l'absence des parents naturels ou lorsque ces derniers négligent de s'en acquitter, les obligations parentales dont découlent les droits parentaux. La seconde est une délégation d'autorité par le parent naturel.

La première manière de remplacer les parents est compatible avec la série de décisions bien connues définissant le sens juridique de l'expression *in loco parentis* ou «qui remplace le père ou la mère». L'arrêt de principe dans ce domaine est *Bennet v. Bennet* (1879), 10 Ch. D. 474 (fondé sur le jugement de lord Eldon *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140 et celui de lord Cottenham *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359). Dans l'arrêt *Bennett*, le maître des rôles Jessel conclut, aux pp. 477 et 478:

> [TRADUCTION] . . . se trouve *in loco parentis* quiconque prend sur lui l'obligation du père d'un enfant de pourvoir aux besoins de cet enfant.
>
> . . .
>
> Dans le cas d'une personne *in loco parentis*, il faut prouver qu'elle a endossé elle-même l'obligation parentale.

Cette série de décisions a été appliquée au Canada notamment dans les arrêts *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569 (C.A. Ont.) et *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951 (C.A. Sask.) et, aux États-Unis, dans les arrêts *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (C.A.D.C. 1969), et *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (Ill. App. 1978), pour ne nommer que celles-là. Ces décisions soulignent que la prise en charge pécuniaire de l'enfant est primordiale si l'on veut être qualifié de «personne qui remplace le père ou la mère». Voir, par exemple, le passage suivant tiré des motifs du juge Turgeon de la Cour d'appel dans l'arrêt *Shtitz*, à la p. 959:

> [TRADUCTION] Une personne *in loco parentis* par rapport à un enfant est quelqu'un dont les actes traduisent son intention de jouer, à l'égard de l'enfant, le rôle normalement réservé au père, qui consiste à répondre aux besoins pécuniaires de l'enfant.

La jurisprudence anglaise sur laquelle cette définition se fonde porte surtout sur des questions successorales, plus précisément sur les présomptions

ademption in equity. The definition is also relevant, however, to the question of whether the functions a person discharges *vis-à-vis* a child are sufficiently similar to those of a parent to entitle him to use force in the correction of a child.

The *Bennet v. Bennet* definition was applied implicitly in *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272. In that case Avory J. rejected the claim that an elder brother was *in loco parentis* for purposes of correction, on the ground that once the children's father had returned from the war the elder brother could no longer be said to be taking his place. It was applied explicitly and in a manner directly relevant to the current appeal, in *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (N.C. App. 1980). In that case a day-care worker had claimed the right to use force in the correction of a child by virtue of the similarity of her functions in caring for the child and those of a parent. Wells J., speaking for the Court, rejected this claim at p. 811:

> The relationship of *in loco parentis* does not arise from the mere placing of a child in the temporary care of other persons by a parent or guardian of such child. The relationship is established only when the person with whom the child is placed intends to assume the status of a parent—by taking on obligations incidental to the parental relationships particularly that of support and maintenance.

(Emphasis added.)

See also, to the same effect, *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (D.C. App. 1982).

I agree with these conclusions. Insofar as Mr. Ogg-Moss's claim to status of a "person standing in the place of a parent" for purposes of using force by way of correction rests on the similarity between the functions of an M.R.C. and of a parent, it cannot succeed. The parent's power of correction arises from his assumption of *all* the obligations of parenthood. A person does not step into the place of a parent for purposes of assuming this power unless he also assumes all these obliga-

d'acquittement en *equity* et de révocation implicite. Toutefois, la définition est pertinente aussi relativement à la question de savoir si les fonctions qu'une personne remplit à l'égard d'un enfant ont suffisamment de ressemblance avec celles des parents pour qu'elle puisse employer la force pour corriger cet enfant.

La définition formulée dans l'arrêt *Bennet v. Bennet* a été appliquée implicitement dans *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272. Dans cette affaire, le juge Avory a rejeté l'argument selon lequel, aux fins des châtiments, un frère aîné se trouvait *in loco parentis* parce que, dès le retour du père des enfants après la guerre, on ne pouvait plus prétendre que le frère aîné le remplaçait. Dans l'arrêt *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (N.C. App. 1980), on a appliqué la définition directement et d'une manière qui touche au coeur de ce pourvoi. Il s'agissait là d'une personne qui travaillait dans une garderie et qui prétendait avoir le droit d'employer la force pour corriger un enfant en raison de la ressemblance de ses fonctions, qui consistaient à prendre soin de l'enfant, avec celles des parents. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Wells a repoussé cet argument, à la p. 811:

> [TRADUCTION] Une personne ne se trouve pas *in loco parentis* du simple fait que les parents ou le tuteur d'un enfant le confient temporairement à sa garde. Ce rapport n'existe que dans le cas où la personne qui reçoit la garde de l'enfant entend agir en qualité de père ou de mère en prenant sur elle des obligations propres aux parents, particulièrement en matière d'entretien.

(C'est moi qui souligne.)

Voir aussi, l'arrêt *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (D.C. App. 1982), qui va dans le même sens.

Je souscris à ces conclusions. Dans la mesure où M. Ogg-Moss invoque la ressemblance entre les fonctions d'un C.D.M. et celles des parents pour appuyer sa revendication du statut de «personne qui remplace le père ou la mère» aux fins de l'emploi de la force pour corriger, il ne peut pas réussir. Le pouvoir qu'ont les parents de corriger découle de ce qu'ils prennent en charge *toutes* les obligations qui leur incombent en cette qualité. On ne peut prétendre exercer ce pouvoir à la place des

tions. Not only does an M.R.C. have no responsibility for the pecuniary needs of the children under his temporary care, those "parental" responsibilities which he does exercise are exercised under the direction and supervision of the Minister and the senior professional staff designated by the Regulations under the *Developmental Services Act*, *supra*. He does not, by exercising these limited responsibilities become in the relevant sense, a "person standing in the place of a parent".

Even if a person does not stand "in the place of a parent" in the *Bennet v. Bennet* sense, there still remains the second way of assuming this position, that of delegation. Flanigan Co. Ct. J. found that Mr. Ogg-Moss stood *in loco parentis* to Mr. Henderson "as an agent of the Minister and an employee of the Department". With respect, I cannot agree. As the decision in *Pittard*, *supra*, clearly indicates, delegation cannot simply be inferred from the fact of placing a child in the care of another. I am willing to assume that Mr. Henderson's admission in early childhood to the Rideau Regional Centre as a voluntary patient with parental consent implies a delegation of parental powers in favour of the Minister. This, however, is not enough. For Mr. Ogg-Moss to succeed, the power must then have moved from the Minister to Mr. Ogg-Moss. On this latter point, the record in the present case goes beyond a simple absence of evidence of sub-delegation to positive evidence of non-delegation in the form of the prohibition in Personnel Directive Number M.R. 17 forbidding the striking of any resident for any reason whatsoever. Mr. Ogg-Moss was *not* a delegate of the Minister for purposes of exercising any right of correction that may have been delegated to the Minister; nor, as a consequence of his certification that he read and understood this directive, could he assert that he mistakenly thought that he was.

I conclude that even if a person in the position of Mr. Henderson were a child for purposes of

parents sans endosser l'ensemble des obligations parentales. Non seulement le C.D.M. n'est-t-il pas tenu de pourvoir aux besoins pécuniaires des enfants confiés temporairement à ses soins, mais, lorsqu'il s'acquitte de certaines responsabilités «parentales», il le fait sous la direction et la surveillance du Ministre et du personnel professionnel supérieur désigné par le règlement d'application de la *Developmental Services Act*, précitée. Il ne devient pas, en s'acquittant de ces responsabilités limitées une «personne qui remplace le père ou la mère» au sens qui nous intéresse en l'espèce.

Toutefois, même si une personne n'est pas quelqu'un qui «remplace le père ou la mère» selon la définition donnée dans l'arrêt *Bennet v. Bennet*, il reste encore la seconde façon d'accéder à ce statut, savoir la délégation. Le juge Flanigan de la Cour de comté a conclu que M. Ogg-Moss, [TRADUCTION] «en sa qualité de mandataire du Ministre et d'employé du ministère», était *in loco parentis* à l'égard de M. Henderson. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Il ressort nettement de l'arrêt *Pittard*, précité, que le simple fait qu'un enfant soit confié aux soins d'une autre personne ne justifie pas une conclusion qu'il y a eu délégation. Je suis prêt à tenir pour acquis que l'admission de M. Henderson, avec le consentement de ses parents, au Centre régional Rideau à titre de patient volontaire alors qu'il était un enfant en bas âge implique une délégation de l'autorité parentale en faveur du Ministre. Cela n'est toutefois pas suffisant. Pour que M. Ogg-Moss puisse avoir gain de cause, il faut que cette autorité soit ensuite dévolue du Ministre à lui. Sur ce point, loin d'être muet, le dossier en l'espèce va plus loin que l'absence de preuve de sous-délégation, il contient une preuve tangible de non-délégation sous la forme de la directive M.R. 17 à l'intention du personnel, qui interdit de frapper un patient pour quelque raison que ce soit. Aux fins de l'exercice du droit de corriger qui a pu être délégué au Ministre, M. Ogg-Moss *n'était pas* le délégué de celui-ci; de plus, ayant certifié qu'il avait lu et compris la directive, M. Ogg-Moss ne peut affirmer qu'il croyait en l'existence d'une délégation.

Je conclus que, même si une personne dans la situation de M. Henderson était un enfant aux fins

s. 43, an M.R.C. in the position of Mr. Ogg-Moss would not be a "person standing in the place of a parent" within the meaning of the section.

VII Is the Relationship between a Mental Retardation Counsellor and a Mentally Retarded Adult under his Care that of "Schoolteacher" and "Pupil"?

(a) *"Pupil"*

The same considerations apply to the definition of "pupil" for the purposes of s. 43 as to the definition of "child".

Blackstone, in the passage quoted earlier, makes it clear that at common law the schoolmaster's right of corporal correction only applied to a chronological child under his charge. He speaks of a parent's power to correct his underage child being delegated to the "tutor or schoolmaster of his child". A similar connotation of childhood attaches to the word "pupil" used in s. 43, which, unlike the more neutral "student", has overtones of immaturity or youthfulness. Were this not so, and were the s. 43 relationship between "schoolmaster" and "pupil" to be read as authorizing corporal correction by anyone teaching something to someone else, then anyone, no matter what his age or his mental competence, would be vulnerable to corporal correction anytime he sought instruction in any field. This would be ludicrous. It is clear that whatever else it may mean, the term "pupil" as used in s. 43 must be limited, as it was at common law, to a child taking instruction.

Since I have already concluded that a mentally retarded adult is not a child for purposes of s. 43, it follows that he is also not a "pupil" within the meaning of that section.

(b) "*Schoolteacher*"

Because Mr. Henderson is not a "pupil" Mr. Ogg-Moss's claim to protection by virtue of his status as "schoolteacher" would fail in any event. It also fails because an M.R.C. is *not* a schoolteacher.

de l'art. 43, un C.D.M. comme M. Ogg-Moss ne serait pas une «personne qui remplace le père ou la mère» au sens de ce même article.

VII Le rapport entre un conseiller en déficience mentale et un adulte arriéré mental confié à ses soins est-il celui qui existe entre un «instituteur» et un «élève»?

a) *«Élève»*

Ce qui a été dit concernant la définition du mot «enfant» s'applique aussi à la définition du mot «élève» aux fins de l'art. 43.

Blackstone, dans le passage cité antérieurement, signale clairement qu'en *common law* le droit du maître d'école d'infliger un châtiment corporel pouvait s'exercer uniquement à l'égard d'un enfant au sens propre confié à sa garde. Il parle de la délégation «au [précepteur] ou au maître d'école de son fils» mineur du pouvoir du père de corriger ce dernier. Le mot «élève» employé à l'art. 43 évoque l'enfance et, à la différence du terme «étudiant» qui est plus neutre, suggère l'immaturité ou la jeunesse. S'il n'en était pas ainsi, et si on interprétait le rapport qu'établit l'art. 43 entre un «instituteur» et un «élève» de manière à autoriser toute personne qui enseigne quelque chose à quelqu'un à avoir recours au châtiment corporel, alors quiconque cherche à s'instruire dans un domaine déterminé, indépendamment de son âge ou de sa capacité mentale, s'exposerait à ce genre de correction. Cela serait absurde. Quel que puisse être le sens du terme «élève» employé à l'art. 43, il est évident que sa portée doit être limitée, comme c'était d'ailleurs le cas en *common law*, à un enfant qui reçoit de l'instruction.

J'ai déjà conclu qu'un adulte arriéré mental n'est pas un enfant aux fins de l'art. 43; il s'ensuit donc qu'il n'est pas non plus un «élève» au sens de cet article.

b) *«Instituteur»*

De toute façon, puisque M. Henderson n'est pas un «élève», c'est en vain que M. Ogg-Moss invoquerait une protection fondée sur sa qualité d'«instituteur». D'autre part, une telle revendication de protection serait rejetée parce qu'un C.D.M. *n'*est *pas* un instituteur.

Like its reciprocal term "pupil" which is narrower than the term "student", the term "schoolteacher" is narrower than the terms "teacher" or "instructor". Generally, it refers to a person who gives formal instruction in a children's school. I would in any event have doubt as to whether an M.R.C. could fall even within the wider definition of "teacher", since his functions are those of personal care and not, in any meaningful sense, of "teaching". *A fortiori* an M.R.C. cannot fall within the more restrictive definition of "schoolteacher". Mental Retardation Counsellors are neither qualified nor licensed as schoolteachers. Such "educational" responsibilities as they do possess (Mr. Ogg-Moss's claim rests on the fact that he was "instructing" Mr. Henderson on how to eat with a spoon) have no academic content, and the context in which they are carried out has not even a metaphorical connection with that in which a schoolteacher functions. I think counsel for Mr. Ogg-Moss was well advised at first instance to disclaim any reliance on an M.R.C.'s status as a "schoolteacher". He has none.

Tout comme le terme «élève» qui est de portée plus restreinte que le terme «étudiant», le mot «instituteur» a un sens plus restreint que les mots «enseignant» ou «instructeur». D'une manière générale, un instituteur est une personne qui dispense de l'instruction dans une école primaire. De toute façon, je doute qu'un C.D.M. soit compris même dans la portée plus large du terme «enseignant», car ses fonctions consistent à fournir des soins personnels et non pas à «enseigner» au sens ordinaire. Donc, à plus forte raison, un C.D.M. ne peut pas relever de la définition plus restrictive d'«instituteur». Les conseillers en déficience mentale ne sont pas titulaires de brevets d'enseignement ni ne possèdent les compétences requises pour enseigner. M. Ogg-Moss prétend qu'il «instruisait» M. Henderson sur la façon de manger avec une cuillère; or, ces responsabilités «éducatives» qui peuvent incomber aux C.D.M. n'ont rien à voir avec l'enseignement au sens strict et le contexte dans lequel ils remplissent ces responsabilités n'a pas le moindre lien, même métaphorique, avec celui dans lequel oeuvre un instituteur. À mon avis, l'avocat de M. Ogg-Moss a eu raison en première instance de ne pas s'appuyer sur la qualité d'«instituteur» d'un C.D.M. Le C.D.M. n'a pas cette qualité.

VIII Using Force By Way of Correction

Even if all of the above were incorrect and an M.R.C. could be a "schoolteacher" or "person standing in the place of a parent" and a mentally retarded adult could be a "child" or "pupil" within the meaning of s. 43, the appeal would still fail.

Section 43 authorizes the use of force "by way of correction". As Blackstone noted, such "correction" of a child is countenanced by the law because it is "for the benefit of his education". Section 43 is, in other words, a *justification*. It exculpates a parent, schoolteacher or person standing in the place of a parent who uses force in the correction of a child, because it considers such an action not a wrongful, but a *rightful*, one. It follows that unless the force is "by way of correction", that is, for the benefit of the education of the child, the use of force will not be justified.

VIII L'emploi de la force pour corriger

Même à supposer que tout ce qui précède soit erroné et qu'un C.D.M. soit assimilable à un «instituteur» ou à une «personne qui remplace le père ou la mère» et qu'un adulte arriéré mental soit comparable à un «enfant» ou à un «élève» au sens de l'art. 43, le pourvoi échouerait tout de même.

L'article 43 autorise l'emploi de la force «pour corriger». Comme l'a fait remarquer Blackstone, la loi approuve de tels procédés dans le cas d'un enfant parce que cela est «pour le bien de l'éducation de l'enfant». En d'autres termes, l'art. 43 est une *justification*. Il a pour effet d'innocenter le père ou la mère, un instituteur ou une personne qui remplace le père ou la mère et qui a recours à la force pour corriger un enfant, la raison à cela étant qu'une telle action est considérée non comme mauvaise, mais comme *légitime*. Par conséquent, le recours à la force ne sera pas justifié, à moins que ce ne soit «pour corriger», c'est-à-dire qu'il ne s'inscrive dans le cadre de l'éducation de l'enfant.

An early Canadian illustration of one aspect of this principle is *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430, which dealt with the common law authorization, now no longer in effect, for a "master" to use force in the correction of his "apprentice". The Upper Canada Court of Appeal was clearly correct in refusing to read the term "apprentice" so widely as to include a servant. A "master" had a responsibility for the education of his "apprentice"; an employer had no such responsibility toward his employees.

Where the context does imply an educational responsibility, this same reasoning demands that the person applying the force intended it for "correction", and that the person being "corrected" be capable of learning from the correction. These stipulations are separate and distinct from the additional requirement, essentially a question of fact, that the force used be reasonable in the circumstances.

The first prerequisite, that the force be intended for correction, has been a part of Canadian law since *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173 (S.C.) In a passage that has been quoted in almost every subsequent case on the right of correction, Loranger J. said at p. 175 that the schoolteacher's power of correction could only be exercised in "the interests of instruction" and that "any punishment . . . motivated by arbitrariness, caprice, anger or bad humour constitutes an offence punishable like ordinary offences."

The second prerequisite, referring to the child's capacity, was articulated by Martin B. in *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402, at p. 403: "The law as to correction has reference only to a child capable of appreciating correction." In *Griffin*, Martin B. held that a two-and-a-half year old child was not so capable. The English scholar, Professor H. K. Bevan, in his work, *The Law Relating to Children* (1973), has concluded at p. 212, footnote 11, that on this same basis "there would be no right to punish a child who was mentally disordered".

Un vieux précédent canadien traite d'un aspect de ce principe. Il s'agit de l'arrêt *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430, qui porte sur l'autorisation, maintenant désuète, que la *common law* reconnaissait à un «maître» d'utiliser la force pour corriger son «apprenti». C'est manifestement à bon droit que la Cour d'appel du Haut-Canada a refusé de donner au terme «apprenti» une interprétation assez large pour comprendre un domestique. Un «maître» était chargé de l'éducation de son «apprenti», tandis qu'aucune responsabilité de ce genre n'incombait à un employeur à l'égard de ses employés.

Lorsque le contexte permet de conclure à l'existence d'une responsabilité éducative, il faut, suivant ce même raisonnement, que la personne qui recourt à la force le fasse pour «corriger», et que la personne ainsi «corrigée» soit capable d'en tirer une leçon. Ces conditions sont entièrement distinctes de l'exigence supplémentaire, qui est essentiellement une question de fait, que la force utilisée soit raisonnable dans les circonstances.

La première condition, savoir que la force ait pour objet de corriger, est consacrée dans le droit canadien depuis l'arrêt *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173 (C.S.). Dans un passage qui a été cité dans presque toutes les décisions subséquentes portant sur le droit de corriger, le juge Loranger dit à la p. 175 que le pouvoir de correction d'un instituteur ne pouvait être exercé que dans «l'intérêt de l'instruction» et que «tout châtiment . . . motivé par l'arbitraire, le caprice, la colère ou la mauvaise humeur, constitue un délit punissable comme les délits ordinaires».

La seconde condition relative à la capacité mentale de l'enfant est formulée par le baron Martin dans l'arrêt *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402, à la p. 403: [TRADUCTION] «Le droit en matière de correction ne vise que les enfants capables de bénéficier d'une correction.» Le baron Martin a conclu que tel n'était pas le cas d'un enfant âgé de deux ans et demi. Dans son ouvrage *The Law Relating to Children* (1973), à la p. 212, note 11, le professeur H.K. Bevan, un spécialiste anglais, conclut que, suivant ce même raisonnement, [TRADUCTION] «il n'existerait pas de droit de punir un enfant qui souffre d'une maladie mentale».

This latter conclusion could, of course, be highly relevant to the present appeal. I find it impossible and unnecessary to decide the correctness of the full breadth of Professor Bevan's categorical statement. There is no evidence before this Court to the effect that mentally retarded children either are or are not, as a class, capable of appreciating correction. I do agree, however, that insofar as a given mentally retarded child is incapable of appreciating correction, s. 43 does not, as a matter of law, justify the use of force by a person standing in the place of a parent or by a schoolteacher. In the present case where the record discloses that the person being "corrected" was, to the knowledge of the person applying the force, incapable of remembering the "correction" within minutes of its application, the assault could not, as a matter of law, constitute "using force by way of correction" and the person committing it could not have recourse to s. 43.

IX Conclusion

In my view the Court of Appeal was correct in each of its conclusions. An M.R.C. is neither a "person standing in the place of a parent" nor a "schoolteacher" and a mentally retarded adult under his care, even if "severely" or "profoundly" retarded, is neither a "child" nor a "pupil" within the meaning of s. 43. Section 43 cannot therefore have any application to a case like the present.

I wish to reiterate that this conclusion in no way affects the right of a person in authority to use force to protect himself or others from violent or threatening behaviour. The fact that the person behaving in this violent or threatening manner may be mentally handicapped is irrelevant to this right. My conclusion as to the inapplicability of s. 43 also has no effect on the statutory or common law protection enjoyed by those who apply force in the course of medical treatment for which the proper consent has been obtained.

Since s. 43 does not justify the intentional application of force in a situation like the present, it follows that this use of force constitutes an

Cette dernière conclusion pourrait, évidemment, être très pertinente en l'espèce. Selon moi il est à la fois impossible et superflu de décider de la justesse de cette déclaration catégorique du professeur Bevan prise dans toute son ampleur. On n'a pas établi devant cette Cour si les enfants atteints de déficience mentale sont capables ou non, en tant que catégorie, de profiter d'une correction. J'estime toutefois que, dans la mesure où un enfant arriéré mental est incapable d'en profiter, en droit l'art. 43 ne justifie l'emploi de la force ni par une personne qui remplace le père ou la mère ni par un instituteur. Dans la présente instance, il se dégage du dossier que la personne «corrigée» était, à la connaissance de la personne qui a eu recours à la force, incapable de s'en souvenir à peine quelques minutes après l'administration de la correction; par conséquent, les voies de fait ne pouvaient en droit constituer un emploi de «la force pour corriger» et l'auteur ne peut invoquer l'art. 43.

IX Conclusion

À mon avis, chacune des conclusions de la Cour d'appel est bien fondée. Un C.D.M. n'est ni une «personne qui remplace le père ou la mère» ni un «instituteur». De même, un adulte arriéré mental confié à ses soins, qu'il soit «sévèrement» ou «profondément» arriéré, n'est ni un «enfant» ni un «élève» au sens de l'art. 43. Il s'ensuit donc que l'art. 43 ne s'applique pas dans un cas comme celui qui nous occupe.

Je m'empresse toutefois de répéter que cette conclusion ne porte nullement atteinte au droit d'une personne ayant autorité de recourir à la force pour se protéger elle-même ou pour protéger autrui face à une conduite violente ou menaçante. Le handicap mental de la personne qui agit de la sorte n'a aucun effet sur l'exercice de ce droit. Ma conclusion quant à l'inapplicabilité de l'art. 43 ne compromet pas non plus la protection accordée par la loi ou par la *common law* à ceux qui ont recours à la force dans le cadre d'un traitement médical entrepris en vertu d'un consentement dûment obtenu.

Puisque l'art. 43 n'autorise pas le recours intentionnel à la force dans une situation comme celle qui se présente en l'espèce, il s'ensuit que l'emploi

assault within the meaning of s. 245(1). I make no comment on the gravity of the assault nor on the appropriateness of laying criminal charges. These questions are not before us; as in the case of any other intentional application of force they are matters for prosecutorial judgment and the discretion of the sentencing court. The Court of Appeal did not err in entering a verdict of guilty.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ronald L. Doering, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Ontario, Toronto.

de la force en pareil cas constitue des voies de fait visées au par. 245(1). Je m'abstiens de me prononcer sur la gravité des voies de fait et sur l'opportunité de porter des accusations criminelles. Nous ne sommes pas saisis de ces questions; comme dans tout autre cas où il y a recours intentionnel à la force, elles relèvent du bon jugement de la poursuite et du pouvoir discrétionnaire de la cour qui est appelée à fixer la peine. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en inscrivant un verdict de culpabilité.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Ronald L. Doering, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

Phyllis Jean Nixon *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16763.

1983: November 3; 1984: September 17.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Assault — Defences — Protection of persons in authority — Common assault by Mental Retardation Counsellor on mentally retarded adult patient — Whether defence under s. 43 of the Criminal Code available — Whether Mental Retardation Counsellor a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" — Whether victim a "child" or a "pupil" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 43.

Ogg-Moss v. The Queen, [1984] 2 S.C.R. 173, applied.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal setting aside accused's acquittal on a charge of common assault[1]. Appeal dismissed.

R. J. Poirier, for the appellant.

S. Casey Hill and *Kenneth L. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The present appeal raises the very issue this Court considered in *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, reasons being delivered concurrently herewith, namely, whether a Mental Retardation Counsellor (M.R.C.) who uses physical force on a mentally retarded adult under his supervision has the benefit of s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

There is a striking similarity in the factual situations in both cases. The only noticeable differ-

[1] 5 W.C.B. 266.

Phyllis Jean Nixon *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 16763.

1983: 3 novembre; 1984: 17 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Droit criminel — Voies de fait — Moyens de défense — Protection des personnes exerçant l'autorité — Voies de fait simples perpétrées par un conseiller en déficience mentale contre un adulte arriéré mental — Peut-on invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43 du Code criminel? — Le conseiller en déficience mentale est-il «une personne qui remplace le père ou la mère» ou un «instituteur»? — La victime est-elle un «enfant» ou un «élève»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé le verdict d'acquittement de l'accusée relativement à l'accusation de voies de fait simples[1]. Pourvoi rejeté.

R. J. Poirier, pour l'appelante.

S. Casey Hill et *Kenneth L. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Le présent pourvoi soulève la même question que celle que cette Cour a examinée dans l'affaire *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, dont les motifs sont rendus en même temps que ceux-ci, savoir si un conseiller en déficience mentale (C.D.M.) qui emploie la force physique contre un adulte arriéré mental placé sous sa surveillance peut bénéficier de l'art. 43 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

La similitude des faits entre les deux affaires est frappante. La seule différence notable est le niveau

[1] 5 W.C.B. 266.

ence is in the level of mental development of the respective victims. The victim in *Ogg-Moss* was severely handicapped. The victim in the present case was only moderately retarded and relatively self-sufficient.

In my view, this difference is of no consequence to the determination of this appeal and therefore I do not feel it necessary further to review the facts.

If a severely retarded person is not considered a "child" under s. 43 (*Ogg-Moss*, *supra*) then, *a fortiori*, a moderately handicapped person cannot fall within the restricted definition of "child".

I would also adopt the analysis in *Ogg-Moss* as to why an "M.R.C." is neither "a person standing in the place of a parent" nor a "schoolteacher" and why a moderately retarded adult under his or her care is neither a "child" nor a "pupil" within the meaning of s. 43.

For the reasons given in *Ogg-Moss v. The Queen*, s. 43 of the *Criminal Code* does not afford a defence to the accused in the present case. The Court of Appeal did not err in entering a verdict of guilty.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: MacGillivray-Poirier, Thunder Bay.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Ontario, Toronto.

de développement mental des deux victimes. Dans l'affaire *Ogg-Moss*, la victime est sévèrement handicapée. En l'espèce, la victime est atteinte d'une déficience moyenne et est relativement autonome.

À mon avis, cette différence n'a aucun effet sur l'issue de ce pourvoi et je ne juge pas nécessaire d'examiner les faits plus en détail.

Si on ne considère pas qu'une personne sévèrement arriérée est un «enfant» au sens de l'art. 43 (*Ogg-Moss*, précité), alors à fortiori, une personne moyennement handicapée ne peut pas relever de la définition restrictive d'«enfant».

Je suis aussi d'avis d'adopter l'analyse effectuée dans l'affaire *Ogg-Moss* qui explique pourquoi un «C.D.M.» n'est ni une «personne qui remplace le père ou la mère» ni un «instituteur» et pourquoi un adulte arriéré moyen confié à ses soins n'est ni un «enfant» ni un «élève» au sens de l'art. 43.

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, l'art. 43 du *Code criminel* ne fournit pas de défense à l'accusée en l'espèce. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en inscrivant un verdict de culpabilité.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: MacGillivray-Poirier, Thunder Bay.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

Phoenix Assurance Company of Canada and Phoenix Assurance Company Limited (*Defendants*) *Appellants*;

and

Bird Construction Company Limited (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

Ownix Developments Limited and The Canada Trust Company *et al.* (*Defendants*);

and between

Walter Yarwood (*Plaintiff*);

and

Ownix Developments Limited, Phoenix Assurance Company of Canada, David Owen, Warrick Consultants Ltd., and Phoenix Assurance Company Limited (*Defendants*).

File No.: 16835.

1983: June 15; 1984: September 17.

Present: Laskin C.J.* and Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mechanics' liens — Liability — Development arrangement — Project under direct control of development company but ultimate control and reversion of ownership lying with assurance company — Liens claimed by construction company on insolvency of development company — Completion work on project requested by development company, and unpaid — Unpaid work on subtenancies requested by subtenants — Whether or not assurance company liable for lien claims — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, ss. 1(1)(d), 5(1), 7, 11 — The Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 38, as am. by The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), c. 51, s. 3 — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 52, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 7.

Phoenix (U.K.) ("PUK") and its wholly-owned subsidiary, Phoenix (Canada) ("PCDA"), set out to establish a head office building and entered into a develop-

* The Chief Justice took no part in the judgment.

Phoenix Assurance Company of Canada et Phoenix Assurance Company Limited (*Défenderesses*) *Appelantes*;

et

Bird Construction Company Limited (*Demanderesse*) *Intimée*;

et

Ownix Developments Limited et The Canada Trust Company *et autres* (*Défenderesses*);

et entre

Walter Yarwood (*Demandeur*);

et

Ownix Developments Limited, Phoenix Assurance Company of Canada, David Owen, Warrick Consultants Ltd. et Phoenix Assurance Company Limited (*Défendeurs*).

N° du greffe: 16835.

1983: 15 juin; 1984: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

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

Privilèges de constructeur — Responsabilité — Contrat de réalisation — Projet sous le contrôle direct du promoteur, mais contrôle ultime et retour de la propriété consentis à la compagnie d'assurance — Privilèges revendiqués par la compagnie de construction par suite de l'insolvabilité du promoteur — Non-paiement des travaux d'achèvement du projet demandés par le promoteur — Non-paiement des travaux exécutés sur les lieux sous-loués à la demande des sous-locataires — La compagnie d'assurance est-elle responsable à l'égard des revendications de privilège? — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, art. 1(1)d), 5(1), 7, 11 — The Judicature Act, R.S.O. 1970, chap. 228, art. 38, mod. par The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), chap. 51, art. 3 — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 52, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 7.

En vue d'ériger un édifice destiné à servir de siège social, Phoenix (R.-U.) et sa filiale en propriété exclusive Phoenix (Canada) ont conclu un contrat de réalisa-

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

ment arrangement with Ownix Developments. Because Ownix lacked adequate financing to undertake the project itself, Phoenix and Ownix devised and put into effect an elaborate scheme set out in their development agreement. Ownix sold PCDA vacant land in fee simple and received back a ground lease. Ownix then charged its leasehold interest in the lands and premises to Canada Trust and granted PUK a credit lease of the land and building, effective on completion, with the rent being equal to the amount necessary to retire Ownix' mortgage. This credit lease was then assigned to Canada Trust as further security for the mortgage. PUK granted a sublease back to Ownix, with the rent being equal to the payments made under the credit lease plus a share in the building's profits. Ownix leased space in part of the building to PCDA and let the remainder to third party tenants. Many of these transactions occurred on the same day. The actual construction was undertaken pursuant to a contract between Bird Construction and Ownix, which in turn received its instructions from PCDA.

Ownix became insolvent, and lien claims were registered by Bird Construction against the interests of Phoenix, Ownix and Canada Trust for money owing for completion expenditures and for improvements for outside space tenants. The Master found a valid lien against the interest of Ownix only but the Divisional Court, on appeal, awarded Bird Construction a lien against the interests of PUK and PCDA with respect to all items claimed. The Court of Appeal in effect struck out the lien claim relating to third party tenant improvements. At issue here was whether the Phoenix companies were owners within s. 1(1)(*d*) of *The Mechanics' Lien Act* and if Bird Construction was entitled under s. 5 to a lien against their interests with respect to the completion and the outside tenant expenses. If the liens were valid, questions arose as to the period of time for which Bird Construction was entitled to pre-judgment and post-judgment interest and the applicable interest rate.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

"Owner", within the meaning of *The Mechanics' Lien Act*, requires that the party (a) have an estate or interest in the land, (b) request the work to be performed on the land, and (c) that work be done on behalf of, with the privity of or for the direct benefit of the party. Owner

tion avec Ownix Developments. Vu qu'Ownix n'était pas en mesure de financer elle-même le projet, Phoenix et elle-même ont conçu et mis à exécution un plan complexe exposé dans leur contrat de réalisation. Ownix a cédé à Phoenix (Canada) la pleine propriété du bien-fonds et s'est vu consentir en retour un bail à construction. Ownix a ensuite grevé son droit de tenure à bail sur le biens-fonds et les locaux auprès de Canada Trust et a consenti à Phoenix (R.-U.) un crédit-bail sur le bien-fonds et l'édifice lorsqu'il serait achevé. Le loyer prévu correspondait au montant nécessaire pour rembourser l'hypothèque d'Ownix. Ce crédit-bail a alors été cédé à Canada Trust à titre de garantie supplémentaire de l'hypothèque. Phoenix (R.-U.) a par la suite consenti une sous-location à Ownix moyennant un loyer égal aux paiements faits en vertu du crédit-bail plus une participation aux profits tirés de l'édifice. Ownix a loué une partie de l'édifice à Phoenix (Canada) et le reste à des tiers locataires. Plusieurs de ces opérations ont été conclues le même jour. Les travaux de construction mêmes ont été entrepris conformément à un contrat intervenu entre Bird Construction et Ownix, qui recevait ses instructions de Phoenix (Canada).

Ownix est devenue insolvable et Bird Construction a enregistré des revendications de privilège grevant les droits de Phoenix, Ownix et Canada Trust relativement aux montants dus pour l'achèvement des travaux et pour les améliorations effectuées pour le compte des tiers locataires. Le *Master* a conclu qu'il y avait un privilège valide seulement à l'égard du droit d'Ownix, mais la Cour divisionnaire, en appel, a reconnu à Bird Construction un privilège grevant les droits de Phoenix (R.-U.) et de Phoenix (Canada) relativement à tous les montants réclamés. La Cour d'appel a radié en fait la revendication de privilège relative aux améliorations effectuées pour le compte des tiers locataires. La question en l'espèce est de savoir si les compagnies Phoenix sont des propriétaires au sens de l'al. 1(1)*d*) de *The Mechanics' Lien Act* et si Bird Construction jouit, en vertu de l'art. 5, d'un privilège grevant leurs droits pour ce qui est des dépenses d'achèvement et de celles engagées pour les tiers locataires. Si les privilèges sont valides, des questions se posent alors quant à la période pour laquelle Bird Construction a droit à des intérêts avant jugement et après jugement et quant au taux d'intérêt applicable.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Pour être «propriétaire» au sens de *The Mechanics' Lien Act*, il faut que la partie a) ait un droit de tenure ou un autre droit sur le bien-fonds, b) qu'elle demande l'exécution des travaux sur le bien-fonds et c) que ces travaux aient été exécutés au nom, à la connaissance ou

need not necessarily mean the registered or legal owner of the fee. Phoenix can be said to have requested the work done if an overall view is taken of these arrangements, notwithstanding the fact that the request was made by Ownix in a strictly factual sense. Given the factual complexities of the transactions, both PUK and PCDA should be considered, in a factual sense, as having requested the work done. Similarly, Phoenix can be said to have extended credit even though the result would be otherwise were the arrangements dissected into their minute parts.

A lien is valid against all estates or interests in the land whether or not each owner of such interest requested the work. The statutory pattern of the Act is not susceptible to different application and different results, as between the lien claimant and owners, according to whether the owner actually entered into a contract or operated through a development arrangement and intermediaries. The question of privity did not arise here, however, because both Phoenix and Ownix were owners and because Ownix made the request as Phoenix' agent. The fact that Phoenix was not required to retain a holdback did not preclude enforcement of the lien: the lienholder's principal remedy is his right to resort to the interest in the land and the holdback is merely an ancilliary remedy.

A lien must be "justly due" by the lien holder and "justly owing" by the owner. The lien validly attached to the completion expenses. The lien for leasehold improvements installed for tenants other than PCDA, however, could not be enforced because something in the nature of direct dealing between landlord or head tenant and the lien claimant was required. No privity of contract existed between Bird and Phoenix, and even though the benefits would ultimately revert to Phoenix, Phoenix could not be liable because of its being an owner as defined by the Act. The Act did not envisage all owners, jointly or severally, being responsible for work authorized by a single owner. The tenants in these circumstances were owners to the extent of their leasehold interest and Phoenix, as it made no request with respect to those interests, could not be considered as an owner. Even if Phoenix were considered an owner of

au profit personnel de la partie. Le terme propriétaire ne s'entend pas nécessairement du propriétaire inscrit ou du titulaire du droit de propriété. Si on considère ces arrangements complexes globalement, on peut dire que Phoenix a demandé l'exécution des travaux même si, sur le plan des faits strictement, la demande a été faite par Ownix. Compte tenu des faits complexes qui entourent les opérations, on doit considérer que, sur le plan factuel, Phoenix (R.-U.) et Phoenix (Canada) ont toutes les deux demandé l'exécution des travaux. De même, on peut dire que Phoenix a avancé le crédit même s'il en était autrement si on divisait les arrangements en chacun des éléments qui les composent.

Un privilège grève validement tous les droits de tenure ou autres droits sur le bien-fonds, peu importe que chaque titulaire de tels droits ait ou non demandé l'exécution des travaux. La formule adoptée par le législateur n'est pas susceptible d'être appliquée différemment ni de produire des résultats différents pour le créancier privilégié et les propriétaires selon que le propriétaire a conclut réellement un contrat ou a eu recours à un contrat de réalisation et à des intermédiaires. Toutefois la question du lien contractuel ne se pose pas ici puisque Ownix et Phoenix sont toutes les deux propriétaires et qu'Ownix a fait la demande en qualité de mandataire de Phoenix. Le fait que Phoenix n'était pas obligée de retenir des fonds en qarantie n'empêchait pas l'exécution du privilège: le principal recours du titulaire du privilège est son droit d'invoquer le droit sur le bien-fonds et la retenue ne constitue qu'un recours auxiliaire.

Le montant du privilège est la somme que «peut, à bon droit, exiger» le titulaire du privilège et celle «que doit, à bon droit,» le propriétaire. Le privilège grève validement les dépenses d'achèvement. Toutefois le privilège relatif aux améliorations locatives effectuées pour les locataires autres que Phoenix (Canada) ne peut être mis à exécution parce qu'il aurait fallu quelque chose qui s'apparente à des négociations directes entre le propriétaire ou le locataire principal et le créancier privilégié. Il n'existe pas de lien contractuel entre Bird et Phoenix et même si c'est Phoenix qui doit bénéficier finalement des travaux, cette dernière ne peut être responsable simplement parce qu'elle est un propriétaire au sens de la Loi. La Loi n'envisage pas que tous les propriétaires soient conjointement et solidairement responsables des travaux autorisés par un seul d'entre eux. Dans ces circonstances, les locataires sont des propriétaires dans la mesure de leur droit de tenure à bail et, comme elle n'a fait aucune demande concernant ces droits, Phoenix ne peut être considérée comme un propriétaire. Même si Phoenix était considérée comme titulaire de ces droits de tenure

these leasehold interests, no sum was "justly owing" by it.

Interest was to be calculated before and after judgment at the judgment rate as ordered by the Court of Appeal, rather than at either the contractual or at the commercial rate. This was not a case for the application of s. 52 of the *Supreme Court Act*.

Northern Electric Co. v. Manufacturers Life Insurance Co., [1977] 2 S.C.R. 762; *Hamilton (City of) v. Cipriani*, [1977] 1 S.C.R. 169, considered; *Sanderson Pearcy & Co. v. Foster* (1923), 53 O.L.R. 519; *John A. Marshall Brick Co. v. York Farmers Colonization Co.* (1917), 54 S.C.R. 569; *Dalgleish v. Prescott Arena Co.*, [1951] O.R. 121; *Hillcrest Contractors Ltd. v. McDonald (No. 2)* (1977), 2 Alta. L.R. (2d) 273; *Sandon Construction Ltd. v. Cafik* (1973), 34 D.L.R. (3d) 609; *Canadian Cutting and Coring (Toronto) Ltd. v. Howson*, [1968] 2 O.R. 449; *S. Morgan Smith Co. v. Sissiboo Pulp and Paper Co.* (1904), 35 S.C.R. 93; *Kosobuski v. Extension Mining Co.* (1929), 64 O.L.R. 8, referred to.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 125 D.L.R. (3d) 680, 33 O.R. (2d) 807, dismissing an appeal, except to reduce the amount of the lien as against the interests of PCDA and PUK together with interest, from a judgment of the Ontario Divisional Court allowing an appeal from the interim report of the Master and awarding a lien against the interests of PCDA and PUK. Appeal and cross-appeal dismissed.

John M. Roland, Q.C., and *Brian Morgan*, for the appellants.

D. K. Laidlaw, Q.C., and *Joseph J. Colangelo*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—In order to establish a head office building in Toronto, the appellants, the Phoenix group, consisting of Phoenix Assurance Company Limited (a United Kingdom Company) and its wholly-owned Canadian subsidiary Phoenix Assurance Company of Canada (both of which are

à bail, il n'y a aucune somme qu'elle «[devait], à bon droit».

Les intérêts devaient être calculés pour les périodes antérieure et postérieure au prononcé du jugement, au taux accordé par le jugement de la Cour d'appel plutôt qu'au taux contractuel ou commercial. Il ne s'agit pas d'un cas qui se prête à l'application de l'art. 52 de la *Loi sur la Cour suprême*.

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *Northern Electric Co. c. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1977] 2 R.C.S. 762; *Hamilton (Municipalité de) c. Cipriani*, [1977] 1 R.C.S. 169; arrêts examinés: *Sanderson Pearcy & Co. v. Foster* (1923), 53 O.L.R. 519; *John A. Marshall Brick Co. v. York Farmers Colonization Co.* (1917), 54 R.C.S. 569; *Dalgleish v. Prescott Arena Co.*, [1951] O.R. 121; *Hillcrest Contractors Ltd. v. McDonald (No. 2)* (1977), 2 Alta. L.R. (2d) 273; *Sandon Construction Ltd. v. Cafik* (1973), 34 D.L.R. (3d) 609; *Canadian Cutting and Coring (Toronto) Ltd. v. Howson*, [1968] 2 O.R. 449; *S. Morgan Smith Co. v. Sissiboo Pulp and Paper Co.* (1904), 35 R.C.S. 93; *Kosobuski v. Extension Mining Co.* (1929), 64 O.L.R. 8.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 125 D.L.R. (3d) 680, 33 O.R. (2d) 807, qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour divisionnaire de l'Ontario, mais a réduit le montant du privilège grevant les droits de Phoenix (Canada) et de Phoenix (R.-U.) ainsi que les intérêts. La Cour divisionnaire de l'Ontario avait accueilli l'appel interjeté à l'encontre du rapport provisoire du *Master* et accordé un privilège grevant les droits de Phoenix (Canada) et de Phoenix (R.-U.). Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

John M. Roland, c.r., et *Brian Morgan*, pour les appelantes.

D. K. Laidlaw, c.r., et *Joseph J. Colangelo*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—En vue d'ériger à Toronto un édifice destiné à servir de siège social, les appelantes, savoir, le groupe Phoenix composé de Phoenix Assurance Company Limited (une compagnie du Royaume-Uni) et de sa filiale canadienne en propriété exclusive Phoenix Assurance Company of

hereinafter referred to jointly as "Phoenix", unless specific reference is made to the United Kingdom company as "PUK" or to the Canadian company as "PCDA"), entered into an arrangement with the respondent, Ownix Developments Limited (hereinafter referred to as "Ownix"). Because Ownix lacked adequate financing to undertake the project on its own, elaborate arrangements were entered into for raising the funds required to build the building, all as set out in a development agreement entered into "as of the first day of November 1972" between Ownix and Phoenix. The actual construction was undertaken under a contract between Ownix and the respondent, Bird Construction Company Limited (hereinafter called "Bird"), dated October 16, 1972. Under the development agreement, PUK shared with Ownix any defined savings effected by Bird under the construction contract.

Canada (désignées conjointement ci-après sous le nom de «Phoenix», à moins d'une mention spécifique de la compagnie du Royaume-Uni ou de la compagnie canadienne qui seront alors désignées sous les noms de «Phoenix R.-U.» et de «Phoenix Canada» respectivement), ont conclu un accord avec l'intimée Ownix Developments Limited (ci-après appelée «Ownix»). Vu qu'Ownix n'était pas en mesure de financer elle-même le projet, des arrangements complexes ont été pris en vue de réunir les fonds nécessaires à la construction de l'édifice, le tout étant énoncé dans un contrat de réalisation intervenu «le 1er novembre 1972» entre Ownix et Phoenix. Les travaux de construction comme tels ont été entrepris conformément à un contrat, en date du 16 octobre 1972, conclu par Ownix et l'intimée Bird Construction Company Limited (ci-après appelée «Bird»). Aux termes du contrat de réalisation, Phoenix R.-U. partageait avec Ownix toutes les économies définies réalisées par Bird en vertu du contrat de construction.

In this general financing scheme, Ownix first transferred the vacant land for one dollar to PCDA, which then granted a ground lease back to Ownix for an annual rental of one dollar. Ownix then granted a lease of the land and the building, when completed, to PUK, (referred to by the parties as the "credit lease") the rental payments under which were precisely equal to the principal and interest costs of retiring an intended mortgage of Ownix' leasehold interest to The Canada Trust Company (hereinafter referred to as "Canada Trust") as mortgagee. Ownix then assigned the credit lease to Canada Trust as further security for the mortgage granted by Ownix to Canada Trust. Although the record includes only the table of contents of the Canada Trust mortgage, it is clear that Ownix mortgaged its leasehold interests and the building. The appellant, in its factum, describes the mechanics of the transaction:

Suivant ce plan général de financement, Ownix a d'abord cédé le terrain inoccupé à Phoenix Canada pour la somme d'un dollar; cette dernière a ensuite consenti à Ownix un bail à construction moyennant un loyer annuel d'un dollar. Ownix a ensuite consenti à Phoenix R.-U. un bail (appelé par les parties le «crédit-bail») portant sur le bien-fonds et l'édifice lorsqu'il serait achevé. Les loyers prévus par le crédit-bail correspondaient exactement au coût en capital et en intérêts du remboursement d'une hypothèque grevant le droit de tenure à bail d'Ownix qu'on se proposait de consentir à The Canada Trust Company (ci-après appelée «Canada Trust») à titre de créancière hypothécaire. Cela fait, Ownix a cédé le crédit-bail à Canada Trust à titre de garantie supplémentaire de l'hypothèque qu'elle lui avait consentie. Bien que le dossier ne contienne que la table des matières de l'hypothèque de Canada Trust, il est évident qu'Ownix a hypothéqué son droit de tenure à bail et l'édifice. Dans leur mémoire, les appelantes décrivent ainsi le mécanisme de l'opération:

The benefit of the credit lease was assigned by Ownix to Canada Trust as security for the repayment of the permanent financing.

[TRADUCTION] Ownix a cédé le crédit-bail à Canada Trust pour garantir le remboursement du financement permanent.

PUK subsequently granted a sublease back to Ownix, and the payments by the lessee Ownix under this sublease were equal to the payments by the lessee PUK under the credit lease, plus a participation by PUK in the profit from the building as defined in the sublease. At this point, Ownix granted a $10 million mortgage to Canada Trust, charging the leasehold interests of Ownix in the lands and premises, as already mentioned. All of these agreements, leases and the mortgage were dated as of April 30, 1974 except the transfer to PCDA which was dated "30th of April 1974". Ownix granted a space lease for part of the building to PCDA, while other leases were granted to outsiders. Both PCDA and outside tenants entered into leasehold improvement contracts with Ownix who contracted with Bird to make these improvements. No issue arises herein with reference to the lien claim by Bird for the cost of the PCDA leasehold improvements.

The overall development agreement for this project between Phoenix and Ownix, in addition to the arrangements already summarized above, provided:

(a) The sublease from PUK to Ownix required Ownix to pay, as rental, the cost of retiring the Canada Trust mortgage, together with an additional amount equal to the greater of twenty per cent of the profits generated by the building or $40,000 per year.

(b) No doubt in order to control the nature of the businesses carried on in the head office building, as well as to maximize the profits in which Phoenix was to share, Phoenix had the right to approve all space leases.

(c) Ownix, to secure its performance under the sublease aforementioned, and to ensure that PUK would have the right to approve all space leases granted in the building, was to deposit two sums totalling $1,250,000 with PUK, which deposits were to be reduced over

Phoenix R.-U. a par la suite consenti une sous-location à Ownix et les paiements qu'Ownix devait effectuer en vertu de cette sous-location équivalaient à ceux que Phoenix R.-U. devait effectuer en vertu du crédit-bail, plus une participation de Phoenix R.-U. aux profits tirés de l'édifice, tel que défini dans la sous-location. C'est alors qu'Ownix a accordé à Canada Trust une hypothèque de 10 millions de dollars grevant, comme nous l'avons déjà mentionné, le droit de tenure à bail d'Ownix sur le bien-fonds et l'édifice. Ces contrats, ces baux et cette hypothèque auraient été tous datés du 30 avril 1974, alors que la cession à Phoenix Canada est effectivement datée du «30 avril 1974». Ownix a consenti à Phoenix Canada un bail portant sur une partie de l'édifice, tandis que d'autres baux ont été accordés à des tiers locataires. Phoenix Canada et ces tiers locataires ont conclu des contrats d'amélioration locative avec Ownix qui a confié les travaux d'amélioration à Bird. En l'espèce, on ne conteste pas le privilège revendiqué par Bird au sujet du coût des améliorations locatives apportées pour le compte de Phoenix Canada.

Outre les arrangements résumés ci-dessus, le contrat global de réalisation du projet en question, intervenu entre Phoenix et Ownix, prévoit ce qui suit:

a) Aux termes de la sous-location qui lui a été consentie par Phoenix R.-U., Ownix devait payer à titre de loyer le coût du remboursement de l'hypothèque de Canada Trust, ainsi qu'un montant supplémentaire correspondant à vingt pour cent des profits générés par l'édifice ou à 40 000 $ par année, selon le plus important de ces montants.

b) Sans doute afin de pouvoir exercer un contrôle sur la nature des entreprises exploitées dans l'édifice du siège social, ainsi que pour maximiser les profits qu'elle devrait partager, Phoenix avait le droit d'approuver tous les baux de locaux.

c) Pour garantir l'exécution de ses obligations en vertu de la sous-location susmentionnée et pour assurer que Phoenix R.-U. aurait le droit d'approuver tous les baux de locaux consentis dans l'édifice, Ownix devait verser à Phoenix R.-U., à titre de dépôt, deux sommes totali-

the term of the lease as the share of profits from the building was realized by PUK and as the space leases granted to outside tenants were approved by PUK.

(d) With reference to the construction and the building, Phoenix had the right:

(i) to approve plans and to inspect and supervise construction; and,

(ii) to share through Ownix in the amount by which actual cost of construction was less than the guaranteed contract price.

(e) On the expiry of the term of the lease (thirty-five years) to Ownix, the lands were to be owned by PCDA free of all encumbrances, the mortgage having been retired by the application of the revenue derived by Ownix from the credit lease.

The building was constructed and the parties agreed that it was substantially completed, within the terms of the development agreement, on April 30, 1974, but the building was not completed for the purposes of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, until August 1974. All references are to the Act as it appears in the 1970 Revised Statutes. The 1980 version was not then in effect and we are, of course, not concerned with the present version, now called the *Construction Lien Act, 1983* [1983 (Ont.), c. 6] of Ontario. After the agreed completion date, Bird expended $273,278.24 in completing the building under the construction contract, $83,891.16 in leasehold improvements for PCDA, and $106,519.51 on third party leasehold improvements for the outside tenants. These expenditures amount in total to $463,688.91. All this work was performed by Bird on the orders of Ownix, who in turn was responding to orders from PCDA and the other tenants with regard to the leasehold improvement expenditures or to the terms of the construction contract. On September 16, 1974 Bird registered claims for liens for all three items against the interest of Phoenix, Ownix, and Canada Trust respectively in these lands and buildings. Initially, Bird claimed priority over Canada Trust, but this claim was not

sant 1 250 000 $, lesquelles sommes en dépôt seraient réduites pendant la durée du bail à mesure que Phoenix R.-U. recevrait sa part des profits générés par l'édifice et qu'elle approuverait les baux de locaux consentis à des tiers locataires.

d) En ce qui a trait aux travaux de construction et à l'édifice lui-même, Phoenix avait le droit:

(i) d'approuver les plans et d'inspecter et de surveiller les travaux de construction; et

(ii) de partager, par l'intermédiaire d'Ownix, le montant par lequel le coût réel des travaux de construction serait inférieur au prix garanti dans le contrat.

e) À l'expiration du bail (de trente-cinq ans) consenti à Ownix, le bien-fonds appartiendrait à Phoenix Canada libre de toute charge puisque l'hypothèque aurait été remboursée au moyen des revenus tirés par Ownix du crédit-bail.

L'édifice a été construit et les parties s'accordent pour dire que, le 30 avril 1974, l'édifice était en grande partie achevé au sens du contrat de réalisation, mais il n'a été achevé aux fins de *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, chap. 267, qu'en août 1974. Toutes les mentions visent la Loi telle qu'elle se présente dans les lois révisées de 1970. La version de 1980 n'était pas alors en vigueur et, évidemment, la version actuelle intitulée *Construction Lien Act, 1983* [1983 (Ont.), chap. 6] de l'Ontario ne nous intéresse pas en l'espèce. Après la date convenue pour la fin des travaux, Bird a dépensé 273 278,24 $ pour achever l'édifice conformément au contrat de construction, 83 891,16 $ pour effectuer des améliorations locatives pour le compte de Phoenix Canada et 106 519,51 $ pour effectuer le même genre d'améliorations pour le compte des tiers locataires. Ces dépenses s'élèvent au total à 463 688,91 $. Tous ces travaux ont été exécutés par Bird sur l'ordre d'Ownix qui, elle, appliquait les dispositions du contrat de construction ou, dans le cas des améliorations locatives, donnait suite aux ordres de Phoenix Canada et des autres locataires. Le 16 septembre 1974, Bird a enregistré, quant à ces trois montants, des revendications de privilèges grevant le droit que détiennent Phoenix, Ownix et Canada

advanced in this Court. No claim was made by Bird against the leasehold interests of the third party tenants, perhaps because the improvements and the unexpired terms of the leases had no market value and also perhaps because demonstrable privity was absent.

The Master found a valid lien against the interest in these lands of Ownix only, in the amount of $463,688.91. No lien rights were recognized against the interests of Phoenix in these lands and buildings. There is, apparently, no contest with respect to the priority of Canada Trust for the moneys advanced under the mortgage. No reference is made as to whether the mortgage was fully advanced or otherwise, and consequently we are not here concerned with such priorities. There is likewise no reference in the record as to any claim by the receiver of Ownix against the third party tenants for the leasehold improvement expenditures, nor is there any reference in the judgments below to the question as to whether any lien rights in Bird arise with reference to the leasehold estate of those space tenants.

The Divisional Court allowed the appeal from the interim report of the Master, and awarded to Bird a lien against the interests of PCDA and PUK in the land in respect of all three items claimed by Bird as above.

The Court of Appeal dismissed the appeal except to reduce the amount of the lien as against the interests of PCDA and PUK to $357,169.40, together with interest for the period from registration of the lien on September 18, 1974 until April 23, 1979, in the amount of $110,617.61, along with interest thereafter at such rate as if the lien judgment were a money judgment. In effect, the Court of Appeal struck out, as against the Phoenix companies, the lien claim relating to third party tenant improvements in the amount of $106,519.51.

Trust respectivement sur le biens-fonds et l'édifice en question. Au début, Bird réclamait la priorité sur Canada Trust, mais cette réclamation n'a pas été soumise en cette Cour. Bird n'a fait aucune revendication touchant les droits de tenure à bail des tiers locataires, peut-être parce que les améliorations et le reste de la durée des baux n'avaient aucune valeur marchande et peut-être aussi en raison de l'absence d'un lien contractuel démontrable.

Le *Master* a conclu qu'il y avait un privilège valide seulement à l'égard du droit d'Ownix sur ce bien-fonds et ce, pour un montant de 463 688,91 $. On n'a reconnu aucun privilège grevant les droits de Phoenix sur le bien-fonds et l'édifice en question. La priorité de Canada Trust en ce qui concerne les fonds avancés en vertu de l'hypothèque n'est apparemment pas contestée. Puisqu'on ne précise pas si le montant de l'hypothèque a été avancé en entier, ces priorités ne nous intéressent pas en l'espèce. Le dossier ne fait également état d'aucune réclamation faite par le séquestre d'Ownix contre les tiers locataires pour les dépenses engagées au titre des améliorations locatives. De plus, les décisions d'instance inférieure passent sous silence la question de savoir si Bird bénéficie d'un privilège à l'égard du droit de tenure à bail de ces locataires.

La Cour divisionnaire a accueilli l'appel formé contre le rapport provisoire du *Master* et a reconnu à Bird un privilège grevant les droits de Phoenix Canada et de Phoenix R.-U. sur le bien-fonds et ce, pour chacun des trois montants déjà mentionnés réclamés par Bird.

L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté, mais la cour a néanmoins réduit le montant du privilège grevant les droits de Phoenix Canada et de Phoenix R.-U. à 357 169,40 $, plus des intérêts de 110 617,61 $ pour la période comprise entre le 18 septembre 1974, date de l'enregistrement du privilège, et le 23 avril 1979, ainsi que les intérêts courus après cette date au même taux qui s'appliquerait si le jugement reconnaissant l'existence d'un privilège était un jugement qui accorde une somme d'argent. En réalité, la Cour d'appel a radié, à l'égard des compagnies Phoenix, le privilège relatif aux améliorations d'une valeur de 106 519,51 $ effectuées pour les tiers locataires.

The issues raised on this appeal and cross-appeal are as follows:

(1) Are the Phoenix companies owners within the meaning of s. 1(1)(*d*) of *The Mechanics' Lien Act*, *supra*?

(2) Is Bird entitled to a lien against the interests of the Phoenix companies in the land and building pursuant to s. 5(1) of *The Mechanics' Lien Act*, *supra*, in respect of all completion expenditures ($273,278.24) and outside tenant leasehold improvements ($106,519.51) (no issue now being raised about the PCDA leasehold improvements ($83,891.16))?

(3) If so, at what rate and for what periods is Bird entitled to interest on these amounts, or any of them, for:

(a) pre-judgment interest;

(b) post-judgment interest?

Several provisions of *The Mechanics' Lien Act*, *supra*, bear on these issues. I start with the definition of 'owner' found in s. 1(1)(*d*):

1.—(1) In this Act,

. . .

(*d*) "owner" includes any person and corporation, including a municipal corporation and a railway company, having any estate or interest in the land upon which or in respect of which work is done or materials are placed or furnished, at whose request, and

(i) upon whose credit, or

(ii) on whose behalf, or

(iii) with whose privity or consent, or

(iv) for whose direct benefit,

work is done or materials are placed or furnished and all persons claiming under him or it whose rights are acquired after the work in respect of which the lien is claimed is commenced or the materials placed or furnished have been commenced to be placed or furnished;

Les questions soulevées dans le présent pourvoi et le pourvoi incident sont les suivantes:

1) Les compagnies Phoenix sont-elles des propriétaires au sens de l'al. 1(1)*d*) de *The Mechanics' Lien Act*, précitée?

2) Bird jouit-elle, conformément au par. 5(1) de *The Mechanics' Lien Act*, précitée, d'un privilège grevant les droits que possèdent les compagnies Phoenix sur le bien-fonds et l'édifice, pour ce qui de toutes les dépenses d'achèvement (273 278,24 $) et les améliorations locatives effectuées pour les tiers locataires (106 519,51 $) (les améliorations locatives effectuées pour le compte de Phoenix Canada (83 891,16 $) n'étant pas contestées en cette Cour)?

3) Dans l'affirmative, à quel taux et pour quelles périodes Bird a-t-elle droit à des intérêts sur ces montants ou sur l'un ou l'autre de ces montants, pour ce qui est:

a) des intérêts avant le jugement;

b) des intérêts après le jugement?

Plusieurs dispositions de *The Mechanics' Lien Act*, précitée, portent sur ces questions. Prenons d'abord la définition du terme [TRADUCTION] «propriétaire» qui figure à l'al. 1(1)*d*):

[TRADUCTION] **1.**—(1) Dans la présente Loi,

. . .

d) «propriétaire» désigne toute personne physique ou morale, y compris une municipalité et une compagnie de chemin de fer, ayant un droit de tenure ou un autre droit sur le bien-fonds sur lequel ou à l'égard duquel des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis, à sa demande et

(i) sur la foi de son crédit,

(ii) en son nom,

(iii) à sa connaissance ou avec son consentement, ou

(iv) à son profit personnel,

des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis et toutes les personnes qui revendiquent comme ses ayants droit, dont les droits ont été acquis après le commencement des travaux ou de la mise en place ou de la fourniture des matériaux qui font l'objet d'une revendication de privilège;

It it may be, as was argued in this Court, that the definition of "owner" embraces two types of owner, the first type being a person who enters into a contract for the supply of work and materials to a project, such as Ownix did in this transaction. The second situation arises where the person who is alleged to be an owner does not enter into any contract for the improvement of the land in question but who clearly has an estate or interest in that land and who indeed will benefit from the expenditures by the lien claimant. It is said in this submission that here Phoenix could not be an owner within the statutory definition on either basis because no work was done or materials delivered at the "request" of Phoenix and as a result of any of the four circumstances specified in the section. The appellant says that no such work or materials were provided on the credit of or on behalf of, or with the consent of Phoenix; and that none of the work under the construction contract between Bird and Ownix was done for the direct benefit of Phoenix (excepting only the PCDA leasehold improvements).

Il se peut, comme on l'a fait valoir en cette Cour, que la définition du terme «propriétaire» comprenne deux types de propriétaires, le premier étant une personne qui conclut un contrat pour l'exécution de travaux et la fourniture de matériaux relativement à un projet, comme l'a fait Ownix dans la présente opération, alors que dans le second cas, la personne qu'on dit être un propriétaire ne conclut aucun contrat visant l'amélioration du bien-fonds en question, mais a manifestement un droit de tenure ou un autre droit sur ce bien-fonds et bénéficie effectivement des dépenses faites par le créancier privilégié. On affirme, dans cet argument, que Phoenix ne peut être ni l'un ni l'autre type de propriétaire au sens de la définition donnée par la Loi parce qu'il n'y a eu ni exécution de travaux ni livraison de matériaux à la «demande» de Phoenix et par suite de l'une ou l'autre des quatre circonstances énoncées dans l'article. Les appelantes affirment que de tels travaux ou matériaux n'ont été fournis ni sur la foi du crédit de Phoenix, ni en son nom, ni avec son consentement et que les travaux exécutés en vertu du contrat de construction intervenu entre Bird et Ownix n'ont pas été exécutés au profit personnel de Phoenix (à l'exception seulement des améliorations locatives effectuées pour le compte de Phoenix Canada).

In order to determine the application of the statutory definition to the parties to the transaction which gave rise to this appeal, it is necessary to consider the arrangements under which the contractor, Bird, proceeded to erect the building on these lands. If the transaction is dissected into the minute parts which compose the whole financing scheme, it might well be concluded that Phoenix indeed did not extend the credit which resulted in this project going ahead. It might also be concluded that technically Phoenix did not request that any such work be done or that materials be delivered, and that Phoenix did not benefit directly from such work. Thus it could well be argued, if each circumstance were taken in isolation, that there was no privity of contract between Phoenix and Bird under which the building was constructed on these lands.

Afin de déterminer si la définition donnée par la Loi s'applique aux parties à l'opération qui a donné lieu à ce pourvoi, il est nécessaire d'examiner les arrangements en vertu desquels l'entrepreneur, Bird, a procédé à la construction de l'édifice sur le bien-fonds en question. Si on divisait l'opération en chacun des éléments qui composent le plan de financement dans son ensemble, on pourrait bien conclure que Phoenix n'a pas vraiment avancé le crédit qui a permis au projet d'aller de l'avant. On pourrait également conclure que, techniquement, Phoenix n'a demandé ni l'exécution des travaux ni la livraison des matériaux et que les travaux n'ont pas été exécutés à son profit personnel. Ainsi, on pourrait bien soutenir, si chaque circonstance était prise isolément, qu'il n'y avait entre Phoenix et Bird aucun lien contractuel en vertu duquel l'édifice a été construit sur le bien-fonds.

In my view, a very different result is achieved when the overall arrangements are examined. For reasons best known to the parties, Phoenix did not wish to undertake the design, financing, leasing and construction of the PCDA head office on its own account. Phoenix was agreeable to enter into arrangements whereby Ownix, in the general sense of the term, managed the project, but under the authoritative surveillance and control of Phoenix. Ownix, for its part, lacked the resources to acquire the site, arrange long-term financing, erect the building, and lease part of it to PCDA for its head office and the balance to strangers, all in its own right. Ownix may have had the entrepreneurial instincts and capacities, but not the financial wherewithal, to stage the project. Whatever the reason, Ownix appears to have agreed to contribute the land and to be the project manager for rewards in the amounts and payable in the manner provided in the development agreement and the leases and contracts subtended or evolving therefrom. At the end of the day, however, Ownix would not own the land or the building. PCDA would be the owner of the property in fee simple, free and clear of all encumbrances, except any unexpired space leases. The plan adopted by Ownix and Phoenix drew upon a combination of interests and capacities as between Ownix and Phoenix, which led to the construction of this large building in downtown Toronto, and to the installation in a part of that building of the head office of PCDA. It is against this factual background that, in my view, one must assess the development agreement, the construction contract, the several leases and sublease, the assignment of the credit lease, the mortgage, and the application to the enterprise of the provisions of *The Mechanics' Lien Act*, *supra*.

Because Ownix required the support of the financial strength of Phoenix in order to produce adequate security for a first mortgage of the magnitude required for the construction of this building, the creditworthiness of Phoenix was contributed to this transaction by means of the credit lease and its assignment to the mortgagee. For reasons not disclosed in the record, a direct mortgage

À mon avis, on en arrive à un résultat fort différent lorsqu'on examine les arrangements dans leur ensemble. Pour des raisons que les parties connaissent mieux que personne, Phoenix n'a pas voulu s'occuper elle-même de la conception, du financement, de la location et de la construction du siège social de Phoenix Canada. Phoenix a accepté de prendre des arrangements suivant lesquels Ownix allait gérer, au sens général du terme, le projet, tout en étant soumise à la surveillance et au contrôle de Phoenix. Ownix, pour sa part, ne disposait pas des ressources nécessaires pour s'occuper toute seule de l'acquisition de l'emplacement, du financement à long terme, de la construction de l'édifice et de la location d'une partie de celui-ci à Phoenix Canada pour son siège social et du reste à d'autres locataires. Ownix avait peut-être les aptitudes nécessaires pour monter le projet, mais les moyens financiers lui manquaient. Peu importe la raison, Ownix semble avoir consenti à fournir le bien-fonds et à gérer le projet moyennant des paiements dont le montant et les modalités sont prévus dans le contrat de réalisation ainsi que dans les baux et les contrats qui en ont découlé. Mais, en fin de compte, Ownix ne serait propriétaire ni du bien-fonds ni de l'édifice. Phoenix Canada aurait la pleine propriété du bien, libre et quitte de toute charge, sauf pour ce qui est des baux de locaux non encore expirés. Le plan adopté par Ownix et Phoenix faisait appel à une mise en commun de leurs ressources, ce qui a permis la construction de ce grand édifice au centre de Toronto et l'établissement du siège social de Phoenix Canada dans une partie de cet édifice. Selon moi, c'est en fonction de ces faits qu'il faut évaluer le contrat de réalisation, le contrat de construction, les différents baux et la sous-location, la cession du crédit-bail, l'hypothèque et l'application à l'entreprise des dispositions de *The Mechanics' Lien Act*, précitée.

Étant donné qu'Ownix avait besoin de toute la puissance financière de Phoenix afin de pouvoir offrir une garantie suffisante pour une première hypothèque aussi importante que celle requise pour la construction de l'édifice en cause, l'opération a bénéficié de la solvabilité de Phoenix au moyen du crédit-bail et de sa cession à la créancière hypothécaire. Pour des raisons que ne révèle

between PCDA, with or without a PUK guaranty, to Canada Trust was not the route chosen by the parties.

The object of the entire program was, of course, to establish a head office suitable for the purposes of PCDA in about seven of a total of twenty-two floors in the building. Ownix was to lease the balance of the space to third party tenants throughout the term of its sublease from PUK of the entire building. To this end, Phoenix was to approve the building plans and to supervise construction throughout. The approval of Phoenix was also required of any leases to outside tenants to whom Ownix wished to lease any space in the building. Phoenix had the authority to make alterations to the plans of the building as it proceeded. In short, Phoenix and Ownix were the joint entrepreneurs of the project wherein Ownix was the contractor to execute the development, albeit that Ownix entered into an agreement with Bird for the actual erection of the building according to plans as approved by Phoenix. The "guaranteed maximum price" was $6.1 million. The construction contract provided for a sharing of any savings realized below that price as between Bird and Ownix on the basis of 65 per cent to Ownix and 35 per cent to Bird. Under the development contract, 20 per cent of Ownix' share in these savings would be paid over by Ownix to PUK. At the end of the program thirty-five years hence, Ownix' connection with the land and building terminated, as did PUK's lease, and PCDA continued on as the registered owner without encumbrance by lease or mortgage. It was on this basis that Phoenix extended its financial support to Ownix in the manner already outlined. While the Court of Appeal was in disagreement with the Divisional Court when that Court found that the Phoenix companies exercised a significant degree of control over the project beyond that which might be expected from any prime tenant, the Court of Appeal nevertheless concluded, on the evidence, that the building was built for the occupancy by the Phoenix companies as their Canadian head office, to the standards and quality prescribed by

pas le dossier, les parties ont choisi de ne pas procéder par voie d'hypothèque accordée directement par Phoenix Canada à Canada Trust, avec ou sans garantie de la part de Phoenix R.-U.

Tout ce programme avait, certes, pour but d'établir un siège social qui répondrait aux besoins de Phoenix Canada qui occuperait environ sept des vingt-deux étages de l'édifice. Ownix louerait à des tiers le reste des locaux pendant la durée de la sous-location de tout l'édifice consentie par Phoenix R.-U. À cette fin, Phoenix devrait approuver les plans de l'édifice et surveiller tous les travaux de construction. De plus, tout bail consenti à un tiers locataire auquel Ownix souhaiterait louer des locaux dans l'édifice devrait être soumis à l'approbation de Phoenix. Phoenix avait le pouvoir d'apporter, au cours des travaux de construction, des modifications aux plans de l'édifice. Bref, Phoenix et Ownix ont entrepris conjointement ce projet, Ownix étant l'entrepreneur chargé de sa réalisation, bien qu'elle ait passé un contrat avec Bird en vue de la construction de l'édifice conformément aux plans approuvés par Phoenix. Le [TRADUCTION] «prix maximum garanti» était de 6,1 millions de dollars. Le contrat de construction prévoyait que, si jamais le coût des travaux était inférieur à ce prix, Bird et Ownix se partageraient, dans des proportions respectives de 35 pour 100 et de 65 pour 100, les économies ainsi réalisées. Le contrat de réalisation prévoyait la remise à Phoenix R.-U. de 20 pour 100 de la part de ces économies revenant à Ownix. Quand le programme prendrait fin au bout de trente-cinq ans, Ownix n'aurait plus aucun lien ni avec le bien-fonds ni avec l'édifice, le bail de Phoenix R.-U. expirerait et Phoenix Canada serait propriétaire inscrite du bien-fonds et de l'édifice, ceux-ci n'étant alors grevés d'aucun bail ni d'aucune hypothèque. C'est dans ce contexte que Phoenix a donné son appui financier à Ownix de la manière déjà exposée. La Cour divisionnaire a conclu que les compagnies Phoenix ont exercé un contrôle considérable sur le projet, un contrôle plus serré que celui auquel on s'attendrait d'un locataire principal; bien que la Cour d'appel n'ait pas partagé cet avis, elle a néanmoins conclu, sur la foi de la preuve, que l'édifice a été construit afin de servir de siège social canadien aux compagnies Phoenix,

Phoenix, and was financed on the basis of the financial strength of Phoenix and not of Ownix.

The consequences at law of the bankruptcy of Ownix are significant. Ownix held a ground lease of the lands on which the building was erected. The ground lease was expressly not to be made subject to any mortgage. It further provides that, upon the bankruptcy of the tenant, the lease shall terminate. As we have seen, a series of leases and subleases was built upon the basis of this ground lease by PCDA to Ownix. The assignment of the credit lease by Ownix to Canada Trust with the concurrence of PUK requires the latter to continue to pay the rental due thereunder whether or not the credit lease itself remains in effect. This, of course, means nothing more than that the covenant by PUK to pay rent to Ownix is, in essence, converted by the assignment of the credit lease into a guaranty by PUK of the payments under the mortgage held by Canada Trust. The performance by PUK of the "guaranty" obligation will subrogate PUK to the mortgagee's rights, which in turn would advance PUK, then standing in the shoes of Canada Trust, to a position ahead of the Bird liens at least as regards funds advanced under the mortgage before registration of the liens. However, as near as can be determined from the record, the charge in the mortgage seizes upon the leasehold interests of the mortgagor Ownix (excluding, of course, the ground lease), that is, in the credit lease and the "sublease" from PUK to Ownix. All of these leases are dependent upon the ground lease which vanished on the bankruptcy of Ownix. The space leases are expressly kept alive notwithstanding the intervening bankruptcy of Ownix by a provision in the ground lease. Thus the leases, in respect of which improvements were made by Bird on orders of Ownix which in turn contracted with the space tenants for their installation, continued in effect upon the reversion of lands and buildings to PCDA. If these improvements then had value, PCDA was the beneficiary who succeeded to it,

qu'il a été construit selon les normes de qualité prescrites par Phoenix et que son financement dépendait de la puissance financière de Phoenix et non pas de celle d'Ownix.

Les conséquences juridiques de la faillite d'Ownix sont importantes. Ownix détenait un bail à construction sur le bien-fonds où a été construit l'édifice. Le bail à construction prévoit expressément qu'il ne doit être assujetti à aucune hypothèque. Il dispose en outre qu'il prend fin si le locataire fait faillite. Comme nous l'avons vu, ce bail à construction consenti par Phoenix Canada à Ownix constitue le fondement de toute une série de baux et de sous-locations. Aux termes de la cession par Ownix du crédit-bail à Canada Trust, avec le consentement de Phoenix R.-U., cette dernière doit continuer à payer les loyers exigibles en vertu dudit crédit-bail, que celui-ci reste ou non en vigueur. Cela, évidemment, signifie simplement que la cession du crédit-bail a essentiellement pour effet de transformer l'engagement de Phoenix R.-U. de payer un loyer à Ownix en une garantie par Phoenix R.-U. des paiements à effectuer en vertu de l'hypothèque détenue par Canada Trust. L'exécution par Phoenix R.-U. de l'obligation que lui impose la «garantie» a pour effet de la subroger dans les droits du créancier hypothécaire, ce qui en retour donne à Phoenix R.-U., alors à la place de Canada Trust, priorité sur les privilèges de Bird, du moins en ce qui concerne les fonds avancés en vertu de l'hypothèque avant l'enregistrement des privilèges. Toutefois, pour autant qu'on puisse en juger à partir du dossier, l'hypothèque grève les droits de tenure à bail que la débitrice hypothécaire Ownix possède sur le crédit-bail et sur la «sous-location» que lui a consentie Phoenix R.-U. (à l'exception évidemment du bail à construction). Tous ces baux dépendent du bail à construction qui s'est volatilisé lors de la faillite d'Ownix. Malgré cette faillite, la continuation des baux de locaux est expressément assurée par une disposition du bail à construction. Ainsi, les baux, à l'égard desquels des améliorations ont été effectuées par Bird sur l'ordre d'Ownix qui elle-même avait conclu des contrats à cet effet avec les locataires, sont restés en vigueur au moment où le bien-fonds et l'édifice ont été retournés à Phoenix Canada. Si ces améliorations avaient eu de la

but there is no such evidence in the record. To this aspect I will return later.

The ground lease expressly provides that any mortgage granted by Ownix will "be subject and subordinate to ... the rights of ... [PCDA]" under the ground lease. This may indicate even more clearly that upon the bankruptcy of Ownix, Canada Trust is left with a guaranty from PUK so that subrogation rights are of no concern to PUK or the lien claimant Bird.

In the result, therefore, PCDA, consequent upon the bankruptcy of Ownix, continued as the owner in fee simple of the lands, but now free and clear of all encumbrances, save the mortgage which PUK was contractually bound to pay, and subject to whatever rights Bird may have under the liens against these lands. The space leases, as well, remain extant. Whether Bird may have a claim in law against the leasehold interests or estate of the tenants in the space leases, or a right in contract directly against the tenants themselves, is left to conjecture as no such claim arose here, nor are all the parties necessary to the complete litigation of such claims before the Court.

On these rather complex factual relationships, what are the rights of the builder Bird to assert lien rights against the interests of Phoenix in these lands for moneys expended on the building which Bird has constructed? In part, that question is answered by determining if PUK or PCDA or both are "owners" for the purposes of the Act. "Owner" is defined, as we have seen, by s. 1(1)(*d*) of the Act, *supra*. Later in these reasons I will separately address the lien claims by Bird against the interest of Phoenix for leasehold improvements installed by Bird on the order of Ownix for the third party space tenants.

valeur à ce moment-là, et le dossier ne contient aucune preuve en ce sens, Phoenix Canada en aurait été la bénéficiaire. Je reviendrai sur cet aspect plus loin.

Le bail à construction prévoit expressément que toute hypothèque consentie par Ownix sera [TRADUCTION] «assujettie et subordonnée ... aux droits de ... [Phoenix Canada]» en vertu du bail à construction. Cela montre peut-être encore plus clairement qu'après la faillite d'Ownix, Canada Trust continue d'être protégée par une garantie de Phoenix R.-U.; par conséquent, les droits de subrogation n'intéressent ni Phoenix R.-U. ni la créancière privilégiée Bird.

En définitive, Phoenix Canada, à la suite de la faillite d'Ownix, continuait donc d'avoir la pleine propriété du bien-fonds qui était maintenant libre et quitte de toute charge, sauf l'hypothèque que Phoenix R.-U. était tenue par contract de payer et sous réserve des droits quelconques que Bird pouvait détenir en vertu des privilèges grevant ce bien-fonds. Les baux de locaux continuent aussi d'exister. Quant à la question de savoir si Bird peut en droit revendiquer un privilège grevant le droit de tenure à bail ou autre droit que possèdent les locataires en vertu des baux de locaux, ou si elle a un droit contractuel directement opposable aux locataires, elle est laissée sans réponse étant donné qu'aucune réclamation de cette nature n'a été faite en l'espèce et que ne sont pas présentes toutes les parties nécessaires pour que cette Cour puisse faire un examen complet de ces réclamations.

Compte tenu des rapports assez complexes qui se dégagent des faits, dans quelle mesure la constructrice Bird peut-elle revendiquer des privilèges grevant les droits de Phoenix sur le bien-fonds relativement aux sommes dépensées pour la construction de l'édifice? On peut répondre en partie à cette question en déterminant si Phoenix R.-U. ou Phoenix Canada ou les deux à la fois sont des «propriétaires» aux fins de la Loi. Le terme «propriétaire», comme nous l'avons vu, est défini à l'al. 1(1)*d*) de la Loi, précité. Plus loin dans ces motifs, je traiterai séparément le privilège revendiqué par Bird sur les droits de Phoenix relativement aux améliorations locatives effectuées par Bird sur l'ordre d'Ownix pour les tiers locataires.

In order to qualify Phoenix, or either of them, as an owner, it must be found that (a) Phoenix has an estate or interest in the land, (b) Phoenix requested the work to be performed on the land by Bird, and (c) such work was done on the credit or on behalf, or with the privity or consent, or for the direct benefit, of Phoenix.

In applying these provisions of the Act, it must be remembered that "owner" under the statute is not necessarily the registered or legal owner of the fee. The security afforded by the Act is a claim against the interest of the person requesting the work and whose interest is to be thereby enhanced. Middleton J. examined this aspect of the Act in *Sanderson Pearcy & Co. v. Foster* (1923), 53 O.L.R. 519, at p. 521:

> The intention of the statute clearly is to prevent any one who has an estate or interest in lands upon which a lien may be claimed under secs. 6 and 8 from having liability imposed upon his estate unless there is on his part, first, a request, and, secondly, one or more of the alternative requirements mentioned.

At page 522, His Lordship continued:

> This statutory definition is not to be regarded as creating a method of imposing a new kind of liability in favour of the subcontractor without privity of contract.

The matter had earlier been examined in this Court in *John A. Marshall Brick Co. v. York Farmers Colonization Co.* (1917), 54 S.C.R. 569, *per* Anglin J. at p. 581:

> While it is difficult if not impossible to assign to each of the three words "request," "privity" and "consent" a meaning which will not to some extent overlap that of either of the others, after carefully reading all the authorities cited I accept as settled law the view enunciated in *Graham* v. *Williams*, 8 O.R. 478; 9 O.R. 458, and approved in *Gearing* v. *Robinson*, 27 Ont. App. R. 364, at page 371, that "privity and consent" involves
>
> > something in the nature of a direct dealing between the contractor and the persons whose interest is

Pour que le groupe Phoenix, ou l'une ou l'autre des compagnies qui le composent, puisse être qualifié de propriétaire, il faut conclure a) que Phoenix a un droit de tenure ou un autre droit sur le bien-fonds, b) que Phoenix a demandé à Bird d'exécuter les travaux sur le bien-fonds et c) que ces travaux ont été exécutés sur la foi du crédit, au nom, à la connaissance ou avec le consentement, ou au profit personnel de Phoenix.

En appliquant ces dispositions de la Loi, il faut se rappeler que le «propriétaire» au sens de la Loi n'est pas nécessairement le propriétaire inscrit ou le titulaire du droit de propriété. La garantie offerte par la Loi consiste en une réclamation touchant le droit de tenure qu'a la personne qui demande l'exécution des travaux qui contribueront à rehausser ce droit. Dans l'affaire *Sanderson Pearcy & Co. v. Foster* (1923), 53 O.L.R. 519, à la p. 521, le juge Middleton examine cet aspect de la Loi:

> [TRADUCTION] La Loi vise manifestement à empêcher qu'une personne ayant un droit de tenure ou un autre droit sur des biens-fonds à l'égard duquel un privilège peut être revendiqué en vertu des art. 6 et 8, voie grever son droit de tenure, à moins qu'il n'y ait eu en premier lieu une demande de sa part et, en second lieu, qu'il n'ait rempli l'une des autres exigences mentionnées.

Le juge ajoute, à la p. 522:

> [TRADUCTION] Cette définition que donne la Loi ne doit pas être considérée comme créant une façon d'imposer un nouveau genre de responsabilité en faveur du sous-traitant, en l'absence d'un lien contractuel.

Cette question avait déjà été étudiée par cette Cour dans l'arrêt *John A. Marshall Brick Co. v. York Farmers Colonization Co.* (1917), 54 R.C.S. 569, le juge Anglin, à la p. 581:

> [TRADUCTION] Même s'il est difficile, sinon impossible, d'attribuer à chacun des trois mots «demande», «concours» et «consentement» un sens qui ne fasse pas dans une certaine mesure double emploi, après avoir attentivement examiné toute la jurisprudence citée, j'accepte comme étant de droit constant l'opinion exposée dans *Graham* v. *Williams*, 8 O.R. 478; 9 O.R. 458, et approuvée dans *Gearing* v. *Robinson*, 27 Ont. App. R. 364, à la p. 371, selon laquelle la notion de «concours et consentement» suppose:
>
> > un élément de négociation directe entre l'entrepreneur et les personnes dont on veut grever le droit de tenure

sought to be charged * * *. Mere knowledge of, or mere consent to, the work being done is not sufficient.

There is no question that both Phoenix companies had an estate in these lands. As to whether Phoenix can be said to have "requested" Bird to perform the construction work on these lands, one may turn to *Northern Electric Co. v. Manufacturers Life Insurance Co.*, [1977] 2 S.C.R. 762, where this Court considered similar circumstances with reference to the Act. In that case, the party providing the mortgage money took title to the land, and the building contractor held a mortgaged leasehold interest. In factual parallel, although the legal procedures differed at least in the mechanics, Phoenix, by exposing itself as guarantor of the mortgage debt and by becoming titleholder of the land from the outset and the residual owner of the building ultimately, played the same role throughout the transaction as did Manufacturers, the ultimate owner in the *Northern Electric* case. The difference, which may be of some significance, is the interposition of Ownix between Phoenix and Bird, the contractor. Chief Justice Laskin, for the majority of the Court, found that the building was constructed as much for the financer and ultimate owner as for the developer, here Ownix.

If the apartment building was for anyone, it was for the respondent as owner of the land on which it was to be built. Metropolitan was as much a contractor for the construction as a beneficiary thereof. [At p. 766.]

However, Bird was engaged under a contract to which Phoenix was not a party, although Phoenix did have the right to alter plans and inspect and supervise construction. Again, an overall view must be taken of these complex arrangements. In *Northern Electric*, *supra*, the trial court found a joint venture between the two parties. The majority in this Court, however, concluded *per* Laskin C.J., at p. 768:

* * *. Le simple fait de savoir que les travaux s'effectuent ou d'y consentir ne suffit pas.

Il ne fait pas de doute que les deux compagnies Phoenix avaient un droit de tenure sur le bien-fonds en cause. Quant à la question de savoir si on peut dire que Phoenix a «demandé» à Bird d'exécuter les travaux de construction sur ce bien-fonds, on peut consulter l'arrêt *Northern Electric Co. c. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1977] 2 R.C.S. 762, où cette Cour a examiné des circonstances semblables relativement à la Loi. Dans cet arrêt, la partie qui a avancé les fonds sur la garantie d'une hypothèque est devenue propriétaire du bien-fonds alors que le constructeur détenait un droit de tenure à bail hypothéqué. Si on compare les faits, malgré les différences de forme, du moins quant aux mécanismes juridiques employés, Phoenix, en se constituant garante de la dette hypothécaire et en devenant dès le début propriétaire du bien-fonds et, finalement, propriétaire résiduelle de l'édifice, a joué pendant toute l'opération le même rôle que Manufacturers, la propriétaire ultime dans l'arrêt *Northern Electric*. La différence, qui peut revêtir une certaine importance, réside dans l'interposition d'Ownix entre Phoenix et l'entrepreneur Bird. Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a conclu que l'édifice a été construit autant pour le bailleur de fonds et propriétaire ultime que pour le promoteur, en l'espèce Ownix.

Si la construction de l'immeuble d'appartements se faisait pour le compte de quelqu'un, c'était pour celui de l'intimée en tant que propriétaire du terrain sur lequel on le construisait. La Metropolitan était autant un entrepreneur de la construction qu'un bénéficiaire de celle-ci. [À la p. 766.]

Toutefois, les services de Bird ont été retenus en vertu d'un contrat auquel Phoenix n'était pas partie, bien qu'elle ait eu le droit de modifier les plans ainsi que d'inspecter et de surveiller les travaux de construction. Là encore, ces arrangements complexes doivent être considérés globalement. Dans l'affaire *Northern Electric*, précitée, on a conclu en première instance à l'existence d'une entreprise conjointe des deux parties. La Cour à la majorité a toutefois conclu (le juge en chef Laskin, à la p. 768):

The result of the arrangement between Metropolitan and the respondent was to give the latter title to the land and building, full possession on the termination of the 80-year lease, and in the meantime the right to share in the profits from the apartment building as well as to receive monthly rent payments during the leasehold period. This was no mere mortgage investment by the respondent requiring it to reconvey the property on repayment of its loan but, rather, the financing, for its own benefit as owner, of a property development to be carried out for it by another who brought into it the land on which the development was to take place and who would stand to gain (apart from being paid for the land) from the revenues of the development over the period of its leasehold. In the events that happened, Metropolitan lost its leasehold interest . . . . .

Aux termes de l'entente conclue entre la Metropolitan et l'intimée, cette dernière était propriétaire du terrain et de l'immeuble, elle avait la pleine possession à la fin du bail de 80 ans, et entre-temps, elle avait un droit de participation aux profits tirés de l'immeuble d'appartements ainsi que le droit de recevoir des redevances mensuelles pendant la durée du bail. Il ne s'agissait pas d'un simple investissement sous forme d'hypothèque par l'intimée l'obligeant à rétrocéder la propriété au moment du remboursement du prêt, mais plutôt d'un financement, pour son propre bénéfice à titre de propriétaire, d'un projet de développement immobilier devant être effectué pour elle par un autre qui contribuait le terrain à aménager et qui (en plus de toucher le prix du terrain) devait participer aux profits tirés des revenus produits par la propriété pendant la durée du bail. Mais la Metropolitan a perdu son droit de tenure à bail . . .

Both majority and minority of the Court found the work was done at the "request" of Manufacturers who played the role analogous to the role of Phoenix here.

Aussi bien la majorité que la minorité en cette Cour ont conclu que les travaux ont été exécutés à la «demande» de Manufacturers qui a joué un rôle analogue à celui de Phoenix en l'espèce.

It should be noted that it is difficult to examine the factual complexities of the transactions with which this appeal is concerned without concluding that both PUK and PCDA, in a factual sense, requested that the work be done. PUK, the parent, owns all the issued and outstanding shares of PCDA. PUK entered into these arrangements for the sole purpose of establishing a suitable head office facility in Toronto for its wholly-owned subsidiary. PUK was the guiding entrepreneur in these operations, and PCDA the immediate occupant and ultimate owner of the building. It would be legalism in its purest form to conclude that either company had not requested the work, in the sense of s. 1 of the Act.

Il faut noter qu'il est difficile d'examiner les faits complexes qui entourent les opérations sur lesquelles porte le présent pourvoi, sans conclure que, sur le plan factuel, Phoenix R.-U. et Phoenix Canada ont toutes les deux demandé l'exécution des travaux. Toutes les actions émises et en circulation de Phoenix Canada appartiennent à Phoenix R.-U., la compagnie mère. Phoenix R.-U. a pris ces arrangements uniquement pour faire construire à Toronto des locaux adéquats pour le siège social de sa filiale en propriété exclusive. Phoenix R.-U. était l'entrepreneur principal dans ces opérations et Phoenix Canada était l'occupant immédiat et le propriétaire ultime de l'édifice. Ce serait faire preuve de juridisme sous sa forme la plus pure que de conclure que ni l'une ni l'autre compagnie n'a demandé l'exécution des travaux au sens de l'art. 1 de la Loi.

I do not think that the interposition of Ownix and the separation of the guarantor and the mortgagor roles, as compared to *Northern Electric* where the four roles were played by only two parties, is a difference with legal consequences under the Act. Consequently, I conclude, as did the Divisional Court and the Court of Appeal below, that Phoenix did make "the request" that the work for which the lien claim (other than third party space tenants' improvements) was made be

Je ne crois pas que l'interposition d'Ownix et la séparation des rôles de garant et de débiteur hypothécaire, comparativement à l'affaire *Northern Electric* où les quatres rôles étaient assumés par deux parties seulement, constituent une différence qui a des suites en vertu de la Loi. Par conséquent, je conclus, à l'instar de la Cour divisionnaire et de la Cour d'appel, que Phoenix a bel et bien «demandé» que Bird exécute les travaux (sauf les améliorations faites pour le compte des tiers loca-

done by Bird. The request was made in a strict factual sense by Ownix who, of course, entered into the construction contract with Bird in the performance of its role under the development contract between Ownix and Phoenix. That agreement stipulated that:

> The building shall be constructed by the Developer at its expense in accordance with detailed drawings, elevations and specifications (including materials to be used) which must first be approved by Phoenix Canada and such approval shall not be unreasonably withheld or delayed.

While the construction contract was signed before the development contract, the latter had long negotiation roots as the parties to the project organized finances, plans, specifications, permits and all the paraphernalia of modern urban building projects. The sequence of the execution of these contracts is unimportant to the determination of the position of the parties under *The Mechanics' Lien Act*, *supra*.

In *Hamilton (City of) v. Cipriani*, [1977] 1 S.C.R. 169, the City, with the provincial agency, The Ontario Water Resources Commission, as its banker, entered into an agreement to cause a works to be built on city land. The Commission was found to have become the general contractor, though actual construction was carried out under a construction contract entered into by the City and not the Commission. Laskin C.J., speaking for a unanimous Court, stated at p. 173:

> Schroeder J.A. in the Ontario Court of Appeal, looking to the substance of the transactions between the City, the Commission and McDougall, construed the interrelationship as one where the Commission became the general contractor for the City and, as such, proceeded to carry out its contract through another general contractor. In my opinion, this is a proper analysis, recognizing the fact that the Commission was being the City's banker. The City was and remained the "owner" within s. 1(*d*) so as to make its land lienable under s. 5, and it is idle formalism to contend that the work was not done at its request.

taires) sur lesquels porte la revendication de privilège. Sur le plan des faits strictement, la demande a été faite par Ownix qui, évidemment, a conclu le contrat de construction avec Bird dans l'exercice de son rôle en vertu du contrat de réalisation intervenu entre elle et Phoenix. Ce contrat prévoyait ce qui suit:

> [TRADUCTION] Le promoteur construira l'immeuble à ses frais conformément à des plans et à des devis descriptifs (indiquant notamment les matériaux à utiliser) qui doivent d'abord recevoir l'approbation de Phoenix Canada et cette approbation ne doit pas être refusée ou différée indûment.

Bien que le contrat de construction ait été signé avant le contrat de réalisation, ce dernier a été précédé de longues négociations alors que les parties au projet se sont occupées du financement du projet, des plans et devis, des permis et de tout ce qui se rapporte à la réalisation d'un projet de construction urbaine moderne. L'ordre dans lequel ces contrats ont été signés est sans importance pour ce qui est de déterminer la situation des parties sous le régime de *The Mechanics' Lien Act*, précitée.

Dans l'arrêt *Hamilton (Municipalité de) c. Cipriani*, [1977] 1 R.C.S. 169, la Ville, dont le bailleur de fonds était la Commission des ressources hydrauliques de l'Ontario, un organisme provincial, a conclu un accord pour la construction d'un ouvrage sur un terrain municipal. On a conclu que la Commission était devenue l'entrepreneur général, bien que les travaux de construction mêmes aient été exécutés en vertu d'un contrat de construction signé par la Ville et non pas par la Commission. Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, affirme, à la p. 173:

> Le juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario, considérant l'essence des négociations entre la Ville, la Commission et McDougall, a statué que la Commission était devenue l'entrepreneur général pour la Ville et, à ce titre, avait fait exécuter son contrat par l'entremise d'un autre entrepreneur général. À mon avis, c'est là une analyse juste qui tient compte du fait que la Commission était le bailleur de fonds de la Ville. Cette dernière était «propriétaire» au sens de l'al. *d*) de l'art. 1, et elle l'est demeurée, de sorte que son terrain pouvait être grevé d'un privilège conformément à l'art. 5; ce serait verser dans le formalisme pur que de prétendre que le travail n'a pas été exécuté à la demande de la Ville.

Ownix was in much the same position as the Commission, and Phoenix, like the City, was the legal owner throughout.

The next step is to determine whether the "work", which I have concluded was done at the request of Phoenix, was done pursuant to any one of the four subparagraphs of subs. 1(*d*). It would be difficult to conclude that all four did not apply in the circumstances. The appellant argued for a distinction in these statutory tests between a "contracting owner" and a "non-contracting owner" in the event that Phoenix was found to be an owner. The statute admits of no such interpretation and in neither *Northern Electric* nor *Cipriani*, *supra*, was any such interpretation placed on the Act. It is clear that Ownix could not, on its own resources, finance this project. It is beyond argument that the credit lease was an arrangement whereby the creditworthiness of Phoenix was utilized for the purpose of obtaining the Canada Trust mortgage. The mortgage proceeds financed the construction carried out on these lands. Whether the transaction took this route as against a simple mortgage by PCDA as owner or by means of a simple guaranty by Phoenix of Ownix' covenants in a mortgage, is of no importance. The form may have been dictated by tax, insurance regulations or other considerations. The substance remained the same. It was the credit of Phoenix that was employed to bring this project into being and to establish the head office for Phoenix Canada.

Phoenix, being the registered owner of the land, had an "interest in the land" within the meaning of s. 1. It was at the "request" of Phoenix that the work was done on the land by Bird. Divided up into each single step or function performed by the parties under the development agreement, it might be argued that Ownix, not Phoenix, "requested" Bird to construct the building. Ownix, through the performance of the development contract, caused the building to be built, which building, by the

La situation d'Ownix en l'espèce ressemble à bien des égards à celle de la Commission et Phoenix, tout comme la Ville, était propriétaire du début jusqu'à la fin de l'opération.

Il s'agit maintenant de déterminer si les «travaux» qui, selon ce que j'ai conclu, ont été exécutés à la demande de Phoenix, l'ont été conformément à l'un des quatre sous-alinéas de l'al. 1*d*). Dans les circonstances, on pourrait difficilement conclure qu'il n'y en a pas un seul qui s'applique. Les appelantes soutiennent que, dans le cas où on conclurait que Phoenix est un propriétaire, il faudrait faire la distinction, dans ces critères énoncés par la Loi, entre un «propriétaire contractant» et un «propriétaire non contractant». La Loi n'admet pas une telle interprétation et elle n'a été interprétée de cette façon ni dans l'arrêt *Northern Electric*, ni dans l'arrêt *Cipriani*, précités. Il est clair qu'Ownix ne pouvait pas financer le projet par ses propres moyens. Il est incontestable que le crédit-bail constituait un arrangement permettant de se servir de la solvabilité de Phoenix pour obtenir l'hypothèque de Canada Trust. C'est grâce à ce prêt qu'on a pu financer les travaux de construction sur le bien-fonds en cause. Le fait d'avoir procédé de cette façon plutôt que par voie de simple hypothèque consentie par Phoenix Canada en sa qualité de propriétaire ou encore par voie d'une simple garantie, par Phoenix, des engagements hypothécaires d'Ownix, ne revêt aucune importance. La formule en question a peut-être été retenue pour des motifs d'ordre fiscal, en raison de règlements en matière d'assurance ou pour d'autres considérations. Quant au fond, il est demeuré le même. C'est le crédit de Phoenix qui a permis de réaliser ce projet et d'ériger le siège social de Phoenix Canada.

Phoenix, en tant que propriétaire inscrite du bien-fonds, avait un «droit sur le bien-fonds» au sens de l'art. 1. C'est à la «demande» de Phoenix que Bird a exécuté les travaux sur le bien-fonds. Si l'on considère à tour de rôle chacune des mesures prises par les parties dans l'exécution du contrat de réalisation, on pourrait prétendre que c'est Ownix, et non pas Phoenix, qui a «demandé» à Bird de construire l'édifice. Conformément au contrat de réalisation, Ownix a fait construire l'édifice qui, en

contract, became, in the fullness of time, the sole property of Phoenix. Additionally, Phoenix participated in the profits from the operation of the building until it vested completely in Phoenix in thirty-five years. In short, Ownix and Phoenix instituted this development project wherein a head office for PCDA was brought into being, all pursuant to the development contract between Ownix and Phoenix. As was the case in *Northern Electric*, *supra*, Phoenix was the entrepreneur, owner and financier. Ownix was the contractor for Phoenix; and Bird was engaged by Ownix on behalf of and as the agent for Phoenix. This was the substance which the form merely served.

The other subparagraphs of para. (*d*), that is subparas. (ii), (iii) and (iv), are alternative, not successive features of the definition of "owner". But even if each of them applied cumulatively, all are met on these facts. For the reasons already stated, the "work" in question was done on these lands "on behalf of", "with privity or consent" of, and for "the benefit of", Phoenix, the residual owner and intermediate beneficiary from the operations of the building.

The bankruptcy of Ownix in the course of the performance of the development agreement brings into focus the purpose and the functioning of the financing arrangements between the parties. PUK set aside the sublease upon its breach by Ownix. Canada Trust continued to rely, but at that point directly, upon the performance by PUK of its obligations under the assigned credit lease, so as to recover the moneys required for the retirement of the mortgage. PUK became the mortgagor and the operator of the building, and PCDA continued as the prime tenant. The management of the building by Ownix simply came to an end, and the events slated to occur at the end of the thirty-five year term took place instead upon the bankruptcy of Ownix, excepting only the outstanding mortgage which was not, by that event, retired. PCDA, of course, continued as the owner of the land. Upon

vertu du contrat, est devenu avec le temps la propriété exclusive de Phoenix. De plus, Phoenix devait participer aux profits découlant de l'exploitation de l'édifice jusqu'à ce que celui-ci appartienne entièrement à Phoenix au bout de 35 ans. En bref, Ownix et Phoenix ont formé ce projet qui a abouti à la construction du siège social de Phoenix Canada, le tout conformément au contrat de réalisation intervenu entre Ownix et Phoenix. Comme c'était le cas dans l'arrêt *Northern Electric*, précité, une seule entité, en l'occurrence Phoenix, était l'entrepreneur, le propriétaire et le bailleur de fonds. Phoenix a retenu les services d'Ownix comme entrepreneur et Ownix, en sa qualité de mandataire de Phoenix, a ensuite retenu les services de Bird. Voilà le fond de l'opération que la forme a simplement servi à réaliser.

Pour être «propriétaire» au sens de la définition qui figure à l'al. *d*), il n'est pas nécessaire de satisfaire à chacune des conditions énoncées aux sous-al. (ii), (iii) et (iv). Mais, même si elles devaient s'appliquer cumulativement, elles ont toutes été remplies en l'espèce. Pour les raisons déjà énoncées, les «travaux» en question ont été exécutés sur le bien-fonds «au nom de» Phoenix, «à sa connaissance ou avec son consentement» et «à son profit», Phoenix étant le propriétaire résiduel et le bénéficiaire intermédiaire de l'exploitation de l'édifice.

La faillite d'Ownix survenue au cours de l'exécution du contrat de réalisation fait ressortir l'objet et le fonctionnement des arrangements financiers pris par les parties. Ownix ayant rompu le contrat de sous-location, Phoenix R.-U. l'a annulé. Afin de s'assurer le paiement des fonds nécessaires pour rembourser l'hypothèque, Canada Trust continuait de compter, mais cette fois directement, sur l'exécution par Phoenix R.-U. de ses obligations en vertu du crédit-bail qui a fait l'objet de la cession. Phoenix R.-U. est devenue débitrice hypothécaire et exploitante de l'édifice et Phoenix Canada a continué d'être locataire principale. Ownix cessait tout simplement de s'occuper de la gestion de l'édifice et les événements qui devaient se produire à l'expiration du délai de trente-cinq ans sont survenus au moment de la faillite d'Ownix, la seule exception étant que la faillite n'a pas entraîné la

the retirement of the mortgage (now by PUK and not by Ownix), PCDA will, as originally provided in the development agreement, be the owner of the land, free and clear of all encumbrances and leases.

I therefore conclude that both Phoenix companies are "owners" within the meaning of s. 1(*d*) of the Act (other than with reference to the aforementioned lien claims relating to third party space tenants which will be discussed later).

The second issue is whether Bird is entitled to a lien against these lands under s. 5 of the Act for (a) completion expenditures, and (b) the leasehold improvements installed for space tenants other than PCDA. The lien claims relating to the third party space tenants will be discussed later in these reasons. Caught up in this issue is the question as to whether the lien entitlements of Bird under s. 5, if any, run to the estate or interest of Phoenix in the lands, the space tenants' interest in the lands, Ownix' interest in these lands, or any or all of these interests. Section 5(1) of *The Mechanics' Lien Act*, c. 267, provides:

5.—(1) Unless he signs an express agreement to the contrary and in that case subject to section 4, any person who does any work upon or in respect of, or places or furnishes any materials to be used in, the making, constructing, erecting, fitting, altering, improving or repairing of any land, building, structure or works or the appurtenances to any of them for any owner, contractor or subcontractor by virtue thereof has a lien for the price of the work or materials upon the estate or interest of the owner in the land, building, structure or works and appurtenances and the land occupied thereby or enjoyed therewith, or upon or in respect of which the work is done, or upon which the materials are placed or furnished to be used, limited, however, in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing, except as herein provided, by the owner, and the placing or furnishing of the materials to be used upon the land or such other place in the immediate vicinity of the land designated by the owner or his agent is good and sufficient delivery for the

mainlevée de l'hypothèque. Phoenix Canada restait, bien entendu, propriétaire du bien-fonds. Quand l'hypothèque sera remboursée (par Phoenix R.-U. et non plus par Ownix), Phoenix Canada deviendra propriétaire du bien-fonds libre et quitte de toute charge et de tout bail, tel que prévu initialement dans le contrat de réalisation.

Je conclus donc que les deux compagnies Phoenix sont des «propriétaires» au sens de l'al. 1*d*) de la Loi (sauf en ce qui a trait aux revendications de privilège susmentionnées concernant les tiers locataires, sur lesquelles je reviendrai ultérieurement).

La seconde question qui se pose est de savoir si l'art. 5 de la Loi accorde à Bird un privilège sur le bien-fonds en question relativement a) aux dépenses engagées pour l'achèvement des travaux et b) aux améliorations locatives effectuées pour les locataires autres que Phoenix Canada. Les revendications de privilège concernant les tiers locataires seront examinées plus loin dans les présents motifs. Cette question comporte celle de savoir si le privilège conféré à Bird par l'art. 5, à supposer que ce soit le cas, grève le droit de tenure ou autre droit de Phoenix sur le bien-fonds ou le droit que possèdent les locataires ou Ownix sur ce même bien-fonds, ou tous ces droits. Le paragraphe 5(1) de *The Mechanics' Lien Act*, chap. 267, est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] **5.**—(1) Sous réserve de la signature d'une convention stipulant expressément le contraire et, en ce cas, sous réserve de l'article 4, quiconque exécute des travaux, place ou fournit des matériaux dans le cadre de la fabrication, de la construction, de l'érection, de l'ajustement, de la modification, de l'amélioration ou de la réparation d'un bien-fonds, immeuble, structure ou ouvrage ou de toutes leurs circonstances et dépendances, pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-entrepreneur, possède un privilège qui garantit le coût de la main d'oeuvre ou des matériaux sur le droit de tenure ou autre droit que le propriétaire possède sur le bien-fonds, l'immeuble, la structure ou les ouvrages et leurs circonstances et dépendances, ainsi que sur le bien-fonds où ils sont construits ou dont le propriétaire a la jouissance, ou à l'égard duquel les travaux sont effectués ou les matériaux placés ou fournis afin d'y être utilisés, jusqu'à concurrence toutefois de la somme que la personne ayant droit au privilège peut, à bon droit, exiger et de la somme que doit, à bon droit, le propriétaire, sauf dispo-

purpose of this Act, but delivery on the designated land does not make such land subject to a lien.

sition contraire de la présente loi. Le fait de placer les matériaux à être utilisés sur le bien-fonds ou dans tout autre endroit situé à proximité de ce bien-fonds que le propriétaire ou son mandataire a désigné, constitue une livraison valable et suffisante aux fins de la présente loi, mais une livraison sur le bien-fonds désigné ne le rend pas susceptible de privilège.

This is the section which prescribes the conditions under which any person may acquire a lien against land upon the performance of work or the delivery of materials to or in connection with the improvement of that land. In essence, the section provides that any person who performs such work in improving land or buildings for "any owner" has a lien for the value of such work and materials upon the "estate or interest of the owner in the land" provided that such lien is limited (a) "in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien" and (b) "to the sum justly owing ... by the owner".

Ce paragraphe prescrit les conditions auxquelles une personne peut acquérir un privilège sur un bien-fonds par suite de l'exécution de travaux ou de la livraison de matériaux dans le cadre de l'amélioration de ce bien-fonds. Le paragraphe prévoit essentiellement que quiconque exécute, pour «tout propriétaire», de tels travaux en vue d'améliorer un bien-fonds ou des bâtiments possède un privilège garantissant la valeur de ces travaux et matériaux et grevant le «droit de tenure ou autre droit que le propriétaire possède sur le bien-fonds», jusqu'à concurrence toutefois a) «de la somme que la personne ayant droit au privilège peut, à bon droit, exiger» et b) «de la somme que doit, à bon droit, le propriétaire».

If, under s. 1(1), the Phoenix companies are included in the defined owners of this land (as I have concluded they are), then it is clear from s. 5(1) that Bird, by performing work on such land for "any owner", has an entitlement to a lien. There is no differentiation as between those persons coming within the statutory definition of "owner", nor indeed is the lien, by express terms, limited to the interest of the owner for whom the work in question is done. The narrow question which then arises is whether the term "any owner" includes as one of a group "the owner" in such a way as to permit or require that the lien shall burden only the interest of the "requesting owner" and not all "owners" within the definition. Here, the facts do not require an answer to the question. Phoenix has an interest in the land; Phoenix, in these circumstances, must be considered as a single entity; Phoenix, through Ownix, requested the work; Phoenix falls within the definition of "owner" and hence is in the group contemplated by the expression "any owner"; and the completion expenditures relate to, and certainly enhance the value of the interest of the owner, Phoenix, in the lands. At least as regards the completion expenditures, the application of s. 5 raises no problems.

Si les compagnies Phoenix sont propriétaires, au sens de la définition qui figure au par. 1(1), du bien-fonds en question (et j'ai conclu que c'est le cas), alors il ressort clairement du par. 5(1) que Bird, du fait d'avoir exécuté des travaux sur ce bien-fonds pour «tout propriétaire», a le droit de revendiquer un privilège. La Loi ne fait aucune distinction entre les personnes visées par la définition du mot «propriétaire», pas plus qu'elle ne contient de disposition expresse selon laquelle le privilège grève uniquement le droit du propriétaire pour le compte duquel les travaux en question ont été exécutés. La question précise qui se pose alors est de savoir si l'expression «tout propriétaire» inclut, comme faisant partie d'un groupe, «le propriétaire» de manière à permettre ou à exiger que le privilège grève uniquement le droit que possède le «propriétaire qui fait la demande» et non pas celui de tous les «propriétaires» visés par la définition. Compte tenu des faits en l'espèce, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. Phoenix possède un droit sur le bien-fonds; dans ces circonstances, Phoenix doit être considérée comme une seule entité; Phoenix, par l'intermédiaire d'Ownix, a demandé l'exécution des travaux; la définition de «propriétaire» s'applique à Phoenix

The more difficult question is raised by the claim for a lien against the interests of Phoenix for leasehold improvements made by Bird on the premises of the third party space tenants.

On the facts it is clear that no money was owed by Phoenix to Bird. It is equally clear that moneys are owed by the insolvent Ownix to Bird. I have already concluded that Ownix and the Phoenix companies are all owners within the statutory definition. Section 5, expansively construed, would create lien rights in the supplier of materials or services against all estates or interests in the land whether or not each owner of such an interest was a so-called contracting owner. A more restrictive view would interpret "justly owing ... by the owner" as meaning the owner who had directly and in commercial reality requested the work to be done. The latter interpretation would produce a different result according to the otherwise inconsequential differences in contractual arrangements between the various participating entrepreneurs in a construction project of this size. The statutory pattern adopted in the Act by the legislature does not appear to be susceptible to different application and different results, as between lien claimant and owners of the project, according to whether the owner actually enters into a contract with a contractor or a series of subcontractors on the one hand, or whether the owner, through a development arrangement, brings about the same result with such intermediaries as development companies, project managers, and financing mechanisms, whether by agency relationship or otherwise.

The question remains, however, whether the plain meaning of the terms in s. 5, when read in conjunction with s. 1(1)(*d*), requires that once the

qui, par conséquent, fait partie du groupe envisagé par l'expression «tout propriétaire». De plus, les dépenses engagées pour l'achèvement des travaux se rapportent au droit qu'a la propriétaire Phoenix sur le bien-fonds et elles augmentent certainement la valeur de ce droit. En ce qui concerne ces dépenses tout au moins, l'application de l'art. 5 ne pose aucun problème. La question plus complexe est soulevée par la revendication d'un privilège grevant les droits de Phoenix relativement aux améliorations locatives apportées par Bird aux locaux des tiers locataires.

D'après les faits, il est clair que Phoenix ne devait aucune somme d'argent à Bird. Il est également clair qu'Ownix qui est insolvable doit de l'argent à Bird. J'ai déjà conclu qu'Ownix et les compagnies Phoenix sont toutes propriétaires au sens de la définition qui figure dans la Loi. L'article 5, interprété largement, accorderait au fournisseur de matériaux ou de services des privilèges grevant tous les droits de tenure ou autres droits sur le bien-fonds, peu importe que chaque titulaire de tels droits soit ou non ce qu'on appelle un propriétaire contractant. Selon une interprétation plus restrictive, l'expression «que doit, à bon droit, le propriétaire» se rapporterait au propriétaire qui avait directement et réellement demandé l'exécution des travaux. Cette dernière interprétation produirait un résultat qui varierait en fonction des différences, par ailleurs sans importance, dans les contrats conclus entre les divers entrepreneurs qui participent à un projet de construction de cette envergure. La formule adoptée par le législateur dans la Loi ne paraît pas susceptible d'être appliquée différemment ni de produire des résultats différents pour le créancier privilégié et les propriétaires du projet selon que le propriétaire conclut réellement un contrat avec un entrepreneur ou avec plusieurs sous-traitants, ou que le propriétaire, au moyen d'un contrat de réalisation, atteint le même résultat en passant par des intermédiaires comme des promoteurs, des directeurs de projet et des bailleurs de fonds, que ce soit ou non par le biais de mandataires.

Il reste toutefois à déterminer si le sens ordinaire des mots utilisés à l'art. 5, lorsqu'ils sont pris conjointement avec l'al. 1(1)*d*), exige que, dès

person is embraced by the Act as an owner under s. 1(1)(*d*) for any purpose, the lien claim runs against the interest of that person and all other owners, limited only by the amounts which are justly recoverable by the lien claimant for the work and services in question against the land and improvements in question. It may be that these sections, when read together, require privity of contract between the claimant and the owner of the interest or estate which it is sought to bind by the lien. It is difficult to conceive how a supplier of work or materials could have a claim for a lien where no unilateral contract has arisen by the supply of the work or the services (aside from holdback considerations). This appears to be so because of the prerequisite "at the request" in s. 1(1)(*d*) and because s. 5, as was observed by Laskin C.J. in *Northern Electric*, *supra*, follows along the terminology of s. 1 and hence applies the same test to "any owner" and to "the owner". As I have already stated, it is not necessary to determine whether or not contractual privity is a condition precedent to lien entitlement because here Ownix and Phoenix are both owners, and Phoenix, like the mortgagee in *Northern Electric*, is the directing entrepreneur of the project, and hence Ownix is its instrument of accomplishment; its "agent" in the terminology of the law. Hence, the request of Ownix is the request of Phoenix (*per* s. 1(1)(*d*)) and is the agent and *alter ego* of Phoenix in the expression "the owner" as that term is used in s. 5(1) (again excepting the situation arising out of the leasehold improvements for third party space tenants).

It is said that this will produce great hardship because the non-contracting owner will have no control over the funds flowing from the owner to the contractor, subcontractors, etc. for the purpose of effecting holdbacks as required by the Act, and consequently there would be a difference in exposure to liability as between various owners in the

qu'une personne est, à toutes fins, propriétaire au sens de l'al. 1(1)*d*) de la Loi, la revendication de privilège porte sur le droit de cette personne et de tous les autres propriétaires, jusqu'à concurrence seulement des sommes que le créancier privilégié peut à bon droit récupérer pour les travaux et les services en question, relativement au bien-fonds et aux améliorations apportées. Il se peut que ces dispositions, prises ensemble, exigent l'existence d'un lien contractuel entre le créancier privilégié et le titulaire du droit de tenure ou autre droit qu'on cherche à grever d'un privilège. On voit mal comment celui qui exécute des travaux ou fournit des matériaux pourrait revendiquer un privilège en l'absence d'un contrat unilatéral découlant de l'exécution des travaux ou de la fourniture des services (mis à part le cas où il y aurait une retenue). Il semble en être ainsi à cause des mots «à la demande» que l'on trouve à l'al. 1(1)*d*) et qui créent une condition préalable, et aussi à cause de l'art. 5 qui, comme le fait remarquer le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Northern Electric*, précité, reprend la terminologie employée à l'art. 1 et, par conséquent, applique le même critère aux expressions «tout propriétaire» et «le propriétaire». Comme je l'ai déjà affirmé, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'existence d'un lien contractuel est une condition nécessaire pour avoir droit à un privilège parce que, en l'espèce, Ownix et Phoenix sont toutes les deux propriétaires et Phoenix, tout comme la créancière hypothécaire dans l'arrêt *Northern Electric*, est l'entrepreneur qui assume la direction du projet, Ownix étant donc son instrument de réalisation, son «mandataire» pour reprendre le terme utilisé en droit. Il s'ensuit que la demande d'Ownix est la demande de Phoenix (suivant l'al. 1(1)*d*)) et qu'Ownix est le mandataire ou l'alter ego de Phoenix en vertu de l'expression «le propriétaire» employée au par. 5(1) (sauf en ce qui concerne les améliorations locatives effectuées pour le compte des tiers locataires).

On dit que cela posera de grandes difficultés parce que le propriétaire non contractant n'exercera aucun contrôle sur les fonds donnés par le propriétaire à l'entrepreneur, aux sous-traitants, etc., aux fins d'effectuer les retenues exigées par la Loi, de sorte que les différents propriétaires dans le cadre d'un même projet ne seraient pas respon-

same project. This may well be the result, but such result would appear to be inevitable where the workings of commerce produce arrangements as complicated as those surrounding the financing, design, construction and operation of these head office premises. It therefore is not necessary to determine what the result would be if Phoenix were not in the position of the dominant entrepreneur in the enterprise and the principal of Ownix in the operations governed here by the Act; in the same way as was the insurance company in *Northern Electric*, *supra*. Any difficulties which may be raised on behalf of Phoenix as regards the obligation to effect holdbacks under s. 11 are fully answered by the observations of Laskin C.J. in *Cipriani*, *supra*, at p. 174, which I quote later in these reasons. Furthermore, if Phoenix is, in fact and in law, a non-contracting owner, to use the somewhat inaccurate terminology employed in these proceedings, it could protect itself by proper contractual provisions which more precisely spelled out the interrelationship between the developer Ownix, and the financing participant Phoenix, in this complex building development. For example, Phoenix could have protected itself in this regard by requiring, in the development agreement and in the financing agreements, that the moneys under the mortgage be advanced through Ownix only as required by *The Mechanics' Lien Act*, and for a trusteeship of the moneys held back from mortgage advances under these contractual arrangements. There are no doubt other and better contractual procedures for achieving the same result.

Section 5(1), as we have seen, limits the amount of the lien to the "sum justly due" to Bird and to the sum "justly owing" by "the owner". The amount of the Bird claim is not contested if the lien is valid in law. The question then to be settled is whether such moneys are "justly owing" by Phoenix to Bird. The case of *Northern Electric*, *supra*, while relied on by the appellants, does not directly bear upon the problem raised in this appeal with respect to the interworkings of ss. 1

sables au même degré. Ce résultat peut fort bien s'ensuivre, mais un tel résultat semblerait inévitable dans le cas où les rouages du commerce engendrent des arrangements aussi complexes que ceux pris pour le financement, la conception, la construction et l'exploitation du siège social dont il est question en l'espèce. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer ce qui arriverait si Phoenix n'était pas l'entrepreneur principal dans l'entreprise et le mandant d'Ownix dans les opérations régies en l'espèce par la Loi, comme c'était le cas de la compagnie d'assurance dans l'arrêt *Northern Electric*, précité. Les observations du juge en chef Laskin, qui se trouvent à la p. 174 de l'arrêt *Cipriani*, précité, et qui sont citées plus loin dans les présents motifs, fournissent une réponse complète à toute difficulté qui pourra être soulevée pour le compte de Phoenix relativement à l'obligation qu'impose l'art. 11 d'effectuer des retenues. En outre, si Phoenix est, en fait et en droit, un propriétaire non contractant, pour reprendre la terminologie quelque peu inexacte utilisée en l'espèce, elle aurait pu se protéger par des dispositions contractuelles appropriées qui auraient précisé davantage les rapports entre le promoteur Ownix et le bailleur de fonds Phoenix dans ce projet de construction complexe. Par exemple, Phoenix aurait pu se protéger à cet égard en exigeant, dans le contrat de réalisation ainsi que dans les contrats de financement, que les fonds avancés en vertu de l'hypothèque le soient par l'intermédiaire d'Ownix seulement, tel que requis par *The Mechanics' Lien Act*. Elle aurait pu également exiger la constitution d'une fiducie pour les fonds retenus sur les avances hypothécaires faites en exécution de ces contrats. Il existe certainement, en matière contractuelle, d'autres et de meilleures façons de procéder qui permettent d'atteindre le même résultat.

Comme nous l'avons déjà vu, le par. 5(1) limite le montant du privilège à «la somme que [Bird] . . . peut, à bon droit, exiger» et à «la somme que doit, à bon droit, le propriétaire». Le montant de la revendication de Bird ne sera pas contesté si le privilège est valide en droit. La question est donc de savoir si Bird «peut, à bon droit, exiger» le paiement de ces sommes par Phoenix. Bien que les appelantes s'appuient sur l'arrêt *Northern Electric*, précité, celui-ci ne porte pas directement sur

and 5. The landowner developer in that case, Metropolitan, acted as its own contractor and itself let the contract from which the lien in issue arose. The respondent mortgage company dealt directly with the landowner. After examining the nature of the agreement, Laskin C.J. found that the respondent mortgage company was an owner within s. 1(*d*) of the Act, and with reference to s. 5 of the Act went on to say at p. 772:

> Section 5, so far as relevant, declares that a lien arises when a person performs work upon or furnishes material to be used in the construction of a building "for any owner, contractor or sub-contractor". It seems plain to me that once it is determined that the respondent is an owner within s. 1(d), as being a person at whose request and on whose behalf work is done or materials are furnished in respect of land in which that person has an estate or interest, it is also "any owner" under s. 5, as a person for whom the work is done or the materials are furnished in respect of the construction project. It is unnecessary, therefore, for me to decide whether the respondent is also within s. 5 as an "owner" by reason of work being done or materials being furnished at its request and with its privity and consent. I incline to the view that it is also within s. 5 on that basis, especially when Metropolitan, the developer, was also the general contractor for the construction project carried out under the letters of commitment between it and the respondent.

The appellant submits that *Northern Electric*, *supra*, implicitly supports the narrow reading of s. 5, because both Manufacturers and Metropolitan were owners, and upon the bankruptcy of Metropolitan, the Court held that Manufacturers was liable for the amount it was obliged to hold back. While this is the actual result, the relationship between the terms "any owner" and "the owner" in s. 5 was not in issue in the case.

There is a remarkable similarity in facts and legal considerations between these proceedings and

le problème soulevé dans le présent pourvoi relativement à la corrélation entre les art. 1 et 5. Dans cette affaire, le propriétaire foncier et promoteur, Metropolitan, a fait lui-même fonction d'entrepreneur et a lui-même passé le contrat dont découlait le privilège contesté. La compagnie de prêts hypothécaires intimée a traité directement avec le propriétaire foncier. Après avoir examiné la nature du contrat, le juge en chef Laskin a conclu que ladite compagnie de prêts hypothécaires était un propriétaire au sens de l'al. 1*d*) de la Loi. Puis, il a ajouté relativement à l'art. 5, à la p. 772:

> L'article 5, pour autant qu'il nous intéresse, porte que bénéficie d'un privilège la personne qui exécute des travaux de construction d'un immeuble ou qui fournit des matériaux à cette fin «pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant». Il me semble évident qu'une fois établi que l'intimée est un propriétaire au sens de l'al. 1d), c'est-à-dire en l'occurrence une personne à la demande et au nom de qui des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis relativement à un bien-fonds sur lequel cette personne a un droit de tenure ou un autre droit, elle se trouve de ce fait visée par les mots «tout propriétaire» à l'art. 5, en tant que personne pour qui les travaux sont exécutés ou les matériaux fournis relativement au projet de construction. Il ne m'est donc pas nécessaire de décider si l'intimée est aussi un «propriétaire» au sens de l'art. 5 du fait que des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis à sa demande et avec son concours et consentement. Je suis porté à croire qu'elle est aussi, de ce point de vue, un propriétaire au sens de l'art. 5, parce que notamment la Metropolitan, le promoteur, était aussi l'entrepreneur général du projet de construction exécuté en vertu de l'engagement souscrit par elle et l'intimée.

Les appelantes font valoir que l'arrêt *Northern Electric*, précité, justifie implicitement une interprétation restrictive de l'art. 5 parce que Manufacturers et Metropolitan étaient l'une et l'autre propriétaires et que cette Cour a conclu que, par suite de la faillite de Metropolitan, Manufacturers était responsable jusqu'à concurrence du montant qu'elle était tenue de retenir. Bien que ce soit là ce qui s'est effectivement produit, on n'a pas contesté, dans cette affaire, le rapport entre les expressions «tout propriétaire» et «le propriétaire» qui figurent à l'art. 5.

Il existe une similitude remarquable, tant sur le plan juridique que sur celui des faits, entre la

the judgment in this Court in *Cipriani, supra*. The City of Hamilton wished to enter into a contract with a general contractor for the construction of a secondary sewage plant. Due to financing limitations upon the City, it entered into an agreement with the Ontario Water Resources Commission, under which the latter undertook to have the plant built, to pay the contractor and to accept repayment from the City over a forty-year period. The agreement provided for ultimate ownership by the City, with the provision that, in the meantime, the City would, at the Commission's request, transfer to it land upon which the plant would be built, to be reconveyed upon receipt of full payment. No land was ever conveyed under this agreement and the City remained the legal and beneficial owner of the land upon which construction took place. The City argued, unsuccessfully as we have seen, that even if the City had an interest or estate in the affected land it did not come within the definition of "owner" in s. 1(*d*) because, as there has been no direct dealing between it and the contractor, it was not possible to say that the construction was being done at the City's request. Concerning the relationship between s. 1(1)(*d*) and s. 5, Laskin C.J., as we have seen, stated that the qualification of an interest as an owner under s. 1(*d*) carries through to render that interest lienable under s. 5. This presupposes an identity of parties, but obviously it does not follow where a lien claim is founded on a request for the work in question being made to the lien claimant by an unrelated third party, be it an owner or otherwise.

Cipriani, supra, is helpful in the present case on another aspect of the application of s. 5. The appellant here submits that there was no contract involving either of the Phoenix companies under which a lien could arise, so as to impose an obligation on the Phoenix companies to retain or hold-back moneys under s. 11 of the Act, and accordingly, s. 5 should not be interpreted so as to subject a non-requesting party (which appears more accurate than a non-contracting party), such as Phoe-

présente instance et l'affaire dont était saisie cette Cour dans l'arrêt *Cipriani*, précité. La ville de Hamilton souhaitait conclure un contrat avec un entrepreneur général pour la construction d'une usine secondaire de traitement des eaux usées. En raison des restrictions financières imposées à la Ville, celle-ci a conclu un accord avec la Commission des ressources hydrauliques de l'Ontario, en vertu duquel cette dernière s'engageait à faire construire l'usine, à payer l'entrepreneur et à accepter de la Ville un remboursement échelonné sur une période de quarante ans. L'accord prévoyait que la Ville deviendrait finalement propriétaire sauf que, dans l'intervalle, la Ville, à la demande de la Commission, lui céderait le terrain sur lequel serait construite l'usine, lequel serait rétrocédé après le remboursement complet de la dette. Aucune cession de terrain n'a jamais eu lieu en vertu de cet accord et la Ville est demeurée propriétaire réelle du terrain sur lequel ont été construites les installations. La Ville a fait valoir sans succès, comme nous l'avons vu, que, même si elle avait un droit de tenure ou un autre droit sur le terrain en question, elle n'était pas pour autant un «propriétaire» au sens de l'al. 1*d*) parce que, comme elle n'avait pas traité directement avec l'entrepreneur, il n'était pas possible d'affirmer que les travaux de construction étaient exécutés à la demande de la Ville. Quant au rapport entre l'al. 1(1)*d*) et l'art. 5, le juge en chef Laskin, comme nous l'avons vu, a affirmé que le droit que possède un propriétaire au sens de l'al. 1*d*) peut être grevé d'un privilège en vertu de l'art. 5. Cela présuppose l'identité des parties, mais, évidemment, cela ne s'applique pas lorsqu'une revendication de privilège est fondée sur une demande d'exécution de travaux adressée au créancier privilégié par un tiers, que celui-ci soit ou non propriétaire.

L'arrêt *Cipriani*, précité, nous éclaire en l'espèce sur un autre aspect de l'application de l'art. 5. Les appelantes en l'espèce soutiennent que ni l'une ni l'autre des compagnies Phoenix n'a signé un contrat susceptible de donner lieu à un privilège, de manière à leur imposer l'obligation de retenir des fonds conformément à l'art. 11 de la Loi, et que, par conséquent, l'art. 5 ne doit pas être interprété de façon à entraîner la responsabilité en vertu d'un privilège d'une partie qui, comme Phoenix, n'a pas

nix, to lien liability. Neither of the Phoenix companies had an obligation to advance moneys to Ownix or anyone in respect of the construction of Phoenix House from which an obligation to hold back funds could arise. This submission is answered by Laskin C.J. in *Cipriani* at p. 174:

> Counsel for the appellant contending, as already noted, that there was no right or duty to maintain a holdback in this case, submitted in effect that this precluded enforcement of the lien. Counsel for the respondent contended that in the present case it was the City that was "the person primarily liable upon a contract ... by virtue of which a lien may arise" within s. 11, and that the obligation thereunder to maintain a holdback does not depend on a fund being available out of which the holdback must be reserved. Whether this contention is correct or not on the facts of this case, I do not think that a valid claim of lien against an owner under s. 5 can be defeated by showing that the owner is not a "person primarily liable" under s. 11 and hence not obliged to maintain a holdback. The right to resort to the owner's interest in the affected land is the principal remedy; s. 11 provides merely an ancillary resort for realizing the lien claim.

I turn now to the question of Bird's entitlement to a lien, with reference to leasehold improvements installed by Bird for tenants other than PCDA. This work was done by Bird during the time of the performance of its main building contract, under purchase orders issued pursuant to contracts between Ownix and the third party tenants. There is nothing in the record to indicate whether the space tenants had the right to remove installed fixtures and improvements on the termination of their respective leases. As these improvements were built into the building by Bird in the course of completing the building, it is reasonable to assume that either legally or factually or both the improvements will, on the expiry or other termination of the lease, revert to or remain with the owner of the fee, in this case PCDA, on the termination of the ground lease. In any case, the improvements form part of the tenants' interest or estate so long as that estate exists, and subject to

demandé l'exécution de travaux (expression qui paraît plus juste que celle de partie non contractante). Ni l'une ni l'autre des compagnies Phoenix n'était tenue d'avancer des fonds à Ownix ou à quelqu'un d'autre pour la construction de Phoenix House, de sorte qu'il ne pouvait y avoir obligation de retenir des fonds. La réponse à cet argument est donnée par le juge en chef Laskin à la p. 174 de l'arrêt *Cipriani*:

> L'avocat de l'appelante soutenant, comme nous l'avons fait remarquer, qu'il n'y avait pas de droit ou d'obligation en l'espèce de garder une retenue en garantie, a dit en effet que cela empêchait l'exécution du privilège. L'avocat de l'intimé a soutenu qu'en l'espèce, c'est la Ville qui était [TRADUCTION] «la personne initialement responsable aux termes d'un contrat ... en vertu duquel peut naître un privilège», au sens de l'art. 11 et, qu'en conséquence, l'obligation de garder une retenue ne dépend pas de la disponibilité des fonds sur lesquels elle pourrait être prélevée. Que cette prétention soit valable ou non, vu les circonstances de l'espèce, je ne crois pas qu'on puisse rejeter une revendication de privilège adressée à un propriétaire en vertu de l'art. 5, en démontrant que le propriétaire n'est pas la «personne initialement responsable» en vertu de l'art. 11 et qu'il n'est donc pas obligé de garder une retenue. Le droit d'invoquer l'intérêt du propriétaire dans le terrain visé demeure le recours principal; l'art. 11 ne fournit qu'un moyen auxiliaire d'exécution de la revendication de privilège.

J'aborde maintenant la question du droit de Bird à un privilège relativement aux améliorations locatives qu'elle a apportées pour le compte des locataires autres que Phoenix Canada. Bird a effectué ces travaux pendant l'exécution de son contrat principal de construction, conformément à des bons d'achat délivrés en vertu de contrats intervenus entre Ownix et les tiers locataires. Le dossier n'indique pas si les locataires avaient le droit d'enlever les objets fixés à demeure et les améliorations à l'expiration de leurs baux respectifs. Comme Bird a apporté ces améliorations au moment où elle achevait la construction de l'édifice, il est raisonnable de supposer qu'en fait ou en droit, ou les deux à la fois, lorsque les baux prendront fin quelle qu'en soit la raison, ces améliorations seront rétrocédées ou appartiendront au propriétaire foncier, en l'occurrence Phoenix Canada, à l'expiration du bail à construction. Quoi qu'il en soit, les améliorations font partie intégrante du droit de

the terms of the space leases, either revert to PCDA or remain subject to removal on expiry of the space leased by the tenant in question. There is no privity of contract between Bird and Phoenix in relation to the work done for the tenants. Phoenix may ultimately benefit from this work as the ultimate owner of the building. Phoenix is not, however, liable under the liens simply because it is one of several owners under the definition in *The Mechanics' Lien Act*, *supra*. The scheme of the Act, particularly as revealed in ss. 1(1)(*d*), 5, 7 and 11, does not envisage all owners, jointly and severally, being responsible for the cost of work authorized by any single owner. Depending upon the complexity of the construction arrangements, the definition of "owner" under s. 1(1)(*d*) of the Act will include different persons and combinations of persons. Here the third party space tenants would be included in the statutory definition in any proceeding to enforce a lien filed against their respective interests. Where, as here, no "request" was made by the interest holder against which the liens were filed (Phoenix), the definition of "owner" for the purposes of these proceedings could not include Phoenix. On the other side of the coin, no lien claim has been filed against the interest of the third party space tenants who would come within the definition of owner in any enforcement of such liens had they been filed.

The *Marshall* case, *supra*, did not deal with a tenant's interest, but with an entrepreneur standing between the owner and the contractor claiming a lien in circumstances not dissimilar to those present in this appeal. The registered owner and vendor to this entrepreneur was held not to be liable to the contractor for work done on the vendor's land. To the same effect, with reference to a tenant's interest, see *Dalgleish v. Prescott Arena Co.*, [1951] O.R. 121 (C.A.), in Ontario and *Hillcrest Contractors Ltd. v. McDonald*

tenure ou de tout autre droit que possèdent les locataires et ce, tant et aussi longtemps que ce droit existera et, sous réserve des conditions contenues dans les baux de locaux, elles seront rétrocédées à Phoenix Canada ou demeureront susceptibles d'être enlevées à l'expiration du bail consenti au locataire en question. En ce qui a trait aux travaux exécutés pour le compte des locataires, il n'existe pas de lien contractuel entre Bird et Phoenix. Il se peut que Phoenix bénéficie finalement de ces travaux à titre de propriétaire ultime de l'édifice. Toutefois, Phoenix n'est pas responsable en vertu des privilèges du simple fait qu'elle est l'un des divers propriétaires au sens de la définition qui figure dans *The Mechanics' Lien Act*, précitée. Il ressort de l'al. 1(1)*d*) et des art. 5, 7 et 11 en particulier que la Loi n'envisage pas que tous les propriétaires soient conjointement et solidairement responsables du coût des travaux autorisés par un seul d'entre eux. Selon la complexité des arrangements pris en vue de la construction, différentes personnes et différents groupes de personnes seront compris dans la définition de «propriétaire» qui figure à l'al. 1(1)*d*) de la Loi. En l'espèce, la définition légale s'appliquerait aux tiers dans toute procédure visant à obtenir l'exécution d'un privilège enregistré à l'égard de leurs droits respectifs. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, aucune «demande» n'a été faite par le titulaire (en l'occurrence Phoenix) du droit visé par l'enregistrement des privilèges, la définition du mot «propriétaire» lui est inapplicable aux fins du pourvoi. D'un autre côté, aucune revendication de privilège n'a été déposée à l'égard du droit des tiers locataires auxquels s'appliquerait la définition de propriétaire aux fins de l'exécution de tels privilèges, si ces privilèges avaient été enregistrés.

L'arrêt *Marshall*, précité, ne porte pas sur le droit d'un locataire; il s'agit plutôt du cas d'un entrepreneur qui se trouve entre le propriétaire et l'entrepreneur qui revendique un privilège dans des circonstances qui ressemblent à celles de la présente espèce. On a conclu que le propriétaire inscrit qui a effectué la vente au premier entrepreneur n'était pas responsable envers le second pour les travaux exécutés sur le bien-fonds du vendeur. Quant au droit d'un locataire, l'arrêt ontarien *Dalgleish v. Prescott Arena Co.*, [1951] O.R. 121

(No. 2) (1977), 2 Alta. L.R. (2d) 273, in Alberta. A more recent discussion of the right to file a lien against a lessor's interest where the work is done at the request of the lessee is to be found in *Sandon Construction Ltd. v. Cafik* (1973), 34 D.L.R. (3d) 609 (Ont. C.A.), at p. 612. All these authorities are condensed into one short sentence by the learned authors Macklem and Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4th ed.), at p. 31:

> ... something in the nature of direct dealing between landlord, or head tenant, and the lien claimant is required ....

It should be noted that s. 7 of the Act establishes a procedure where the work is being performed for a tenant. Section 5 requires the contractor, in order to subject the fee simple interest or estate to the lien, to give notice to the owner of the fee of the work "to be done". The owner may, within fifteen days thereafter, deny any responsibility. This section supports the interpretation of s. 5 which limits the right to claim a lien to those interests owned by the owner making the implied request under s. 5. In short, he who supplies work or materials in response to the express request in s. 1(1)(*d*) and the implied request in s. 5 may claim a lien against the estate or interest of the requesting "owner".

Section 5 places another impediment in the way of Bird when it attempts to reach past the third party tenants and to lien the interests of Phoenix in respect of improvements installed at the request and on the premises of the third party lessees, even assuming such work can be done without direct privity or privity by agency; namely, the absence of any liability in Phoenix to Bird. Thus there is no sum justly owing by "the owner". This closes any opening left to Bird even if s. 5 were construed so as to allow a claim against all owners if one of them requested the work in question. *Vide Canadian Cutting and Coring (Toronto) Ltd. v. Howson*, [1968] 2 O.R. 449; and *S. Morgan*

(C.A.), et la décision albertaine *Hillcrest Contractors Ltd. v. McDonald (No. 2)* (1977), 2 Alta. L.R. (2d) 273, vont dans le même sens. On trouve dans l'arrêt *Sandon Construction Ltd. v. Cafik* (1973), 34 D.L.R. (3d) 609 (C.A. Ont.), à la p. 612, un examen plus récent de la question du droit d'enregistrer un privilège grevant le droit d'un bailleur lorsque les travaux sont exécutés à la demande du locataire. Toute cette jurisprudence est résumée en une seule phrase par les savants auteurs Macklem et Bristow dans *Mechanics' Liens in Canada* (4e éd.), à la p. 31:

> [TRADUCTION] ... quelque chose qui s'apparente à des négociations directes entre le propriétaire ou le locataire principal, et le créancier privilégié doit ...

Il faut noter que l'art. 7 de la Loi établit une procédure à suivre lorsque les travaux sont exécutés pour un locataire. L'article 5 exige, pour que le droit de tenure ou autre droit soit assujetti au privilège, que l'entrepreneur avise le titulaire du droit de propriété des travaux [TRADUCTION] «à exécuter». Le propriétaire peut, dans les quinze jours qui suivent, nier toute responsabilité. Cet article justifie l'interprétation de l'art. 5 qui a pour effet de limiter le droit de revendiquer un privilège aux droits que possède le propriétaire qui fait la demande implicite dont il est question à l'art. 5. En bref, quiconque exécute des travaux ou fournit des matériaux par suite d'une demande expresse visée à l'al. 1(1)*d*) et d'une demande implicite visée à l'art. 5 peut revendiquer un privilège sur le droit de tenure ou autre droit du «propriétaire» qui fait la demande.

Suivant l'article 5, le fait que Phoenix n'est pas responsable envers Bird constitue un autre obstacle auquel Bird fait face lorsqu'elle tente de grever d'un privilège non pas les droits des tiers locataires mais ceux de Phoenix relativement aux améliorations apportées à la demande et aux locaux des tiers locataires, même en supposant que de tels travaux puissent être exécutés sans lien contractuel, que celui-ci soit direct ou qu'il résulte d'un mandat. Ainsi, il n'y a aucune somme que «le propriétaire» peut exiger à bon droit. Bird se trouve donc dans une situation sans issue, même si l'art. 5 était interprété de manière à permettre une revendication contre l'ensemble des propriétaires

Smith Co. v. Sissiboo Pulp and Paper Co. (1904), 35 S.C.R. 93, at pp. 96-97. Orde J.A., in discussing this requirement of the Act in the context of tiered contractors in *Kosobuski v. Extension Mining Co.* (1929), 64 O.L.R. 8, at p. 12, stated:

> Nothing in the Act gives a subcontractor . . . the right to recover, as against any person higher up the scale than the person with whom he himself contracted, more than the amount owing to such person by those above him, due regard being had, of course, to the obligation of the owner and each contractor and subcontractor to protect possible lienholders under sec. 11, by retaining, out of the contract price, the percentages specified in subsecs. 1 and 2, or a larger amount if notice in writing is given under subsec. 4.

The respondent has cross-appealed for interest to be calculated before and after judgment on the contract rate of one per cent per month, rather than upon the basis established by the Court of Appeal who varied the report of the Master so as to read as follows:

> I FIND AND DECLARE that Bird Construction Company Limited is entitled to a lien under The Mechanics' Lien Act against the interests of Ownix Developments Limited, Phoenix Assurance Company of Canada and Phoenix Assurance Company Limited in the lands described in Schedule I hereto and such lien as against the interests of Phoenix Assurance Company of Canada and Phoenix Assurance Company Limited to be in the amount of $357,169.40 together with interest thereon from the date of registration of the claim for lien being the 18th day of September, 1974 until April 23, 1979 in the amount of $110,617.61 for a total amount of $467,781.01 and interest thereafter on the sum of $467,781.01 at such rate as if it were a money judgment.

This is not a case, in my view, for the application of s. 52 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended, 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 7, if it indeed be applicable at all. The contract rate of

dans le cas où l'un d'eux a demandé l'exécution des travaux en question. Voir la décision *Canadian Cutting and Coring (Toronto) Ltd. v. Howson*, [1968] 2 O.R. 449, et l'arrêt *S. Morgan Smith Co. v. Sissiboo Pulp and Paper Co.* (1904), 35 R.C.S. 93, aux pp. 96 et 97. Dans l'affaire *Kosobuski v. Extension Mining Co.* (1929), 64 O.L.R. 8, où il y avait une cascade d'entrepreneurs, le juge Orde de la Cour d'appel a affirmé au sujet de cette exigence posée par la Loi (à la p. 12):

> [TRADUCTION] La Loi ne confère pas à un sous-traitant . . . le droit de recouvrer d'une personne qui occupe un échelon supérieur à celui de la personne avec laquelle il a lui-même conclu un contrat, plus que le montant dû à cette personne par les personnes au-dessus d'elle, compte tenu évidemment de l'obligation qui incombe au propriétaire et à chaque entrepreneur et sous-traitant de protéger ceux qui peuvent jouir d'un privilège en vertu de l'art. 11 par la retenue, à même le prix fixé dans le contrat, des pourcentages spécifiés aux par. 1 et 2 ou d'un montant plus considérable si un avis écrit est donné conformément au par. 4.

L'intimée a formé un pourvoi incident visant à obtenir que les intérêts soient calculés pour les périodes antérieure et postérieure au prononcé du jugement au taux d'un pour cent par mois stipulé dans le contrat plutôt que de la façon établie par la Cour d'appel qui a modifié le rapport du *Master* de manière à y lire:

> [TRADUCTION] JE CONCLUS ET DÉCLARE que Bird Construction Company Limited a droit à un privilège en vertu de The Mechanics' Lien Act sur les droits que possèdent Ownix Developments Limited, Phoenix Assurance Company of Canada et Phoenix Assurance Company Limited sur le bien-fonds décrit à l'annexe I aux présentes, et que le privilège sur les droits de Phoenix Assurance Company of Canada et de Phoenix Assurance Company Limited est d'un montant de 357 169,40 $ plus les intérêts courus depuis la date d'enregistrement de la revendication de privilège, soit le 18 septembre 1974, jusqu'au 23 avril 1979, dont le montant est de 110 617,61 $, pour un total de 467 781,01 $ plus les intérêts sur ce montant calculés selon le taux qui s'appliquerait s'il s'agissait d'un jugement accordant une somme d'argent.

À mon avis, il ne s'agit pas d'un cas qui se prête à l'application de l'art. 52 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 7, si jamais cet

interest is inappropriate once the lien claim has crystallized into money and has been or should have been paid into Court. *The Judicature Act* R.S.O. 1970, c. 228, s. 38, was amended in November 1977 by *The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2)*, 1977 (Ont.), c. 51, s. 3. Prior to that amendment, the statute did not authorize pre-judgment interest. The relevant portions of s. 38 now provide for interest as follows:

38. ...

(3) Subject to subsection 6, a person who is entitled to a judgment for the payment of money is entitled to claim and have included in the judgment an award of interest thereon,

(*a*) at the prime rate existing for the month preceding the month on which the action was commenced; and

(*b*) calculated,

(i) where the judgment is given upon a liquidated claim, from the date the cause of action arose to the date of the judgment, or

(ii) where the judgment is given upon an unliquidated claim, from the date the person entitled gave notice in writing of his claim to the person liable therefor to the date of the judgment.

The respondent in its cross-appeal alternatively sought to have interest awarded to Bird at the rate Bird was required to pay in its ordinary business operations. Even if this were an appropriate standard for the determination of interest rates properly applicable, there is no evidence in the record as to what rate of interest Bird paid during these times. I therefore conclude that the interest provision made by the Court of Appeal is appropriate to the circumstances of this appeal.

For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal and I would award costs in this Court to the respective respondents.

article peut vraiment s'appliquer. Le taux d'intérêt fixé dans le contrat devient inadéquat dès que la revendication de privilège se cristallise en une somme d'argent et que cette somme a été ou aurait dû être consignée à la cour. L'article 38 de *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228, a été modifié en novembre 1977 par l'art. 3 de *The Judicature Amendment Act, 1977 (No.2)*, 1977 (Ont.), chap. 51. Avant cette modification, la Loi n'autorisait pas le paiement d'intérêts pour la période antérieure au prononcé du jugement. Les parties pertinentes de l'art. 38 contiennent maintenant les dispositions suivantes relativement aux intérêts:

[TRADUCTION] **38.** ...

(3) Sous réserve du paragraphe 6, quiconque a droit à un jugement accordant une somme d'argent peut réclamer et obtenir que soient inclus dans le jugement des intérêts sur la somme en question,

a) au taux préférentiel en vigueur pendant le mois qui a précédé celui où l'action a été intentée; et

b) calculés,

(i) lorsque le jugement porte sur une somme déterminée, à partir de la date où la cause d'action a pris naissance jusqu'à la date du jugement, ou

(ii) lorsque le jugement porte sur une somme non déterminée, à partir de la date où la personne ayant droit au jugement a donné un avis écrit de sa réclamation à la personne tenue de payer cette somme, jusqu'à la date du jugement.

Dans son pourvoi incident, l'intimée a demandé à titre subsidiaire que les intérêts soient accordés à Bird au taux que celle-ci devait payer dans le cours ordinaire de ses opérations commerciales. Même à supposer que ce soit là un critère approprié pour déterminer les taux d'intérêt applicables, le dossier ne contient aucune preuve concernant les taux d'intérêt payés par Bird aux époques en question. Je conclus donc que la décision de la Cour d'appel relativement aux intérêts est appropriée compte tenu des circonstances du présent pourvoi.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident et d'adjuger à chacune des intimées leurs dépens en cette Cour.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs des appelantes: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intimée: McCarthy & McCarthy, Toronto.

William Francis Perka, Paul Oscar Nelson, William Terry Hines and Stephen Earl Johnson *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17217.

1984: January 31, February 1; 1984: October 11.

Present: Ritchie, Dickson, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defences — Necessity — Illegal drugs found on distressed vessel seeking refuge in Canadian waters — Charges of importing narcotics and of possession for the purpose of trafficking — Whether defence available — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 7(2).

Criminal law — Drug offences — Botanical defence — Whether the Narcotic Control Act intended to include all forms of marihuana — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2.

Interpretation — Technical and scientific terms — Meaning of the phrase "Cannabis sativa L." — Meaning frozen at the time of enactment — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2, Schedule: item 3.

Appeal — Arguments on appeal — Whether respondent limited to appellants' points of law — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1).

Following the seizure of their cannabis cargo by the police in Canadian waters, appellants were charged with importing cannabis into Canada and with possession for the purpose of trafficking. At trial, the accused advanced the defence of necessity claiming that they did not plan to import into Canada as their destination was Alaska but that, following a series of mechanical problems aggravated by deteriorating weather, they had decided for the safety of ship and crew to seek refuge on the Canadian shoreline to repair the vessel. The vessel found a sheltered cove but grounded amidships on a rock. The defence tendered evidence that the captain, fearing he was going to capsize, ordered the men to offload the cargo. When the police arrived on the scene

William Francis Perka, Paul Oscar Nelson, William Terry Hines et Stephen Earl Johnson *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17217.

1984: 31 janvier, 1er février; 1984: 11 octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Moyens de défense — Nécessité — Drogue illégale découverte à bord d'un navire en détresse qui avait cherché refuge dans les eaux canadiennes — Accusations d'importation de stupéfiants et de possession en vue d'en faire le trafic — Ce moyen de défense peut-il être invoqué? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 7(2).

Droit criminel — Infractions en matière de stupéfiants — Moyen de défense fondé sur la classification botanique — La Loi sur les stupéfiants vise-t-elle à inclure toutes les espèces de marihuana? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2.

Interprétation — Termes techniques et scientifiques — Sens de l'expression «Cannabis sativa L.» — Le sens à donner à cette expression est celui qu'elle avait au moment de l'adoption de la Loi — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, Annexe: art. 3.

Appel — Plaidoiries — L'intimée est-elle limitée par les points de droit soulevés par les appelants? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1).

À la suite de la saisie de leur cargaison de cannabis par la police dans les eaux canadiennes, les appelants ont été accusés d'avoir importé du cannabis au Canada et d'en avoir eu la possession en vue d'en faire le trafic. Au procès, les accusés ont invoqué le moyen de défense fondé sur la nécessité, soutenant qu'ils n'avaient pas eu l'intention d'importer au Canada, puisque leur destination était l'Alaska, mais qu'à la suite d'une série d'ennuis mécaniques aggravés par le mauvais temps, ils avaient décidé, par mesure de précaution pour le navire et pour l'équipage, de chercher refuge sur la côte canadienne afin de réparer le navire. Le navire a trouvé une baie abritée mais s'est échoué par le milieu sur des rochers. La défense a soumis en preuve que le capitaine,

most of the marihuana was onshore. The accused also relied upon a "botanical defence" arguing that the Crown had failed to prove that the ship's cargo was "*Cannabis sativa* L." as provided for in the schedule to the *Narcotic Control Act*. The trial judge, however, withdrew the botanical defence from the jury. The appellants were acquitted. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial holding that the trial judge erred in refusing to grant the Crown's application to call rebuttal evidence with respect to the condition of the vessel. The Court also held that the trial judge was correct in withdrawing the botanical defence from the jury.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Ritchie, Dickson, Chouinard and Lamer JJ.: The defence of necessity is available in Canada and should be recognized as an excuse operating by virtue of s. 7(3) of the *Criminal Code*. The essential criteria for the operation of the defence is the moral involuntariness of the wrongful action measured on the basis of society's expectation of appropriate and normal resistance to pressure. The defence only applies in circumstances of imminent risk where the action was taken to avoid a direct and immediate peril. The act in question may only be characterized as involuntary where it was inevitable, unavoidable, and where no reasonable opportunity for an alternative course of action that did not involve a breach of the law was available to the accused. As well the harm inflicted by the violation of the law must be less than the harm the accused sought to avoid. Where it was contemplated or ought to have been contemplated by the accused that his actions would likely give rise to an emergency requiring the breach of the law it may not be open to him to claim his response was involuntary; mere negligence or involvement in criminal or immoral activity when the emergency arose, however, will not disentitle an accused from relying upon the defence. Finally, where sufficient evidence is placed before the Court to raise the issue of necessity the onus falls upon the Crown to meet the defence and prove beyond a reasonable doubt that the accused's act was voluntary; the accused bears no burden of proof. In this case, the trial judge was correct in instructing the jury upon necessity, however, he erred in his directions to them. Although he adequately charged the jury upon the majority of issues pertinent to the proper test for neces-

qui craignait que le navire ne chavire, a ordonné à l'équipage de décharger la cargaison. À l'arrivée de la police sur les lieux, presque toute la marihuana était déjà à terre. Les accusés ont aussi invoqué le moyen de défense fondé sur la «classification botanique», soutenant que la poursuite n'avait pas prouvé que la cargaison du navire était du «*Cannabis sativa* L.» comme le prévoit l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*. Cependant, le juge du procès n'a pas soumis le moyen de défense fondé sur la classification botanique à l'appréciation du jury. Les appelants ont été acquittés. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès, statuant que le juge du procès a commis une erreur en refusant de permettre à la poursuite de produire une contre-preuve quant à l'état du navire. La Cour a aussi statué que le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Les juges Ritchie, Dickson, Chouinard et Lamer: Le moyen de défense fondé sur la nécessité peut être invoqué au Canada et il doit être considéré comme une excuse applicable en vertu du par. 7(3) du *Code criminel*. Le critère essentiel qui régit l'application de ce moyen de défense est le caractère involontaire, du point de vue moral, de l'acte mauvais, qui se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression. Ce moyen de défense ne s'applique qu'à une situation de danger imminent où l'on a agi afin d'éviter un péril imminent et immédiat. L'acte en question ne peut être qualifié d'involontaire que s'il était inévitable et s'il ne s'offrait à l'accusé aucune possibilité raisonnable d'adopter une autre ligne de conduite qui ne comportait pas d'infraction à la loi. De même, le mal causé par la violation de la loi doit être moindre que celui que l'accusé a cherché à éviter. Si l'accusé a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d'urgence qui exigerait la perpétration d'une infraction à la loi, il se peut qu'il ne puisse pas faire valoir que sa réaction a été involontaire. Toutefois, la simple négligence ou le simple fait qu'il participait à une activité criminelle ou immorale lorsque la situation d'urgence s'est présentée n'empêche pas l'accusé d'invoquer ce moyen de défense. Enfin, lorsque l'on fournit à la Cour suffisamment d'éléments de preuve pour soulever la question de la nécessité, il incombe à la poursuite de réfuter ce moyen de défense et de prouver hors de tout doute raisonnable que l'acte de l'accusé était volontaire; le fardeau de la preuve n'incombe pas à l'accusé. En l'espèce, le juge du procès a eu raison de donner au jury des directives quant au

sity he did not direct their attention to the issue of the availability of a reasonable legal alternative. This error goes to the heart of the defence and justifies a new trial.

The trial judge was correct in withdrawing the appellants' botanical defence from the jury as the phrase "*Cannabis sativa* L." in the *Narcotic Control Act* was meant to embrace all forms of marihuana. In keeping with the doctrine of *contemporanea expositio* the meaning to be given to this phrase is the meaning the botanical community ascribed to it when the Act became law in 1961. At that time, botanists were virtually unanimous in holding that cannabis (marihuana) consisted only of one species and that the plants which some botanists referred to as "*Cannabis indica* Lam." and "*Cannabis ruderalis* Jan." were merely subspecies of "*Cannabis sativa* L.". Where the legislature has deliberately chosen a specific scientific or technical term to represent an equally specific and particular class of things, it would do violence to Parliament's intent to give a new meaning to that term whenever the taxonomic consensus among members of the relevant scientific fraternity has shifted.

Since a new trial must be ordered there is no need to decide whether the trial judge erred in refusing to allow the Crown to tender rebuttal evidence.

Per Wilson J.: The defence of necessity must be grounded either on excuse or on justification. The only way in which the defence of necessity can be applied as an excuse is where the accused's act is done in the interest of self-preservation. Such an act must be characterized not by the voluntariness of the act but by its unpunishable nature. As such, the act may be exempted from culpability if it arose in a life-threatening situation of necessity. Where, however, a defence by way of excuse is premised on compassion for the accused or on a perceived failure to achieve a desired instrumental end of punishment, the judicial response must be to fashion an appropriate sentence but to reject the defence as such.

moyen de défense fondé sur la nécessité, mais il a toutefois commis une erreur en lui donnant ses directives. Même s'il a donné aux jurés des directives suffisantes quant à la majorité des questions relatives au critère applicable en matière de nécessité, il n'a pas attiré leur attention sur la question de la possibilité d'adopter une autre ligne de conduite légale et raisonnable. Cette erreur touche le coeur même du moyen de défense et justifie la tenue d'un nouveau procès.

Le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique puisqu'en employant l'expression «*Cannabis sativa* L.» dans la *Loi sur les stupéfiants*, le législateur a voulu inclure toutes les espèces de marihuana. Conformément à la doctrine de la *contemporanea expositio*, le sens que doit recevoir cette expression est celui que la communauté des botanistes lui donnait lorsque la Loi est entrée en vigueur en 1961. À cette époque, presque tous les botanistes considéraient que le cannabis (marihuana) ne consistait qu'en une seule espèce et que les plantes que certains botanistes désignaient sous les noms de «*Cannabis indica* Lam.» et de «*Cannabis ruderalis* Jan.» n'étaient que des sous-espèces du «*Cannabis sativa* L.» Lorsque le législateur choisit délibérément un terme scientifique ou technique précis pour désigner une classe tout aussi précise et particulière de choses, ce serait faire violence à l'intention du législateur que de donner un sens nouveau à un tel terme chaque fois qu'il y a un changement de consensus taxinomique chez les membres de la communauté scientifique concernée.

Puisqu'il convient d'ordonner un nouveau procès, point n'est besoin de décider si le juge du procès a commis une erreur en refusant d'accorder à la poursuite le droit de présenter une contre-preuve.

Le juge Wilson: La nécessité invoquée comme moyen de défense doit se fonder sur une excuse ou une justification. Le seul cas où le moyen de défense fondé sur la nécessité peut être invoqué comme une excuse est celui où l'accusé a accompli l'acte en question afin d'assurer sa propre conservation. Cet acte doit se distinguer non par son caractère volontaire, mais par le fait qu'il ne peut entraîner aucune peine. L'auteur d'un tel acte peut être exempté de toute culpabilité s'il l'a accompli dans une situation de nécessité où sa vie était en danger. Toutefois, si l'excuse invoquée comme moyen de défense repose sur la compassion pour l'accusé ou sur le sentiment que l'imposition de la peine prévue n'aura pas l'effet souhaité, les juges doivent réagir en concevant une sentence appropriée, mais en rejetant le moyen de défense comme tel.

Where necessity is invoked as a justification, the accused must show that he operated under a conflicting legal duty which made his seemingly wrongful act right. Such justification must be premised on a right or duty recognized by law. This excludes conduct attempted to be justified on the ground of an ethical duty internal to the conscience of the accused as well as conduct sought to be justified on the basis of a perceived maximization of social utility resulting from it. Rather, the conduct must stem from the accused's duty to satisfy his legal obligations and to respect the principle of the universality of rights. The justification therefore does not depend on the immediacy or "normative involuntariness" of the accused's act. Finally, the justification is not established simply by showing a conflict of legal duties. Since the defence rests on the rightfulness of the accused's choice of one over the other, the rule of proportionality is central to the evaluation of the justification.

Morgentaler v. The Queen, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126; *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842); *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (1969); *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (1971); *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (1978); *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244; *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653; *Dairy Foods, Inc. v. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 S.C.R. 651; *The SS. "Tordenskjold" v. The SS. "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122; *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Ont. Co. Ct. (District of York), July 1974; *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (1981);

Lorsque la nécessité est invoquée comme une justification, l'accusé doit démontrer qu'il a agi en raison d'obligations légales contradictoires, ce qui a fait de son acte apparemment mauvais un acte bon. Cette justification doit reposer sur un droit ou une obligation reconnus par la loi. Cela a pour effet d'exclure la conduite que l'on tente de justifier par une obligation morale que ressentait intérieurement l'accusé et celle que l'on cherche à justifier par ce qu'on croit être la réalisation d'un plus grand bien pour la société. La conduite doit plutôt découler de l'obligation qui incombe à l'accusé de s'acquitter des responsabilités que lui confère la loi et de respecter le principe de l'universalité des droits. La justification ne dépend donc pas du caractère immédiat ou du «caractère involontaire dit normatif» de l'acte de l'accusé. Enfin, on n'établit pas une justification simplement en démontrant l'existence d'un conflit entre des obligations légales. Étant donné que le moyen de défense repose sur la justesse du choix fait par l'accusé, la règle de la proportionnalité joue un rôle capital dans l'évaluation de la justification.

Jurisprudence: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126; *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842); *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (1969); *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (1971); *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (1978); *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244; *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653; *Dairy Foods, Inc. c. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 R.C.S. 651; *The SS. «Tordenskjold» v. The SS. «Euphemia»* (1908), 41 R.C.S. 154; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122; *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Cour de comté (district de York, Ont.), juillet 1974; *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (1981);

United States v. Kelly, 527 F.2d 961 (1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (1971); *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347; *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971); *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (1969); *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (1953); *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (1910); *Ploof v. Putman*, 71 A. 188 (1908); *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, April 22, 1898, *Ménard's Case*, S. 1899.2.1, referred to.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 69 C.C.C. (2d) 405, 38 B.C.L.R. 273, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeals dismissed.

Clayton C. Ruby, for the appellant Nelson.

Jeffrey Green and *Janice R. Dillon*, for the appellants Perka, Hines and Johnson.

S. David Frankel, for the respondent.

The judgment of Ritchie, Dickson, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—In this case we consider (i) a recurring legal problem, the "necessity" defence; (ii) what is commonly known as the "botanical" or "cannabis species" defence.

I Facts

The appellants are drug smugglers. At trial, they led evidence that in early 1979 three of the appellants were employed, with sixteen crew members, to deliver, by ship (the *Samarkanda*) a load of cannabis (marihuana) worth $6,000,000 or $7,000,000 from a point in international waters off the coast of Colombia, South America, to a drop point in international waters 200 miles off the

United States v. Kelly, 527 F.2d 961 (1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (1971); *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347; *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971); *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (1969); *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (1953); *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (1910); *Ploof v. Putman*, 71 A. 188 (1908); *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, 22 avril, 1898, *arrêt Ménard*, S. 1899.2.1.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 69 C.C.C. (2d) 405, 38 B.C.L.R. 273, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère publique à l'encontre de l'acquittement des accusés et ordonné un nouveau procès. Pourvois rejetés.

Clayton C. Ruby, pour l'appelant Nelson.

Jeffrey Green et *Janice R. Dillon*, pour les appelants Perka, Hines et Johnson.

S. David Frankel, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Ritchie, Dickson, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans la présente affaire, nous devons examiner (i) un problème juridique qui se pose souvent, savoir le moyen de défense fondé sur la «nécessité», (ii) ce qu'on appelle communément le moyen de défense fondé sur la «classification botanique» ou «l'espèce de cannabis».

I Les faits

Les appelants font la contrebande de la drogue. Au procès, ils ont mis en preuve qu'au début de 1979 trois des appelants ont été embauchés, avec seize membres d'équipage, en vue de livrer par navire (le *Samarkanda*) un chargement de cannabis (marihuana) valant de 6 000 000 $ à 7 000 000 $, à partir d'un endroit situé dans les eaux internationales au large de la côte de la

coast of Alaska. The ship left Tumaco, Colombia, empty with a port clearance document stating the destination to be Juneau, Alaska. For three weeks the ship remained in international waters off the coast of Colombia. While there, a DC-6 aircraft made four trips, dropping into the water shrimp nets with a total of 634 bales of cannabis which were retrieved by the ship's longboats.

A "communications" package was also dropped from a light aircraft, giving instructions for a rendez-vous with another vessel, the *Julia "B"*, which was to pick up the cargo of cannabis from the *Samarkanda* in international waters off the coast of Alaska. *En route*, according to the defence evidence, the vessel began to encounter a series of problems; engine breakdowns, overheating generators and malfunctioning navigation devices, aggravated by deteriorating weather. In the meantime the fourth appellant, Nelson, part owner of the illicit cargo, and three other persons left Seattle in a small boat, the *Whitecap*, intending to rendez-vous with the *Samarkanda* at the drop point in Alaska. The problems of the *Samarkanda* intensified as fuel was consumed. The vessel became lighter, the intakes in the hull for sea water, used as a coolant, lost suction and took in air instead, causing the generators to overheat. At this point the vessel was 180 miles from the Canadian coastline. The weather worsened. There were eight-to-ten-foot swells and a rising wind. It was finally decided for the safety of ship and crew to seek refuge on the Canadian shoreline for the purpose of making temporary repairs. The *Whitecap* found a sheltered cove on the west coast of Vancouver Island, "No Name Bay". The *Samarkanda* followed the *Whitecap* into the Bay but later grounded amidships on a rock because the depth sounder was not working. The tide ran out. The vessel listed severely to starboard, to the extent that the Captain, fearing the vessel was going to capsize, ordered the men to offload the

Colombie, en Amérique du Sud, jusqu'à un point de livraison situé dans les eaux internationales à 200 milles au large de la côte de l'Alaska. Le navire est parti vide de Tumaco (Colombie) muni d'une déclaration de douanes indiquant Juneau (Alaska) comme destination. Pendant trois semaines, le navire est demeuré dans les eaux internationales au large de la Colombie. Pendant qu'il y séjournait, un avion de type DC-6 a effectué quatre voyages, larguant à la mer des filets à crevettes chargés, au total, de 634 ballots de marihuana qui ont été récupérés au moyen des chaloupes de sauvetage du navire.

Un avion léger a aussi largué un colis de «renseignements» contenant des directives au sujet d'un rendez-vous avec un autre navire, le *Julia «B»*, qui devait prendre livraison de la cargaison de cannabis du *Samarkanda* dans les eaux internationales au large de la côte de l'Alaska. En cours de route, selon les témoignages de la défense, le navire a connu une série d'ennuis, pannes des machines, surchauffe des générateurs et mauvais fonctionnement des instruments de navigation, tout cela aggravé par le mauvais temps. Dans l'intervalle, le quatrième appelant, Nelson, copropriétaire de la cargaison illicite et trois autres personnes sont partis de Seattle dans un petit bateau, le *Whitecap*, dans l'intention de rejoindre le *Samarkanda* au point de livraison en Alaska. Les problèmes du *Samarkanda* se sont aggravés à mesure qu'il consommait son carburant. Le navire est devenu plus léger, les prises d'eau de mer de la coque servant au système de refroidissement se sont mises à aspirer de l'air plutôt que de l'eau ce qui a causé la surchauffe des générateurs. À ce moment-là, le navire était à 180 milles des côtes canadiennes. Le mauvais temps empirait. La hauteur de la houle était de huit à dix pieds et le vent s'élevait. Par mesure de précaution pour le navire et pour l'équipage, on a finalement décidé de chercher refuge sur la côte canadienne afin d'effectuer des réparations temporaires. Le *Whitecap* a trouvé une baie abritée sur la côte ouest de l'île Vancouver, appelée «No Name Bay». Le *Samarkanda* a suivi le *Whitecap* dans la baie, mais s'est plus tard échoué par le milieu sur les rochers parce que le sondeur de profondeur ne fonctionnait plus. La marée a baissé. Le navire donnait dangereusement de la bande à tribord, à tel point que le capitaine, qui

cargo. That is a brief summary of the defence evidence.

Early on the morning of May 22, 1979 police officers entered No Name Bay in a marked police boat with siren sounding. The *Samarkanda* and the *Whitecap* were arrested, as were all the appellants except Perka and Nelson, the same morning. The vessels and 33.49 tons of cannabis marihuana were seized by the police officers.

Charged with importing cannabis into Canada and with possession for the purpose of trafficking, the appellants claimed they did not plan to import into Canada or to leave their cargo of cannabis in Canada. They had planned to make repairs and leave. Expert witnesses on marine matters called by the defence testified that the decision to come ashore was, in the opinion of one witness, expedient and prudent and in the opinion of another, essential. At trial, counsel for the Crown alleged that the evidence of the ship's distress was a recent fabrication. Crown counsel relied on the circumstances under which the appellants were arrested to belie the "necessity" defence; when the police arrived on the scene most of the marihuana was already onshore, along with plastic ground sheets, battery operated lights, liquor, food, clothing, camp stoves, and sleeping bags. Nevertheless, the jury believed the appellants and acquitted them.

The acquittal was reversed on appeal. After the close of the case for the accused at trial, the Crown had applied to call rebuttal evidence with respect to the condition of the vessel. The trial judge refused the Crown's application. He held that the defence evidence relating to the happenings in the engine room should not have caught the prosecution by surprise and in the circumstances, the conditions for calling rebuttal evidence had not been met. At trial the defence also relied upon a "botanical defence" arguing that the Crown had failed to prove that the ship's cargo was "*cannabis sativa* L.", as provided for in the Schedule to the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Thus

craignait que le navire ne chavire, a ordonné à l'équipage de décharger la cargaison. Il s'agit là d'un bref résumé de la preuve de la défense.

Tôt le matin du 22 mai 1979, des policiers sont entrés dans No Name Bay à bord d'un bateau de la police identifié comme tel et dont la sirène était en marche. Ce matin-là, ils ont arraisonné le *Samarkanda* et le *Whitecap* et procédé à l'arrestation de tous les appelants sauf Perka et Nelson. Les policiers ont saisi les navires et 33,49 tonnes de marihuana.

Accusés d'avoir importé du cannabis au Canada et d'en avoir eu la possession en vue d'en faire le trafic, les appelants ont prétendu qu'ils n'avaient pas eu l'intention d'importer ni de laisser leur cargaison de cannabis au Canada. Ils avaient projeté d'effectuer des réparations et de repartir. Des témoins experts des questions marines assignés par la défense ont affirmé que la décision d'accoster était, de l'avis d'un des témoins, bonne et prudente et, de l'avis d'un autre témoin, essentielle. Au procès, le substitut du procureur général a soutenu que la preuve de l'état de détresse du navire était de fabrication récente. Le substitut du procureur général a invoqué les circonstances dans lesquelles les appelants ont été arrêtés pour contredire le moyen de défense fondé sur la «nécessité»; à l'arrivée de la police sur les lieux, presque toute la marihuana était déjà à terre, avec des tapis de sol en plastique, des lampes de poche, de la boisson alcoolisée, de la nourriture, des vêtements, des poêles de camping et des sacs de couchage. Néanmoins le jury a cru les appelants et les a acquittés.

L'acquittement a été infirmé en appel. À la fin de la présentation de la preuve des accusés au procès, la poursuite a demandé la permission de produire une contre-preuve quant à l'état du navire. Le juge du procès a rejeté la demande de la poursuite. Il a statué que la preuve de la défense quant à ce qui s'est produit dans la chambre des machines n'aurait pas dû prendre la poursuite par surprise et que, dans les circonstances, les conditions permettant de produire une contre-preuve n'étaient pas remplies. Au procès, la défense a aussi invoqué le moyen de défense fondé sur la «classification botanique», soutenant que la poursuite n'avait pas prouvé que la cargaison du navire

the appellants had committed no offence. The trial judge withdrew the botanical defence from the jury. On appeal by the Crown, the Court of Appeal, in allowing the appeal, held that the trial judge had erred in refusing to grant leave to the Crown to call rebuttal evidence and, on the cross-appeal held that the judge was correct in withdrawing the botanical defence from the jury.

était du «*cannabis sativa* L.», comme le prévoit l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. Ainsi, les appelants n'avaient commis aucune infraction. Le juge du procès n'a pas soumis le moyen de défense fondé sur la classification botanique à l'appréciation du jury. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par Sa Majesté et statué que le juge du procès avait commis une erreur en refusant de permettre à la poursuite de produire une contre-preuve; au sujet de l'appel incident, elle a statué que le juge a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique.

The appellants have now appealed to this Court. In addition to claiming that the Court of Appeal erred in reversing the trial judge on the rebuttal issue, the appellants contend that the Court of Appeal applied the wrong standard in ordering a new trial. The appellants also contend that the botanical defence should have been left with the jury. The Crown, of course, takes the opposite position on each of these questions and has raised one of its own: whether the trial judge erred in charging the jury with respect to the necessity defence. Because the appellants raised a preliminary objection to this Court even addressing this last issue, I will deal with it first.

Les appelants se pourvoient maintenant devant cette Cour. En plus de soutenir que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la décision du juge du procès sur la question de la contre-preuve, les appelants font valoir que la Cour d'appel a appliqué le mauvais critère en ordonnant un nouveau procès. Les appelants soutiennent aussi que le moyen de défense fondé sur la classification botanique aurait dû être soumis à l'appréciation du jury. La poursuite, cela va de soi, soutient le contraire sur chacun de ces moyens et a soulevé sa propre question: le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant des directives au jury quant au moyen de défense fondé sur la nécessité? Parce que les appelants ont contesté, à titre d'opposition préliminaire, le droit de cette Cour d'aborder cette dernière question, j'analyserai ce moyen en premier lieu.

The appellants argue that this Court should not consider the Crown's contentions with respect to the necessity defence because the Court of Appeal decided that the defence was available and the jury could properly be instructed on it. Accordingly, the appellants contend the Crown's argument with respect to the defence of necessity is really in the nature of a cross-appeal. Since the Crown does not have an appeal as of right to this Court and since leave has not been granted, the appellants say this Court does not have jurisdiction to decide the issues raised by the "cross-appeal".

Les appelants prétendent que cette Cour ne devrait pas étudier les prétentions de Sa Majesté relativement au moyen de défense fondé sur la nécessité parce que la Cour d'appel a décidé que l'on pouvait recourir à ce moyen de défense et que le jury pouvait à bon droit recevoir des directives à ce sujet. En conséquence, les appelants soutiennent que l'argument de Sa Majesté quant au moyen de défense fondé sur la nécessité participe vraiment de la nature d'un pourvoi incident. Puisque Sa Majesté ne dispose pas d'un pourvoi de plein droit devant cette Cour et puisque l'autorisation de se pourvoir n'a pas été accordée, les appelants affirment que cette Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur les moyens soulevés par le «pourvoi incident».

In both civil and criminal matters it is open to a respondent to advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to appellants' points of law. A party cannot, however, raise an entirely new argument which has not been raised below and in relation to which it might have been necessary to adduce evidence at trial. See *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122; *The SS. "Tordenskjold" v. The SS. "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Dairy Foods, Inc. v. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 S.C.R. 651. That is not the case here. The necessity defence was raised and fully argued in both courts below. Therefore, if we regard the Crown's submission as an argument to sustain the judgment below, this Court undoubtedly has jurisdiction to hear and decide the issue. Even if we regard the Crown's submission with regard to necessity as seeking to vary the decision of the court below, the *Rules of the Supreme Court of Canada*, Rule 29(1), would still give this Court the power to treat the whole case as open:

29. (1) If a respondent intends at the hearing of an appeal to argue that the decision of the court below should be varied, he shall, within thirty days after the service of the notice of appeal or within such time as a Judge allows, give notice of such intention to all parties who may be affected thereby. The omission to give such notice shall not in any way limit the power of the Court to treat the whole case as open but may, in the discretion of the Court, be a ground for an adjournment of the hearing.

(Emphasis added.)

In the event, at the hearing of the appeal the Court did treat the whole case as open and ruled that the Court would address the merits of the Crown's contentions with respect to the necessity defence. That I now propose to do.

En matière civile et en matière criminelle, il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par les appelants. Une partie ne peut cependant pas soulever un argument entièrement nouveau qui n'a pas été soulevé devant les cours d'instance inférieure et au sujet duquel il aurait pu être nécessaire de soumettre des éléments de preuve au procès. Voir *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122; *The SS. «Tordenskjold» v. The SS. «Euphemia»* (1908), 41 R.C.S. 154; *Dairy Foods, Inc. c. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 R.C.S. 651. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le moyen de défense fondé sur la nécessité a été soulevé et débattu à fond en première instance et en appel. En conséquence, si nous considérons la prétention de Sa Majesté comme un argument à l'appui du jugement d'instance inférieure, cette Cour a manifestement compétence pour entendre et trancher la question. Même si nous considérons que la prétention de Sa Majesté quant au moyen de défense fondé sur la nécessité vise à faire modifier la décision de la Cour d'appel, le par. 29(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada* accorde quand même à la Cour le pouvoir de considérer l'ensemble de l'affaire:

29. (1) Lorsque l'intimé a l'intention de plaider à l'audition d'un pourvoi que le jugement du tribunal d'instance inférieure devrait être modifié, il doit, dans les 30 jours de la signification de l'avis de pourvoi ou dans le délai accordé par un juge, en aviser toutes les parties intéressées. Le défaut de donner cet avis ne modifie aucunement le pouvoir de la Cour de considérer l'ensemble de l'affaire, mais peut justifier à la discrétion de la Cour, un ajournement de l'audition.

(C'est moi qui souligne.)

En définitive, à l'audition du pourvoi cette Cour a considéré l'ensemble de l'affaire et statué que la Cour se prononcerait sur le fond des prétentions de la poursuite quant au moyen de défense fondé sur la nécessité. C'est ce que je ferai maintenant.

II The Necessity Defence

a) *History and Background*

From earliest times it has been maintained that in some situations the force of circumstances makes it unrealistic and unjust to attach criminal liability to actions which, on their face, violate the law. Aristotle, in the *Nicomachean Ethics*, Book III, 1110a (trans. D. Ross, 1975, at p. 49), discusses the jettisoning of cargo from a ship in distress and remarks that "any sensible man does so" to secure the safety of himself and his crew. Pollard, arguing for the defendant in the case of *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1 at p. 18, maintained:

> ... in every Law there are some Things which when they happen a Man may break the Words of the Law, and yet not break the Law itself; and such Things are exempted out of the Penalty of the Law, and the Law privileges them although they are done against the Letter of it, for breaking the Words of the Law is not breaking the Law, so as the Intent of the Law is not broken. And therefore the Words of the Law of Nature, of the Law of this Realm, and of other Realms, and of the Law of God will also yield and give Way to some Acts and things done against the Words of the same Laws, and that is, where the Words of them are broken to avoid greater Inconveniences, or through Necessity, or by Compulsion ...

In *Leviathan* (Pelican ed. 1968), at p. 157, Hobbes writes:

> If a man by the terrour of present death, be compelled to doe a fact against the Law, he is totally Excused; because no Law can oblige a man to abandon his own preservation. And supposing such a Law were obligatory: yet a man would reason thus, if I doe it not, I die presently: if I doe it, I die afterwards; therefore by doing it, there is time of life gained; Nature therefore compells him to the fact.

To much the same purpose Kant, in *The Metaphysical Elements of Justice* (trans. Ladd, 1965), discussing the actions of a person who, to save his own life sacrifices that of another, says at p. 41:

II Le moyen de défense fondé sur la nécessité

a) *Historique*

Depuis très longtemps, on considère que dans certaines situations la force des circonstances fait qu'il n'est ni réaliste ni juste d'attacher une responsabilité criminelle à des actes qui, à première vue, enfreignent la loi. Dans *Éthique à Nicomaque*, livre III, 1110*a*) (trad. J. Tricot, 1959, à la p. 120), Aristote traite du jet par-dessus bord de la cargaison d'un navire en détresse et souligne que lorsqu'il s'agit de son propre salut et de celui de ses compagnons «un homme de sens agit toujours ainsi». Pollard, qui représentait le défendeur dans l'affaire *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1, a soutenu à la p. 18:

> [TRADUCTION] ... toute loi comporte des circonstances où une personne peut enfreindre la lettre de la loi sans pourtant enfreindre la loi elle-même; et les actes qu'elle accomplit alors ne sont pas soumis à la sanction de la loi, même la loi les encourage quoiqu'ils soient accomplis contrairement à la lettre de la loi, parce que contrevenir à la lettre de la loi n'est pas contrevenir à la loi elle-même, pour autant qu'il n'y a pas contravention à l'intention de la loi. En conséquence la lettre de la loi naturelle, de la loi du Royaume, de celle des autres royaumes et de celle de Dieu permet aussi d'accomplir certains actes qui vont à l'encontre de la lettre de ces mêmes lois lorsqu'il y a contravention à la lettre de la loi soit pour éviter des inconvénients plus grands, soit par nécessité ou par contrainte ...

Dans le *Léviathan* (trad. F. Tricaud, éd. Sirey, Paris, 1971), aux pp. 322 et 323, Hobbes écrit:

> Si l'on contraint un homme, par l'effroi d'une mort immédiate, à accomplir un acte contraire à la loi, cet homme est entièrement excusé, parce que nulle loi ne peut obliger un homme à renoncer à sa propre préservation. Supposons même qu'une telle loi oblige: on se tiendrait malgré tout le raisonnement suivant: si je n'accomplis pas cet acte, je meurs immédiatement; si je l'accomplis je meurs plus tard; en l'accomplissant, je gagne donc quelque temps de vie. La nature contraint donc cet homme à accomplir cet acte.

Presque dans le même sens, Kant, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit* (trad. A. Philonenko, 1971), affirme, à la p. 110, en parlant des actes d'une personne qui, pour sauver sa propre vie, sacrifierait celle d'autrui:

A penal law applying to such a situation could never have the effect intended, for the threat of an evil that is still uncertain (being condemned to death by a judge) cannot outweigh the fear of an evil that is certain (being drowned). Hence, we must judge that, although an act of self-preservation through violence is not inculpable, it still is unpunishable . . .

In those jurisdictions in which such a general principle has been recognized or codified it is most often referred to by the term "necessity". Classic and harrowing instances which have been cited to illustrate the arguments both for and against this principle include the mother who steals food for her starving child, the shipwrecked mariners who resort to cannibalism (*R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273) or throw passengers overboard to lighten a sinking lifeboat (*United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842)), and the more mundane case of the motorist who exceeds the speed limit taking an injured person to the hospital.

In the United States a general defence of necessity has been recognized in the statutory law of a number of states and has found its way into the *Model Penal Code* of the American Law Institute. Attempts have been made, with mixed success, in American jurisdictions to apply the defence to multifarious types of conduct, including cases involving prison escapes, *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); social protests and civil disobedience, *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (4th Cir. 1969), *certiorari* denied 397 U.S. 910; *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (7th Cir. 1971); and unorthodox medical treatments, *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (D.C. Super. Ct. 1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (9th Cir. 1978).

In England, opinion as to the existence of a general defence of necessity has varied. Blackstone in his *Commentaries on the Law* (abridged edition of Wm. Hardcastle Browne, edited by Bernard C. Gavit, 1941) mentioned two principles capable of being read as underlying such a defence. In Book 4, chap. 2, at p. 761, he says:

Ainsi une telle loi pénale n'aurait pas l'effet visé; c'est que la menace d'un mal qui est encore incertain (perdre la vie par une décision de justice) ne peut surpasser la peur devant un mal certain (à savoir la noyade). Aussi l'acte de conservation de soi par violence ne doit pas être considéré comme innocent . . . , mais comme impunissable . . .

Dans les ressorts où un tel principe général a été reconnu ou codifié, il est souvent désigné par le terme «nécessité». Parmi les exemples classiques et poignants cités pour illustrer les arguments pour et contre ce principe, il y a celui de la mère qui vole de la nourriture pour nourrir son enfant affamé, celui des naufragés qui ont recours au cannibalisme (*R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273) ou qui jettent des passagers pardessus bord pour alléger le canot de sauvetage en train de couler (*United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842)), et le cas plus banal de l'automobiliste qui dépasse la limite de vitesse en conduisant un blessé à l'hôpital.

Aux États-Unis, un moyen de défense général fondé sur la nécessité a été reconnu dans le droit écrit de nombreux États et il a été introduit dans le *Model Penal Code* de l'American Law Institute. On a essayé avec plus ou moins de succès, dans les ressorts américains, d'appliquer ce moyen de défense à divers types de conduite notamment dans des cas où il était question d'évasion de prison, *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); de manifestations de protestation et de désobéissance civile, *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (4e cir. 1969), *certiorari* refusé 397 U.S. 910; *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (7e cir. 1971); de traitements médicaux hétérodoxes, *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (D.C. Super. Ct. 1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (9e cir. 1978).

En Angleterre, l'opinion quant à l'existence d'un moyen de défense général fondé sur la nécessité a varié. Blackstone dans son ouvrage *Commentaries on the Law* (édition abrégée de Wm. Hardcastle Browne, éditée par Bernard C. Gavit, 1941) mentionne deux principes susceptibles d'être interprétés comme sous-tendant un tel moyen de défense. Dans le livre 4, chap. 2, à la p. 761, il affirme:

As punishments are only inflicted for the abuse of that free will, which God has given to man, it is just that a man should be excused for those acts, which are done through unavoidable force and compulsion.

Then under the rubric "Choice Between Two Evils" he writes:

Choice Between Two Evils. This species of necessity is the result of reason and reflection and obliges a man to do an act, which, without such obligation, would be criminal. This occurs, when a man has his choice of two evils set before him, and chooses the less pernicious one. He rejects the greater evil and chooses the less. As where a man is bound to arrest another for a capital offence, and being resisted, kills the offender, rather than permit him to escape.

Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 108, refers to compulsion by necessity as one of the curiosities of the law, "a subject on which the law of England is so vague that, if cases raising the question should ever occur the judges would practically be able to lay down any rule which they considered expedient". At page 110 he concedes it just possible to imagine cases in which the expedience of breaking the law would be so overwhelmingly great that people might be justified in doing so but says that "these cases cannot be defined beforehand, and must be adjudicated upon by a jury afterwards".

Later English commentators have had even more doubts on the matter. *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 11, para. 26, has this to say on the subject:

26. Necessity. Although there are cases in which it is not criminal for a person to cause harm to the person or property of another, there is no general rule giving rise to a defence of necessity, and it seems that, outside the specific cases mentioned, it is no defence to a crime to show that its commission was necessary in order to avoid a greater evil to the defendant or to others.

While Glanville Williams ("The Defence of Necessity", (1953) 6 C.L.P. 216) has been able to assert "with some assurance" that the defence of necessity is recognized by English law, the authors

[TRADUCTION] Puisque des peines ne peuvent donc être infligées que si l'on abuse du libre arbitre que Dieu a accordé à l'homme, il n'est que juste qu'un homme soit excusé des actes qu'il a accomplis à cause d'une force ou d'une contrainte irrésistible.

Puis sous la rubrique [TRADUCTION] «Choix entre deux maux», il écrit:

[TRADUCTION] **Choix entre deux maux**. Cette sorte de nécessité découle du raisonnement et de la réflexion et oblige un [homme] à accomplir un acte qui, sans cette obligation, serait criminel. Cela se produit lorsqu'un homme a le choix entre deux maux qui se présentent à lui et choisit le moindre. Il rejette le plus grand mal et choisit le moindre. Tel est le cas de l'homme qui est tenu d'en arrêter un autre pour une infraction punissable de mort et qui, parce que le contrevenant résiste, le tue plutôt que de le laisser s'échapper.

Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 108, parle de la contrainte par nécessité comme de l'une des curiosités du droit, [TRADUCTION] «un sujet à propos duquel la loi anglaise est si vague que, si jamais il se présentait des affaires qui soulèvent la question, les juges pourraient pratiquement établir la règle qui leur paraîtrait utile». À la page 110, il reconnaît qu'il est bien possible d'imaginer des cas où l'avantage de contrevenir à la loi serait si grand que des personnes pourraient être justifiées de le faire, mais il ajoute que [TRADUCTION] «ces cas ne peuvent pas être précisés à l'avance et ils doivent être soumis à l'appréciation d'un jury après coup».

Après lui, les glossateurs anglais ont encore eu plus de doutes sur la question. Voici ce qu'on dit dans *Halsbury's Laws of England* (4e éd., 1976), vol. 11, par. 26:

[TRADUCTION] **26. Nécessité.** Bien qu'il y ait des cas où ce n'est pas un crime que de causer à autrui un préjudice personnel ou matériel, il n'y a pas de règle générale qui donne lieu à une défense fondée sur la nécessité et il semble que, sauf pour les cas précis mentionnés, la preuve que la perpétration d'un crime était nécessaire pour éviter un mal plus grand au défendeur ou à autrui ne constitue pas un moyen de défense valable.

Bien que Glanville Williams («The Defence of Necessity», (1953) 6 C.L.P. 216) ait pu affirmer [TRADUCTION] «avec une certaine assurance» que le droit anglais reconnaît le moyen de défense

of Smith & Hogan, *Criminal Law* (4th ed. 1978) at pp. 193-94 state that "the better view appears to be that a general defence of necessity is not recognized by the English courts at the present time".

A Working Party of the English Law Commission proposed to resolve this uncertainty by recognizing a general defence of necessity, but one that was carefully circumscribed to prevent its being invoked in extravagant and inappropriate cases. The English Law Commission, however, rejected the Working Party proposal and instead made two counterproposals (Law Com. No. 83, Part IV) which recognized the possibility of the existence of a defence of necessity at common law but clearly disapproved of its principles. The Commission proposed:

> First, that no attempt should be made to establish the defence by legislation. Secondly, that the proposed Act should expressly abolish any such defence as may exist at common law.

In Canada the existence and the extent of a general defence of necessity was discussed by this Court in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. As to whether or not the defence exists at all I had occasion to say at p. 678:

> On the authorities it is manifestly difficult to be categorical and state that there is a law of necessity, paramount over other laws, relieving obedience from the letter of the law. If it does exist, it can go no further than to justify non-compliance in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible.

Subsequent to *Morgentaler*, the courts appear to have assumed that a defence of necessity does exist in Canada. On the later trial of Dr. Morgentaler, the defence of necessity was again raised on a charge of procuring a miscarriage. Some admissible evidence was made in support of the plea and the case went to the jury, which rendered a verdict of not guilty. An appeal by the Crown from the acquittal failed: *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244. Leave to appeal to this Court was

fondé sur la nécessité, les auteurs de Smith & Hogan, *Criminal Law* (4e éd., 1978), affirment, aux pp. 193 et 194, que [TRADUCTION] «le meilleur point de vue semble être que les tribunaux anglais ne reconnaissent pour l'instant aucun moyen de défense général fondé sur la nécessité».

Un comité de travail de l'English Law Commission a proposé de lever cette incertitude en reconnaissant un moyen de défense général fondé sur la nécessité qui serait délimité avec soin pour éviter qu'on l'invoque de façon extravagante et inopportune. L'English Law Commission a toutefois rejeté la proposition du comité de travail et plutôt formulé les deux contre-propositions suivantes (Law Com. No. 83, partie IV) dans lesquelles elle reconnaît qu'il peut exister en *common law* un moyen de défense fondé sur la nécessité, mais en désapprouve nettement les principes. La Commission a proposé:

> [TRADUCTION] En premier lieu, qu'on s'abstienne d'essayer d'établir le moyen de défense par voie de législation. En second lieu, que la loi proposée abolisse expressément tout moyen de défense de cette sorte qui peut exister en *common law*.

Au Canada, cette Cour a étudié l'existence et la portée du moyen de défense général fondé sur la nécessité dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. Quant à la question de savoir si ce moyen de défense existe, j'ai eu l'occasion d'affirmer à la p. 678:

> En se basant sur les précédents, il est manifestement difficile d'être catégorique et de déclarer qu'il existe une loi de la nécessité, primant les autres lois, et qui dispense d'obéir à la lettre de la loi. Si elle existe, elle ne peut faire plus que justifier la désobéissance dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible.

Depuis l'arrêt *Morgentaler*, les tribunaux semblent présumer qu'il existe, au Canada, un moyen de défense fondé sur la nécessité. Au procès subséquent du docteur Morgentaler, on a de nouveau invoqué la nécessité comme moyen de défense à l'encontre d'une accusation d'avoir procuré un avortement. Des éléments de preuve recevables ont été présentés à l'appui du moyen de défense et l'affaire a été soumise au jury qui a rendu un verdict d'acquittement. L'appel interjeté par la

refused, [1976] 1 S.C.R. x. The defence also succeeded in four other cases: *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163. In a number of other cases the existence of such a defence was acknowledged but held to be unavailable on the facts. Some examples include: *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 and *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (N.S.S.C. App. Div.), the case most nearly analogous to the one at bar, of which more anon.

In the present appeal the Crown does not challenge the appellants' claim that necessity is a common law defence preserved by *Criminal Code* s. 7(3). Rather, the Crown claims the trial judge erred in (1) instructing the jury on the defence in light of the facts and (2) imposing the burden of disproof of the defence upon the Crown, rather than imposing the burden of proof on the appellants.

b) *The Conceptual Foundation of the Defence*

In *Morgentaler*, *supra*, I characterized necessity as an "ill-defined and elusive concept". Despite the apparently growing consensus as to the existence of a defence of necessity that statement is equally true today.

This is no doubt in part because, though apparently laying down a single rule as to criminal liability, the "defence" of necessity in fact is capable of embracing two different and distinct notions. As Mr. Justice Macdonald observed succinctly but accurately in the *Salvador* case, *supra*, at p. 542:

> Generally speaking, the defence of necessity covers all cases where non-compliance with law is excused by an emergency or justified by the pursuit of some greater good.

poursuite à l'encontre de l'acquittement a échoué. *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244. L'autorisation de pourvoi en cette Cour a été refusée, [1976] 1 R.C.S. x. Le moyen de défense a aussi été accepté dans quatre autres affaires: *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163. Dans un certain nombre d'autres affaires, on a conclu que ce moyen de défense existait, mais qu'on ne pouvait y recourir en raison des faits en présence. Parmi ces affaires, il y a *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 et *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (C.S. N.-É., Div. d'appel), l'affaire qui ressemble le plus à l'espèce et sur laquelle je reviendrai plus loin.

Dans le présent pourvoi, Sa Majesté ne conteste pas la prétention des appelants selon laquelle la nécessité est un moyen de défense de *common law* préservé par le par. 7(3) du *Code criminel*. Sa Majesté soutient plutôt que le juge du procès a commis une erreur (1) en donnant des directives au jury sur ce moyen de défense vu les faits et (2) en imposant à Sa Majesté le fardeau de réfuter ce moyen de défense plutôt que d'imposer aux appelants le fardeau d'en faire la preuve.

b) *Fondement conceptuel de ce moyen de défense*

Dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, j'ai qualifié la nécessité de «concept mal défini et difficile à cerner». Malgré le consensus apparemment croissant quant à l'existence d'un moyen de défense fondé sur la nécessité, cette affirmation est tout aussi vraie aujourd'hui.

C'est sans doute en partie parce que, même s'il semble poser une seule règle quant à la responsabilité criminelle, le «moyen de défense» fondé sur la nécessité peut viser deux notions différentes et distinctes. Comme le juge Macdonald le souligne brièvement mais avec justesse dans l'arrêt *Salvador*, précité, à la p. 542:

> [TRADUCTION] De façon générale, le moyen de défense fondé sur la nécessité vise tous les cas où l'inobservation de la loi est excusée par une situation d'urgence ou justifiée par la réalisation d'un plus grand bien.

Working Paper 29 of the Law Reform Commission of Canada at p. 93 makes this same point in somewhat more detail:

> The rationale of necessity, however, is clear. Essentially it involves two factors. One is the avoidance of greater harm or the pursuit of some greater good, the other is the difficulty of compliance with law in emergencies. From these two factors emerge two different but related principles. The first is a utilitarian principle to the effect that, within certain limits, it is justifiable in an emergency to break the letter of the law if breaking the law will avoid a greater harm than obeying it. The second is a humanitarian principle to the effect that, again within limits, it is excusable in an emergency to break the law if compliance would impose an intolerable burden on the accused.

Despite any superficial similarities, these two principles are in fact quite distinct and many of the confusions and the difficulties in the cases (and, with respect, in academic discussions) arise from a failure to distinguish between them.

Criminal theory recognizes a distinction between "justifications" and "excuses". A "justification" challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime. The police officer who shoots the hostage-taker, the innocent object of an assault who uses force to defend himself against his assailant, the Good Samaritan who commandeers a car and breaks the speed laws to rush an accident victim to the hospital, these are all actors whose actions we consider *rightful*, not wrongful. For such actions people are often praised, as motivated by some great or noble object. The concept of punishment often seems incompatible with the social approval bestowed on the doer.

In contrast, an "excuse" concedes the wrongfulness of the action but asserts that the circumstances under which it was done are such that it ought not to be attributed to the actor. The perpetrator who is incapable, owing to a disease of the mind, of appreciating the nature and consequences of his acts, the person who labours under a mistake of fact, the drunkard, the sleepwalker: these are all

Le document de travail 29 de la Commission de réforme du droit du Canada exprime, à la p. 108, la même idée de façon un peu plus détaillée:

> Le principe de la nécessité est effectivement clair. Il comporte deux aspects, dont le premier consiste dans la tentative d'éviter un plus grand mal ou de réaliser un plus grand bien. Le deuxième aspect a trait à la difficulté de se conformer à la loi dans les situations d'urgence. De ces deux aspects émergent deux principes distincts mais qui ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Le premier est un principe utilitaire selon lequel on est fondé, dans certaines limites, à enfreindre la lettre de la loi si, ce faisant, on évite un mal plus grand. Selon le second principe, qui est de nature humanitaire, il est excusable d'enfreindre la loi dans une situation d'urgence, toujours dans certaines limites, lorsqu'il serait trop difficile pour l'accusé de s'y conformer.

Malgré leur similitude apparente, ces deux principes sont en réalité tout à fait distincts et une partie des difficultés et de la confusion rencontrées dans les causes (et, quant à cela, dans les études d'auteurs) découle de l'omission de faire la distinction entre l'un et l'autre.

La théorie en matière criminelle fait la distinction entre les «justifications» et les «excuses». Une «justification» a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime. L'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital, ce sont toutes là des personnes dont nous considérons les actes comme *bons* et non comme mauvais. Les gens sont souvent louangés pour de tels actes parce qu'ils sont accomplis pour un motif grand et noble. L'idée de punition paraît souvent incompatible avec l'approbation que l'auteur de l'acte reçoit de la part de la société.

Par contre, une «excuse» consiste à reconnaître le caractère mauvais de l'acte, mais à affirmer que les circonstances dans lesquelles il a été accompli sont telles qu'il ne devrait pas être attribué à son auteur. L'auteur d'un acte qui, à cause d'une maladie mentale, est incapable de juger la nature et les conséquences de ses actes, la personne qui agit sous l'influence d'une erreur de fait, la per-

actors of whose "criminal" actions we disapprove intensely, but whom, in appropriate circumstances, our law will not punish.

Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), expresses the distinction thus at p. 113:

> ... conduct that we choose not to treat as criminal is "justifiable" if our reason for treating it as noncriminal is predominantly that it is conduct that we applaud, or at least do not actively seek to discourage: conduct is "excusable" if we deplore it but for some extrinsic reason conclude that it is not politic to punish it.

It will be seen that the two different approaches to the "defence" of necessity from Blackstone forward correspond, the one to a justification, the other to an excuse. As the examples cited above illustrate, the criminal law recognizes and our *Criminal Code* codifies a number of specific categories of justification and of excuse. The remainder, those instances that conform to the general principle but do not fall within any specific category such as self-defence on the one hand or insanity on the other, purportedly fall within the "residual defence" of necessity.

As a "justification" this residual defence can be related to Blackstone's concept of a "choice of evils". It would exculpate actors whose conduct could reasonably have been viewed as "necessary" in order to prevent a greater evil than that resulting from the violation of the law. As articulated, especially in some of the American cases, it involves a utilitarian balancing of the benefits of obeying the law as opposed to disobeying it, and when the balance is clearly in favour of disobeying, exculpates an actor who contravenes a criminal statute. This is the "greater good" formulation of the necessity defence: in some circumstances, it is alleged, the values of society, indeed of the criminal

sonne alcoolique, le somnambule: ce sont là des auteurs d'actes dont nous désapprouvons fortement les actes «criminels», mais que, dans certaines circonstances précises, notre loi ne punira pas.

Herbert Packer, dans *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), énonce la distinction de la façon suivante, à la p. 113:

> [TRADUCTION] ... une conduite que nous choisissons de ne pas considérer comme criminelle est «justifiable» si le motif de ne pas la considérer ainsi tient principalement à ce qu'il s'agit là d'une conduite que nous approuvons ou que, à tout le moins, nous ne cherchons pas activement à décourager; une conduite est «excusable» si nous la déplorons, mais si pour quelque motif extrinsèque nous concluons qu'il ne serait pas de bonne politique de la punir.

On constate que les deux manières d'aborder le «moyen de défense» fondé sur la nécessité depuis Blackstone correspondent, dans un cas, à la justification et, dans l'autre cas, à l'excuse. Comme l'illustrent les exemples mentionnés plus haut, le droit criminel reconnaît et notre *Code criminel* codifie un certain nombre de catégories précises de justifications et d'excuses. Quant aux autres cas, c'est-à-dire ceux qui sont conformes au principe général mais qui ne relèvent d'aucune catégorie précise comme la légitime défense d'une part ou l'aliénation mentale d'autre part, ils sont censés relever du «moyen de défense résiduel» fondé sur la nécessité.

En tant que «justification» ce moyen de défense résiduel peut se rattacher au concept du «choix entre deux maux» énoncé par Blackstone. Il permettrait de disculper des personnes dont la conduite aurait pu raisonnablement être considérée comme «nécessaire» pour éviter un mal plus grand que celui résultant de la violation de la loi. Tel qu'énoncé, plus particulièrement dans certaines décisions américaines, il comporte une évaluation pratique des avantages d'observer la loi par rapport aux avantages de ne pas l'observer, et si la balance penche nettement en faveur de l'inobservation de la loi, il permet de disculper la personne qui contrevient à une loi en matière criminelle. C'est là la formulation, dite du «plus grand bien», du moyen de défense fondé sur la nécessité: dans certaines circonstances, prétend-on, les valeurs

nal law itself, are better promoted by disobeying a given statute than by observing it.

With regard to this conceptualization of a residual defence of necessity, I retain the skepticism I expressed in *Morgentaler*, *supra*, at p. 678. It is still my opinion that, "[n]o system of positive law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because on his view the law conflicted with some higher social value". The *Criminal Code* has specified a number of identifiable situations in which an actor is justified in committing what would otherwise be a criminal offence. To go beyond that and hold that ostensibly illegal acts can be validated on the basis of their expediency, would import an undue subjectivity into the criminal law. It would invite the courts to second-guess the legislature and to assess the relative merits of social policies underlying criminal prohibitions. Neither is a role which fits well with the judicial function. Such a doctrine could well become the last resort of scoundrels and in the words of Edmund Davies L.J. in *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734, it could "very easily become simply a mask for anarchy".

Conceptualized as an "excuse", however, the residual defence of necessity is, in my view, much less open to criticism. It rests on a realistic assessment of human weakness, recognizing that a liberal and humane criminal law cannot hold people to the strict obedience of laws in emergency situations where normal human instincts, whether of self-preservation or of altruism, overwhelmingly impel disobedience. The objectivity of the criminal law is preserved; such acts are still wrongful, but in the circumstances they are excusable. Praise is indeed not bestowed, but pardon is, when one does a wrongful act under pressure which, in the words of Aristotle in the *Nicomachean Ethics*, *supra*, at

sociales et le droit criminel lui-même sont mieux servis par l'inobservation d'une loi donnée que par son observation.

À l'égard de cette conceptualisation d'un moyen de défense résiduel fondé sur la nécessité, je conserve les mêmes doutes que ceux que j'ai exprimés dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 678. J'estime toujours qu'«[a]ucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées». Le *Code criminel* précise un nombre de situations distinguables où une personne est justifiée de commettre ce qui autrement constituerait une infraction criminelle. Aller plus loin et soutenir qu'on peut justifier des actes manifestement illégaux à cause des avantages qu'ils présentent aurait pour effet d'introduire un élément de subjectivité indu dans le droit criminel. Ce serait inviter les tribunaux à réévaluer rétrospectivement l'intention du législateur et à apprécier le bien-fondé relatif des politiques sociales qui sous-tendent les interdictions en matière criminelle. Ni l'un ni l'autre de ces rôles ne cadre bien avec la fonction judiciaire. Une telle doctrine pourrait bien devenir le recours ultime de canailles et, pour reprendre les termes du lord juge Edmund Davies dans *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734, elle pourrait [TRADUCTION] «très facilement devenir simplement le masque de l'anarchie».

Vu comme une «excuse» cependant, le moyen de défense résiduel fondé sur la nécessité, à mon avis, prête beaucoup moins à la critique. Il se fonde sur une appréciation réaliste de la faiblesse humaine, tout en reconnaissant qu'un droit criminel humain et libéral ne peut astreindre des personnes à l'observation stricte des lois dans des situations d'urgence où les instincts normaux de l'être humain, que ce soit celui de conservation ou d'altruisme, commandent irrésistiblement l'inobservation de la loi. Le caractère objectif du droit criminel est préservé; de tels actes sont toujours mauvais, mais dans les circonstances ils sont excusables. Ce n'est pas l'éloge qu'on provoque, mais l'indulgence, lorsqu'on accomplit un acte mauvais alors qu'on est soumis à une pression qui, selon l'expression

p. 49, "overstrains human nature and which no one could withstand".

George Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), decribes this view of necessity as "compulsion of circumstance" which description points to the conceptual link between necessity as an excuse and the familiar criminal law requirement that in order to engage criminal liability, the actions constituting the *actus reus* of an offence must be voluntary. Literally this voluntariness requirement simply refers to the need that the prohibited physical acts must have been under the conscious control of the actor. Without such control, there is, for purposes of the criminal law, no act. The excuse of necessity does not go to voluntariness in this sense. The lost alpinist who on the point of freezing to death breaks open an isolated mountain cabin is not literally behaving in an involuntary fashion. He has control over his actions to the extent of being physically capable of abstaining from the act. Realistically, however, his act is not a "voluntary" one. His "choice" to break the law is no true choice at all; it is remorselessly compelled by normal human instincts. This sort of involuntariness is often described as "moral or normative involuntariness". Its place in criminal theory is described by Fletcher at pp. 804-05 as follows:

> The notion of voluntariness adds a valuable dimension to the theory of excuses. That conduct is involuntary—even in the normative sense—explains why it cannot fairly be punished. Indeed, H.L.A. Hart builds his theory of excuses on the principle that the distribution of punishment should be reserved for those who voluntarily break the law. Of the arguments he advances for this principle of justice, the most explicit is that it is preferable to live in a society where we have the maximum opportunity to choose whether we shall become the subject of criminal liability. In addition, Hart intimates that it is ideologically desirable for the government to treat its citizens as self-actuating, choosing agents. This principle of respect for individual autonomy is implicitly confirmed whenever those who lack an adequate choice are excused for their offenses.

d'Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque*, précité, à la p. 121, «surpasse[. . .] les forces humaines et que personne ne pourrait supporter».

George Fletcher, dans *Rethinking Criminal Law* (1978), définit cet aspect de la nécessité comme [TRADUCTION] «la contrainte des circonstances» et cette définition fait ressortir le lien conceptuel qui existe entre la nécessité en tant qu'excuse et l'exigence bien connue en droit criminel que pour qu'il y ait responsabilité criminelle, les actes qui constituent l'*actus reus* d'une infraction doivent être volontaires. Littéralement, cette exigence de caractère volontaire signifie simplement que les actes matériels interdits doivent avoir été accomplis sous le contrôle conscient de leur auteur. Sans ce contrôle, il n'y a pas d'acte pour les fins du droit criminel. L'excuse de nécessité ne vise pas le caractère volontaire dans ce sens. L'alpiniste perdu qui, sur le point de mourir gelé, s'introduit par effraction dans un chalet de montagne isolé n'agit pas littéralement de façon involontaire. Il a le contrôle de ses actes au point d'être physiquement capable de s'abstenir d'agir. En réalité toutefois son acte n'est pas «volontaire». Le «choix» qu'il a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain. Ce caractère involontaire est souvent décrit comme «le caractère involontaire dit moral ou normatif». Fletcher décrit ainsi sa place dans la théorie du droit criminel, aux pp. 804 et 805:

> [TRADUCTION] La notion du caractère volontaire ajoute une dimension importante à la théorie des excuses. Cette conduite est involontaire—même dans le sens normatif—ce qui explique pourquoi on ne peut pas en toute équité la punir. En réalité, H.L.A. Hart fonde sa théorie des excuses sur le principe que l'imposition d'une peine devrait se limiter à ceux qui enfreignent volontairement la loi. Parmi les arguments qu'il invoque à l'appui de ce principe de justice, le plus explicite est celui qu'il est préférable de vivre dans une société qui nous offre le plus d'occasions de choisir d'être ou de ne pas être assujettis à une responsabilité criminelle. De plus, Hart laisse entendre que, du point de vue idéologique, il est souhaitable que le gouvernement considère les citoyens comme des personnes responsables et autonomes. Ce principe du respect de l'autonomie individuelle est implicitement confirmé chaque fois que ceux qui n'ont pas la possibilité raisonnable de choisir sont excusés de leurs infractions.

I agree with this formulation of the rationale for excuses in the criminal law. In my view this rationale extends beyond specific codified excuses and embraces the residual excuse known as the defence of necessity. At the heart of this defence is the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable.

Punishment of such acts, as Fletcher notes at p. 813, can be seen as purposeless as well as unjust:

> ... involuntary conduct cannot be deterred and therefore it is pointless and wasteful to punish involuntary actors. This theory ... of pointless punishment, carries considerable weight in current Anglo-American legal thought.

Relating necessity to the principle that the law ought not to punish involuntary acts leads to a conceptualization of the defence that integrates it into the normal rules for criminal liability rather than constituting it as a *sui generis* exception and threatening to engulf large portions of the criminal law. Such a conceptualization accords with our traditional legal, moral and philosophic views as to what sorts of acts and what sorts of actors ought to be punished. In this formulation it is a defence which I do not hesitate to acknowledge and would not hesitate to apply to relevant facts capable of satisfying its necessary prerequisites.

c) *Limitations on the Defence*

If the defence of necessity is to form a valid and consistent part of our criminal law it must, as has been universally recognized, be strictly controlled and scrupulously limited to situations that correspond to its underlying rationale. That rationale, as I have indicated, is the recognition that it is inappropriate to punish actions which are normatively "involuntary". The appropriate controls and limitations on the defence of necessity are, there-

Je suis d'accord avec cette formulation de la raison d'être des excuses en droit criminel. À mon avis, cette raison d'être s'étend au delà des excuses qui sont codifiées et englobe l'excuse résiduelle connue sous le nom de moyen de défense fondé sur la nécessité. Au coeur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

Comme le souligne Fletcher à la p. 813, on peut considérer que la punition de tels actes est aussi inutile qu'injuste:

> [TRADUCTION] ... le comportement involontaire ne peut faire l'objet de dissuasion et, en conséquence, il est inutile et vain de punir les auteurs d'actes involontaires. Cette théorie ... de la punition inutile revêt une importance considérable dans la pensée juridique anglo-américaine contemporaine.

Le rattachement de la nécessité au principe selon lequel la loi ne devrait pas punir des actes involontaires débouche sur une conceptualisation du moyen de défense qui a pour effet de l'intégrer aux règles normales en matière de responsabilité criminelle plutôt que d'en faire une exception *sui generis* et de menacer d'engloutir de grandes parties du droit criminel. Une telle conceptualisation concorde avec les points de vue juridiques, moraux et philosophiques traditionnels quant aux types d'actes et de personnes que l'on devrait punir. Dans cette formulation, il s'agit d'un moyen de défense que je n'hésite pas à reconnaître et que je n'hésiterais pas à appliquer aux faits pertinents qui satisfont aux conditions nécessaires à son application.

c) *Limites du moyen de défense*

Si le moyen de défense fondé sur la nécessité doit faire partie de façon valable et logique de notre droit criminel, il faut, comme tout le monde s'est accordé à le reconnaître, qu'il soit strictement contrôlé et scrupuleusement limité aux situations qui répondent à sa raison d'être fondamentale. Cette raison d'être, comme je l'ai indiqué, est la reconnaissance qu'il ne convient pas de punir des actes qui sont «involontaires» sur le plan normatif.

fore, addressed to ensuring that the acts for which the benefit of the excuse of necessity is sought are truly "involuntary" in the requisite sense.

In *Morgentaler, supra*, I was of the view that any defence of necessity was restricted to instances of non-compliance "in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible". In my opinion this restriction focuses directly on the "involuntariness" of the purportedly necessitous behaviour by providing a number of tests for determining whether the wrongful act was truly the only realistic reaction open to the actor or whether he was in fact making what in fairness could be called a choice. If he was making a choice, then the wrongful act cannot have been involuntary in the relevant sense.

The requirement that the situation be urgent and the peril be imminent, tests whether it was indeed unavoidable for the actor to act at all. In LaFave & Scott, *Criminal Law* (1972), at p. 388, one reads:

> It is sometimes said that the defense of necessity does not apply except in an emergency—when the threatened harm is immediate, the threatened disaster imminent. Perhaps this is but a way of saying that, until the time comes when the threatened harm is immediate, there are generally options open to the defendant to avoid the harm, other than the option of disobeying the literal terms of the law—the rescue ship may appear, the storm may pass; and so the defendant must wait until that hope of survival disappears.

At a minimum the situation must be so emergent and the peril must be so pressing that normal human instincts cry out for action and make a counsel of patience unreasonable.

The requirement that compliance with the law be "demonstrably impossible" takes this assessment one step further. Given that the accused had to act, could he nevertheless realistically have acted to avoid the peril or prevent the harm, without breaking the law? *Was there a legal way*

Les contrôles et limites appropriés imposés au moyen de défense fondé sur la nécessité visent donc à assurer que les actes auxquels on demande d'appliquer le bénéfice de l'excuse sont vraiment «involontaires» au sens requis.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, j'ai exprimé l'avis que tout moyen de défense fondé sur la nécessité ne s'applique qu'aux cas de désobéissance «dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible». À mon avis, cette restriction vise directement le «caractère involontaire» de la conduite apparemment nécessaire, en fournissant un certain nombre de critères qui permettent de déterminer si l'acte mauvais était vraiment la seule réaction possible pour la personne en question ou si, en réalité, elle a fait ce qu'on pourrait à juste titre appeler un choix. Si elle a fait un choix, alors l'acte mauvais ne peut pas avoir été involontaire au sens pertinent.

L'exigence que la situation soit urgente et que le danger soit imminent permet de vérifier s'il était vraiment inévitable que la personne agisse. À la page 388 de l'ouvrage de LaFave & Scott intitulé *Criminal Law* (1972), on peut lire:

> [TRADUCTION] On dit parfois que le moyen de défense fondé sur la nécessité ne s'applique que dans les situations d'urgence—quand la menace de mal est immédiate, la menace de désastre imminente. Ce n'est peut-être qu'une autre manière de dire qu'avant que la menace de mal ne devienne immédiate, il y a généralement d'autres possibilités pour le défendeur d'éviter ce mal hormis celle de ne pas observer la lettre de la loi—le navire de sauvetage peut arriver, la tempête peut s'apaiser; et alors le défendeur doit attendre que tout espoir de survie disparaisse.

Au moins, la situation doit être à ce point urgente et le danger à ce point pressant qu'un être humain normal serait instinctivement forcé d'agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable.

L'exigence que l'obéissance à la loi soit «démonstrativement impossible» pousse cette appréciation un cran plus loin. Si l'accusé se devait d'agir, pouvait-il vraiment agir de manière à éviter le danger ou à prévenir le mal sans contrevenir à la loi? *Y avait-il moyen de s'en sortir légalement?* Je

out? I think this is what Bracton means when he lists "necessity" as a defence, providing the wrongful act was not "avoidable". The question to be asked is whether the agent had any real choice: could he have done otherwise? If there is a reasonable legal alternative to disobeying the law, then the decision to disobey becomes a voluntary one, impelled by some consideration beyond the dictates of "necessity" and human instincts.

The importance of this requirement that there be no reasonable legal alternative cannot be overstressed.

Even if the requirements for urgency and "no legal way out" are met, there is clearly a further consideration. There must be some way of assuring proportionality. No rational criminal justice system, no matter how humane or liberal, could excuse the infliction of a greater harm to allow the actor to avert a lesser evil. In such circumstances we expect the individual to bear the harm and refrain from acting illegally. If he cannot control himself we will not excuse him. According to Fletcher, this requirement is also related to the notion of voluntariness (at p. 804):

> ... if the gap between the harm done and the benefit accrued becomes too great, the act is more likely to appear voluntary and therefore inexcusable. For example, if the actor has to blow up a whole city in order to avoid the breaking of his finger, we might appropriately expect him to endure the harm to himself. His surrendering to the threat in this case violates our expectations of appropriate and normal resistance and pressure. Yet as we lower the degree of harm to others and increase the threatened harm to the person under duress we will reach a threshold at which, in the language of the Model Penal Code, "a person of reasonable firmness" would be "unable to resist". Determining this threshold is patently a matter of moral judgment about what we expect people to be able to resist in trying situations. A valuable aid in making that judgment is comparing the competing interests at stake and assessing the degree to which the actor inflicts harm beyond the benefit that accrues from his action.

crois que c'est ce que Bracton veut dire lorsqu'il mentionne la «nécessité» comme moyen de défense pourvu que l'acte mauvais n'ait pas été «évitable». Il faut se demander si l'auteur de l'acte avait réellement le choix: pouvait-il faire autrement? S'il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi, alors la décision de contrevenir à la loi est un acte volontaire, mu par quelque considération autre que les impératifs de la «nécessité» et de l'instinct humain.

On ne saurait trop insister sur cette exigence qu'il n'y ait pas d'autre solution légale et raisonnable possible.

Même si les exigences qu'il y ait urgence et absence de «moyen de s'en sortir légalement» sont remplies, il y a nettement une autre considération. Il doit y avoir un moyen quelconque d'assurer la proportionnalité. Aucun système raisonnable de justice criminelle, si libéral et humanitaire soit-il, ne pourrait excuser l'imposition d'un mal plus grand afin de permettre à l'auteur de l'acte d'éviter un moindre mal. Dans de telles circonstances, on s'attend à ce que la personne subisse le mal et s'abstienne d'agir illégalement. Si elle ne peut se contrôler, nous ne l'excuserons pas. Selon Fletcher, cette exigence se rattache aussi à la notion du caractère volontaire (à la p. 804):

> [TRADUCTION] ... si l'écart entre le mal causé et l'avantage tiré devient trop considérable, l'acte sera plus susceptible d'être considéré comme volontaire et donc inexcusable. Par exemple, si la personne doit détruire une ville entière afin d'éviter de se briser un doigt, on s'attendrait à juste titre à ce qu'elle subisse le mal elle-même. Céder à la menace dans un tel cas ne correspond pas à la résistance normale et ordinaire aux pressions à laquelle on s'attendrait. Néanmoins, à mesure que diminue le mal fait aux autres et qu'augmente la menace de mal pour la personne soumise à la contrainte, on en vient à un seuil où, selon les termes du Model Penal Code, «une personne ayant une force de caractère raisonnable» serait «incapable de résister». La détermination de ce seuil relève manifestement d'une appréciation morale de ce à quoi on s'attend qu'une personne puisse résister dans des situations difficiles. Un moyen utile d'effectuer cette appréciation consiste à comparer les intérêts opposés qui sont en jeu et à évaluer la mesure dans laquelle le mal causé par une personne dépasse l'avantage qui découle de son acte.

I would therefore add to the preceding requirements a stipulation of proportionality expressable, as it was in *Morgentaler*, by the proviso that the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided.

d) *Illegality or Contributory Fault*

The Crown submits that there is an additional limitation on the availability of the defence of necessity. Citing *R. v. Salvador*, *supra*, it argues that because the appellants were committing a crime when their necessitous circumstances arose, they should be denied the defence of necessity as a matter of law.

In *Salvador*, Jones J.A. thought it highly relevant that the accused were engaged in an illegal venture when they were forced ashore. He would have denied the necessity defence in such circumstances. At page 528, he said:

> Should the appellants who embarked on an illegal venture be now heard to plead necessity when it was the venture which eventually gave rise to that necessity? One who undertakes an ocean voyage in a 56-foot yacht loaded to the gunnels with narcotics could scarcely be surprised at getting into difficulties at sea or eventually running afoul of the law. To put things in perspective, this was a voyage by a band of conspirators with a cargo of contraband having every intention of violating the law of nations from the outset. It is clear from their evidence that they were employed for that purpose. I fail to see how any self-respecting nation, as a signatory to the Convention on Narcotic Drugs, could countenance the defence of necessity or distress in such circumstances.

Macdonald J.A. (Cooper and Hart JJ.A. concurring) said, in agreement, after holding that the necessity defence was not available because compliance with the law was not demonstrably impossible (at p. 545):

> Finally I have grave reservations whether the defence of necessity has any application to the circumstances of this case. I entertain such reservation primarily because the appellants were actively engaged in the commission of a joint criminal venture when the circumstances arose

J'ajouterais donc aux exigences précédentes une disposition de proportionnalité exprimable, comme dans l'arrêt *Morgentaler*, par la réserve que le mal causé soit moindre que celui qu'on cherche à éviter.

d) *Illégalité ou faute contributive*

Sa Majesté soutient qu'il y a une autre restriction à la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. Citant l'arrêt *R. v. Salvador*, précité, elle fait valoir que, parce que les appelants commettaient un crime quand l'état de nécessité est survenu, il faut leur refuser de plein droit le moyen de défense fondé sur la nécessité.

Dans l'arrêt *Salvador*, le juge Jones de la Cour d'appel a estimé très important le fait que les accusés étaient engagés dans une entreprise illégale lorsqu'ils ont été forcés d'accoster. Il aurait refusé le moyen de défense fondé sur la nécessité dans ces circonstances. Il affirme, à la p. 528:

> [TRADUCTION] Devrait-on maintenant permettre aux appelants, qui se sont engagés dans une entreprise illégale, d'invoquer la nécessité alors que c'est cette entreprise qui a finalement donné lieu à cette nécessité? Celui qui entreprend un voyage en mer dans un yacht de 56 pieds bourré de stupéfiants jusqu'aux plats-bords peut difficilement s'étonner de rencontrer des difficultés en mer ou même de s'attirer les foudres de la loi. Pour situer les choses dans leur contexte, il s'agit du voyage d'un groupe de conspirateurs qui transportaient une cargaison de contrebande et qui, dès le départ, avaient parfaitement l'intention de violer le droit international. Il est manifeste, d'après leurs dépositions, qu'ils ont été embauchés à cette fin. Je ne vois pas comment un pays qui se respecte peut, à titre de signataire de la Convention sur les stupéfiants, autoriser le moyen de défense fondé sur la nécessité ou la détresse dans ces circonstances.

Le juge Macdonald de la Cour d'appel (à l'avis duquel les juges Cooper et Hart souscrivent) s'accorde pour affirmer, après avoir statué que le moyen de défense fondé sur la nécessité ne pouvait être invoqué parce que l'obéissance à la loi n'était pas démonstrativement impossible (à la p. 545):

> [TRADUCTION] Enfin, je doute sérieusement que le moyen de défense fondé sur la nécessité puisse s'appliquer aux circonstances de l'espèce. J'ai ces doutes principalement parce que les appelants étaient activement engagés dans la réalisation d'une entreprise criminelle

that they contend gave rise to, or supported, the defence of necessity.

Were it indeed accurate that the fact of doing something illegal when the necessitous circumstances arise will deny one the benefit of the necessity defence, I would nevertheless doubt that this principle would be relevant to the present case. The accused here (as incidentally was also apparently the case in *Salvador*) were not doing anything illegal under Canadian law when the necessity arose. They were on the high seas. They were conspiring to import marihuana into the United States, not Canada. If such a limitation on the necessity defence were to be formulated, in my view, the accused should, at a minimum, be violating some law of the forum, not just the law of a foreign state.

In any event, I have considerable doubt as to the cogency of such a limitation. If the conduct in which an accused was engaging at the time the peril arose was illegal, then it should clearly be punished, but I fail to see the relevance of its illegal character to the question of whether the accused's subsequent conduct in dealing with this emergent peril ought to be excused on the basis of necessity. At most the illegality—or if one adopts Jones J.A.'s approach, the immorality—of the preceding conduct will colour the subsequent conduct in response to the emergency as also wrongful. But that wrongfulness is never in any doubt. Necessity goes to *excuse* conduct, not to *justify* it. Where it is found to apply it carries with it no implicit vindication of the deed to which it attaches. That cannot be over-emphasized. Were the defence of necessity to succeed in the present case, it would not in any way amount to a vindication of importing controlled substances nor to a critique of the law prohibiting such importation. It would also have nothing to say about the comparative social utility of breaking the law against importing as compared to obeying the law. The question, as I have said, is never whether what the accused has done is wrongful. It is always and by definition, wrongful. The question is whether what he has done is voluntary. Except in the limited

conjointe quand sont survenues les circonstances qui, prétendent-ils, donnent lieu au moyen de défense fondé sur la nécessité ou le justifient.

Même s'il était exact que l'accomplissement d'un acte illégal au moment où survient l'état de nécessité empêche quelqu'un de profiter du moyen de défense fondé sur la nécessité, je ne suis cependant pas certain que ce principe s'appliquerait à l'espèce. Les accusés en l'espèce (comme, soit dit en passant, c'était apparemment le cas dans l'affaire *Salvador*) ne faisaient rien d'illégal en vertu du droit canadien lorsque l'état de nécessité est survenu. Ils étaient en haute mer. Ils complotaient en vue d'importer de la marihuana aux États-Unis et non au Canada. S'il y avait lieu d'imposer une telle restriction au moyen de défense fondé sur la nécessité, j'estime que les accusés devraient à tout le moins avoir enfreint une loi intérieure et non seulement la loi d'un pays étranger.

De toute façon, je doute fortement de la pertinence d'une telle restriction. Si la conduite d'un accusé au moment où le danger est survenu était illégale, il y a manifestement lieu de le punir, mais je ne vois pas de lien entre le caractère illégal de cette conduite et la question de savoir si la conduite adoptée subséquemment par l'accusé pour faire face à ce danger imminent devrait être excusée pour cause de nécessité. Tout au plus l'illégalité—ou l'immoralité si on adopte la façon du juge Jones d'aborder la question—de la conduite précédente de l'accusé rend-elle mauvaise la conduite qu'il a subséquemment adoptée pour faire face à la situation d'urgence. Toutefois, ce caractère mauvais n'est jamais mis en doute. La nécessité a pour effet d'*excuser* la conduite, et non de la *justifier*. Lorsqu'on décide qu'elle s'applique, elle ne comporte aucune justification implicite de l'acte auquel elle a trait. On ne saurait trop insister sur ce point. Si jamais le moyen de défense fondé sur la nécessité était accepté en l'espèce, cela ne reviendrait absolument pas à justifier l'importation de substances contrôlées ni à critiquer la loi interdisant une telle importation. Cela ne voudrait rien dire non plus quant à l'utilité sociale relative de l'inobservation de la loi interdisant cette importation par rapport à son observation. Comme je l'ai dit, il ne s'agit jamais de savoir si ce que l'accusé a

sense I intend to discuss below, I do not see the relevance of the legality or even the morality of what the accused was doing at the time the emergency arose to this question of the voluntariness of the subsequent conduct.

In *Salvador*, Jones J.A. cited sources in support of his view that illegal conduct should act as a bar to the necessity defence. These sources do not support that view but do support a closely related notion—that if the accused's own "fault" (including negligence or recklessness) is responsible for the events giving rise to the necessity, he may not rely on the necessity defence.

This limitation has found expression in several American state statutes codifying the necessity defence, such as those of New York and Illinois and has been adopted by the United States National Commission on Reform of Federal Criminal Laws which recommended that the defence apply only "where the situation developed through no fault of the actor". A parallel is sometimes drawn between such a limitation and the restrictions placed on the availability of the largely analogous defence of duress. See, *e.g.*, A. J. Ashworth, "Reason, Logic and Criminal Liability", (1975) 91 L.Q.R. 102 at p. 106.

In my view the accused's fault in bringing about the situation later invoked to excuse his conduct *can* be relevant to the availability of the defence of necessity, but not in the sweeping way suggested by some of the commentators and in some of the statutory formulations. Insofar as the accused's "fault" reflects on the moral quality of the action taken to meet the emergency, it is irrelevant to the issue of the availability of the defence on the same basis as the illegality or immorality of the actions preceding the emergency are irrelevant. If this fault is capable of attracting criminal or civil liability in its own right, the culprit should be

fait est mauvais. Cet acte est toujours et par définition mauvais. La question est de savoir si l'acte qu'il a accompli est volontaire. Sauf dans le sens limité dont je traiterai plus loin, je ne vois pas l'importance que peut avoir sur cette question du caractère volontaire de la conduite subséquente la légalité ou la moralité de ce que l'accusé faisait au moment où la situation d'urgence est survenue.

Dans l'arrêt *Salvador*, le juge Jones de la Cour d'appel a cité des sources qui étayent son point de vue qu'une conduite illégale devrait empêcher d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. Ces sources étayent non pas ce point de vue, mais plutôt une notion apparentée—celle portant que si la propre «faute» de l'accusé (y compris sa négligence ou son insouciance) est à la source des événements qui ont donné lieu à la nécessité, il ne peut invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité.

Cette restriction est exprimée dans les lois de plusieurs États américains, comme celles des États de New York et de l'Illinois, où se trouve codifié le moyen de défense fondé sur la nécessité, et elle a été adoptée par la United States National Commission on Reform of Federal Criminal Laws qui recommande que le moyen de défense ne s'applique que [TRADUCTION] «lorsque la situation n'est due à aucune faute de la part de l'auteur de l'acte». On compare parfois cette restriction à celles imposées à la possibilité d'invoquer le moyen de défense très semblable fondé sur la contrainte. Voir, par exemple, A.J. Ashworth, «Reason, Logic and Criminal Liability», (1975) 91 L.Q.R. 102, à la p. 106.

À mon avis, la faute de l'accusé qui occasionne la situation que celui-ci invoque par la suite pour justifier sa conduite *peut* avoir de l'importance quant à la possibilité de recourir au moyen de défense fondé sur la nécessité, mais non de la façon générale suggérée par certains glossateurs et dans certaines formulations législatives. Dans la mesure où la «faute» de l'accusé a un effet sur la qualité morale de l'acte accompli pour faire face à la situation d'urgence, elle est sans importance quant à la question de la possibilité d'invoquer le moyen de défense tout comme le sont l'illégalité ou l'immoralité des actes qui ont précédé la situation

appropriately sanctioned. I see no basis, however, for "transferring" such liability to the actions taken in response to the emergency, especially where to do so would result in attaching criminal consequences on the basis of negligence to actions which would otherwise be excused.

In my view the better approach to the relationship of fault to the availability of necessity as a defence is based once again on the question of whether the actions sought to be excused were truly "involuntary". If the necessitous situation was clearly foreseeable to a reasonable observer, if the actor contemplated or ought to have contemplated that his actions would likely give rise to an emergency requiring the breaking of the law, then I doubt whether what confronted the accused was in the relevant sense an emergency. His response was in that sense not "involuntary". "Contributory fault" of this nature, but only of this nature, is a relevant consideration to the availability of the defence.

It is on this point that the analogy to duress is especially enlightening. Section 17 of the *Criminal Code* provides:

> **17.** A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if he believes that the threats will be carried out and if he is not a party to a conspiracy or association whereby he is subject to compulsion . . .

(Emphasis added.)

The rationale for the proviso making the defence unavailable to a member of a criminal conspiracy or association, is the same as that articulated with regard to the common law defence of duress by Lord Morris of Borth-y-Gest in *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653 at p. 670:

d'urgence. Si cette faute peut en soi entraîner une responsabilité criminelle ou civile, le coupable doit être puni en conséquence. Je ne vois cependant aucun motif d'appliquer cette responsabilité aux actes accomplis pour faire face à la situation d'urgence, plus particulièrement si cela avait pour effet d'attribuer, pour cause de négligence, des conséquences criminelles à des actes qui autrement seraient excusés.

À mon avis, la meilleure façon d'aborder le lien entre la faute et la possibilité d'invoquer la nécessité comme moyen de défense est celle qui consiste encore une fois à se demander si les actes qu'on demande d'excuser ont été vraiment «involontaires». Si l'état de nécessité était clairement prévisible par un observateur raisonnable, si l'auteur a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d'urgence qui exigerait la perpétration d'une infraction à la loi, alors je doute que ce à quoi l'accusé a fait face ait été une situation d'urgence au sens pertinent. Sa réaction n'a pas, dans ce sens, été «involontaire». Une «faute contributive» de cette nature, mais de cette nature seulement, est une considération pertinente quant à la possibilité d'invoquer le moyen de défense.

C'est sur ce point que l'analogie avec la contrainte est particulièrement révélatrice. L'article 17 du *Code criminel* dispose:

> **17.** Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle n'est partie à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte . . .

(C'est moi qui souligne.)

La raison d'être de la réserve qui empêche une partie à un complot ou à une association criminels d'invoquer ce moyen de défense est la même que celle énoncée, quant au moyen de défense de *common law* fondé sur la contrainte, par lord Morris of Borth-y-Gest dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653, à la p. 670:

In posing the case where someone is 'really' threatened I use the word 'really' in order to emphasise that duress must never be allowed to be the easy answer of those . . . who readily could have avoided the dominance of threats nor of those who allow themselves to be at the disposal and under the sway of some gangster-tyrant.

[TRADUCTION] En citant le cas où quelqu'un est «réellement» menacé, j'emploie le mot «réellement» pour insister sur le fait qu'il ne faut jamais permettre que la contrainte constitue une réponse facile pour ceux . . . qui auraient pu sans difficulté éviter de se soumettre à des menaces ou ceux qui se placent d'eux-mêmes à la disposition et sous l'emprise de quelque malfaiteur despotique.

If section 17 and the comments of Lord Morris of Borth-y-Gest embody a notion of "contributory fault" it is not *per se* on account of the accused's participation in criminal or immoral activity at the time he became subject to threats, nor on account of any simple negligence on his part, but rather on account of the clear foreseeability of his becoming subject to such threats and domination and the consequent conclusion that he was not "really" threatened.

Si l'article 17 et les observations de lord Morris of Borth-y-Gest comportent une notion de «faute contributive», ce n'est pas en soi à cause de la participation de l'accusé à l'activité criminelle ou immorale au moment où il a fait l'objet de menaces, ni à cause d'une simple négligence de sa part, mais plutôt à cause de la nette prévisibilité du fait qu'il serait assujetti à de telles menaces et à une telle emprise et à cause de la conclusion qui en découle qu'il n'était pas «réellement» menacé.

In my view the same test is applicable to necessity. If the accused's "fault" consists of actions whose clear consequences were in the situation that actually ensued, then he was not "really" confronted with an emergency which compelled him to commit the unlawful act he now seeks to have excused. In such situations the defence is unavailable. Mere negligence, however, or the simple fact that he was engaged in illegal or immoral conduct when the emergency arose will not disentitle an individual to rely on the defence of necessity.

À mon sens, le même critère s'applique à la nécessité. Si la «faute» de l'accusé consiste en des actes dont les conséquences manifestes étaient la situation qui s'en est véritablement suivie, alors l'accusé n'a pas «réellement» fait face à une situation d'urgence qui l'a obligé à commettre l'acte illégal qu'il demande maintenant d'excuser. Dans ces situations, ce moyen de défense ne peut être invoqué. La simple négligence, cependant, ou le simple fait qu'elle agissait de manière illégale ou immorale lorsque la situation d'urgence s'est présentée n'empêche pas une personne d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité.

e) *Onus of Proof*

e) *Fardeau de la preuve*

Although necessity is spoken of as a defence, in the sense that it is raised by the accused, the Crown always bears the burden of proving a voluntary act. The prosecution must prove every element of the crime charged. One such element is the voluntariness of the act. Normally, voluntariness can be presumed, but if the accused places before the Court, through his own witnesses or through cross-examination of Crown witnesses, evidence sufficient to raise an issue that the situation created by external forces was so emergent that failure to act could endanger life or health and upon any reasonable view of the facts, compliance with the law was impossible, then the Crown

Bien que la nécessité soit désignée comme un moyen de défense en ce sens que c'est l'accusé qui l'invoque, il incombe toujours à la poursuite de faire la preuve d'un acte volontaire. La poursuite doit prouver chacun des éléments du crime imputé. Un de ces éléments est le caractère volontaire de l'acte. Normalement, le caractère volontaire peut se présumer, mais si l'accusé soumet à la cour, au moyen de ses propres témoins ou d'un contre-interrogatoire des témoins de la poursuite, des éléments de preuve suffisants pour soulever un doute que la situation engendrée par des forces extérieures était à ce point urgente que l'omission d'agir pouvait mettre en danger la vie ou la santé de quelqu'un et

must be prepared to meet that issue. There is no onus of proof on the accused.

The Crown argues, however, that s. 7(2) of the *Narcotic Control Act* shifts the burden of persuasion to the accused.

Section 7(2) provides:

7. (1) ...

(2) In any prosecution under this Act the burden of proving that an exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law operates in favour of the accused is on the accused, and the prosecutor is not required, except by way of rebuttal, to prove that the exception, exemption, excuse or qualification does not operate in favour of the accused, whether or not it is set out in the information or indictment.

The Crown contends that the defence of necessity is an "exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law". I find no merit in this contention.

The *Narcotic Control Act* provides for several statutory exceptions to its broad prohibitions against importation, sale, manufacture, and possession. The offences created by the Act are generally subject to the proviso that the accused not have been acting under the authority of the Act or the regulations thereunder. See sections 3(1) (possession), 5(1) (importation), 6(1) (cultivation). Section 12 of the Act implements this scheme by providing for a set of regulations governing the issuance of licences for, *inter alia*, the importation, sale, manufacture, or possession of narcotics. One who sells, imports, manufactures or possesses narcotics pursuant to such authority does not commit an offence.

It seems clear that it is to these statutory exceptions that s. 7(2) refers, and not to common law defences such as necessity. One who wishes to plead the possession of a licence or other lawful authority in response to a charge of importation bears, under s. 7(2), the burden of persuading the trier of fact that such licence exists. One who pleads necessity bears no such burden. Section

que, suivant une analyse raisonnable des faits, il était impossible d'observer la loi, alors la poursuite se doit d'écarter ce doute. Le fardeau de la preuve ne repose pas sur l'accusé.

Sa Majesté soutient cependant que le par. 7(2) de la *Loi sur les stupéfiants* transfère à l'accusé l'obligation de convaincre.

Le paragraphe 7(2) est ainsi conçu:

7. (1) ...

(2) Dans toutes poursuites sous le régime de la présente loi, il incombe à l'accusé de prouver qu'une exception, une exemption, une excuse ou une réserve, que prescrit la loi, jouent en sa faveur et le poursuivant n'est pas tenu, sauf à titre de réfutation, de prouver que l'exception, l'exemption, l'excuse ou la réserve ne jouent pas en faveur de l'accusé, qu'elles aient été ou non énoncées dans la dénonciation ou l'acte d'accusation.

Sa Majesté prétend que le moyen de défense fondé sur la nécessité est «une exception, une exemption, une excuse ou une réserve, que prescrit la loi». À mon avis, cet argument n'est pas fondé.

La *Loi sur les stupéfiants* prescrit plusieurs exceptions à l'interdiction générale d'importer, de vendre, de fabriquer ou d'avoir en sa possession des stupéfiants. Les infractions créées par la Loi sont généralement assujetties à la réserve que l'accusé ne doit pas avoir agi sous le régime de la Loi ou de ses règlements d'application. Voir les par. 3(1) (possession), 5(1) (importation) et 6(1) (culture). L'article 12 de la Loi met en application ce régime en prévoyant l'adoption d'un ensemble de règlements régissant la délivrance de permis, notamment, d'importation, de vente, de fabrication ou de possession de stupéfiants. Quiconque vend, importe, fabrique ou a en sa possession des stupéfiants conformément à une telle autorisation ne commet aucune infraction.

Il semble clair que c'est à ces exceptions prévues par la Loi que renvoie le par. 7(2) et non à un moyen de défense de *common law* comme celui fondé sur la nécessité. Celui qui veut invoquer le fait qu'il détient un permis ou une autre autorisation légale à l'encontre d'une accusation d'importation a l'obligation, en vertu du par. 7(2) de convaincre le juge des faits qu'un tel permis existe.

7(2) does not place a persuasive burden as to the defence of necessity on the accused.

f) *Preliminary Conclusions as to the Defence of Necessity*

It is now possible to summarize a number of conclusions as to the defence of necessity in terms of its nature, basis and limitations: (1) the defence of necessity could be conceptualized as either a justification or an excuse; (2) it should be recognized in Canada as an excuse, operating by virtue of s. 7(3) of the *Criminal Code*; (3) necessity as an excuse implies no vindication of the deeds of the actor; (4) the criterion is the moral involuntariness of the wrongful action; (5) this involuntariness is measured on the basis of society's expectation of appropriate and normal resistance to pressure; (6) negligence or involvement in criminal or immoral activity does not disentitle the actor to the excuse of necessity; (7) actions or circumstances which indicate that the wrongful deed was not truly involuntary do disentitle; (8) the existence of a reasonable legal alternative similarly disentitles; to be involuntary the act must be inevitable, unavoidable and afford no reasonable opportunity for an alternative course of action that does not involve a breach of the law; (9) the defence only applies in circumstances of imminent risk where the action was taken to avoid a direct and immediate peril; (10) where the accused places before the Court sufficient evidence to raise the issue, the onus is on the Crown to meet it beyond a reasonable doubt.

g) *The Judge's Charge*

The trial judge concluded that there was before him an adequate body of evidence to raise the issue of necessity and proceeded to direct the jury with respect to the defence. As I have earlier indicated, the Crown disputes whether the defence was open to the accused in the circumstances of

Celui qui invoque la nécessité n'a pas cette obligation. Le paragraphe 7(2) n'impose à l'accusé aucune obligation de convaincre pour ce qui est du moyen de défense fondé sur la nécessité.

f) *Conclusions préliminaires quant au moyen de défense fondé sur la nécessité*

Il est maintenant possible de résumer un certain nombre de conclusions quant au moyen de défense fondé sur la nécessité relativement à sa nature, à son fondement et à ses limites: (1) le moyen de défense fondé sur la nécessité peut être considéré soit comme une justification soit comme une excuse; (2) il faut le considérer au Canada comme une excuse applicable en vertu du par. 7(3) du *Code criminel*; (3) la nécessité en tant qu'excuse ne comporte aucune justification des actes de la personne en question; (4) le critère applicable est le caractère involontaire, du point de vue moral, de l'acte mauvais; (5) ce caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression; (6) la négligence ou la participation à une activité criminelle ou immorale n'empêche pas l'auteur de l'acte d'invoquer l'excuse de nécessité; (7) des actes ou des circonstances qui montrent que l'acte mauvais n'était pas vraiment involontaire ont pour effet d'écarter ce moyen de défense; (8) l'existence d'une autre solution raisonnable et légale a aussi pour effet d'écarter ce moyen de défense; pour être involontaire, l'acte doit être inévitable et n'offrir aucune possibilité raisonnable d'adopter une autre ligne de conduite qui ne comporte pas d'infraction à la loi; (9) ce moyen de défense ne s'applique qu'à une situation de danger imminent où on a agi afin d'éviter un péril imminent et immédiat; (10) si l'accusé fournit à la cour suffisamment d'éléments de preuve pour soulever la question, il incombe à la poursuite de contredire cette preuve hors de tout doute raisonnable.

g) *L'exposé du juge au jury*

Le juge du procès a conclu qu'on lui avait soumis suffisamment d'éléments de preuve pour soulever le moyen de défense fondé sur la nécessité et a donné au jury des directives quant à ce moyen de défense. Comme je l'ai déjà mentionné, Sa Majesté conteste que les accusés puissent invoquer

the case and submits further that if it was in fact available, the trial judge erred in his direction.

In my view the trial judge was correct in concluding that on the evidence before him he should instruct the jury with regard to necessity. There was evidence before him from which a jury might conclude that the accused's actions in coming ashore with their cargo of cannabis were aimed at self-preservation in response to an overwhelming emergency. I have already indicated that in my view they were not engaged in conduct that was illegal under Canadian criminal law at the time the emergency arose, and that even if they were, that fact alone would not disentitle them to raise the defence. The question then becomes whether the trial judge erred in charging the jury in the terms that he did.

The summary of conclusions with regard to necessity in the foregoing section indicates that for the defence to succeed, an accused's actions must be, in the relevant sense, an "involuntary" response to an imminent and overwhelming peril. The defence cannot succeed if the response was disproportional to the peril or if it was not "involuntary" in the sense that the emergency was not "real" or not imminent or that there was a reasonable alternative response that was not illegal.

In the course of his charge on the issue of necessity the trial judge instructed the jury, using the specific words that appear in *Morgentaler*, to the effect that they must find facts which amount to an "urgent situation of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible" in order for the appellants' non-compliance with the law against importation and possession of cannabis to be excused. That is the correct test. It is, with respect, however, my view that in explaining the meaning and application of this test, the trial judge fell into error.

ce moyen de défense dans les circonstances de l'espèce et soutient de plus que même s'ils le pouvaient, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives.

À mon avis, le juge du procès a eu raison de conclure que, compte tenu des éléments de preuve qui lui étaient soumis, il devait donner au jury des directives quant au moyen de défense fondé sur la nécessité. On lui avait soumis des éléments de preuve qui pouvaient permettre à un jury de conclure que les actes accomplis par les accusés en accostant avec leur cargaison de cannabis visaient à assurer leur propre conservation face à une situation d'urgence incontrôlable. J'ai déjà souligné qu'à mon sens leur conduite, au moment où est survenue la situation d'urgence, n'était pas illégale en vertu du droit criminel canadien et que même si elle l'avait été, ce fait à lui seul ne les empêcherait pas de soulever le moyen de défense. Il faut alors se demander si le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury les directives qu'il lui a données.

Le résumé des conclusions quant au moyen de défense fondé sur la nécessité, dans la section précédente, indique que pour que le moyen de défense soit accepté, les actes des accusés doivent constituer, au sens pertinent, une réaction «involontaire» face à un danger immédiat et incontrôlable. Le moyen de défense n'est pas acceptable si la réaction était disproportionnée au danger ou si elle n'était pas «involontaire» en ce sens que l'urgence n'était pas «véritable» ou imminente ou s'il y avait une autre réaction possible qui soit raisonnable et légale.

Dans ses directives sur le moyen de défense fondé sur la nécessité, le juge du procès a déclaré au jury, en reprenant exactement les mots utilisés dans l'arrêt *Morgentaler*, qu'il devait conclure à l'existence de faits équivalant à une «situation urgente de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible» pour que la contravention des appelants à la loi qui interdit l'importation et la possession de cannabis puisse être excusée. C'est là le critère applicable. Avec égards cependant, j'estime qu'en expliquant le sens et l'application de ce critère, le juge du procès a commis une erreur.

The trial judge was obliged, in my opinion, to direct the jury's attention to a number of issues pertinent to the test for necessity. Was the emergency a real one? Did it constitute an immediate threat of the harm purportedly feared? Was the response proportionate? In comparing this response to the danger that motivated it, was the danger one that society would reasonably expect the average person to withstand? Was there any reasonable legal alternative to the illegal response open to the accused? Although the trial judge did not explicitly pose each and every one of these questions in my view his charge was adequate to bring the considerations underlying them to the jury's attention on every issue except the last one, the question of a reasonable alternative.

This issue was the determining obstacle to the success of the defence of necessity in a number of the cases referred to earlier, including *Gilkes*, *Doud*, *Byng* and for the present case most notably, because of the similarity of its factual basis, *Salvador*. Indeed in most cases where the defence is raised this consideration will almost certainly be the most important one.

In his charge, the trial judge did not advert to this requirement. He did tell the jury that they must find facts capable of showing that "compliance with the law [was] demonstrably impossible . . . " but on his recharge he put before the jury a significantly different test. The test, he said, is:

> . . . can you find facts from this evidence, and that means all the evidence, of course, that the situation of the Samarkanda at sea was so appallingly dire and dangerous to life that a reasonable doubt arises as to whether or not their decision was justified?

And again, at the conclusion of the recharge:

> There is no need for the evidence to show you that a certainty of death would result unless the action complained of by the Crown was taken. It doesn't go so far as that. You have to look at it as reasonable people and

Le juge du procès était tenu, à mon avis, d'attirer l'attention du jury sur un certain nombre de questions relatives au critère de la nécessité. Y avait-il réellement une situation d'urgence? Constituait-elle une menace immédiate du mal qu'on prétendait redouter? La réaction était-elle proportionnée? Si on compare cette réaction au danger qui l'a motivée, ce danger en était-il un auquel la société s'attend raisonnablement à voir une personne ordinaire résister? S'offrait-il aux accusés une solution légale et raisonnable autre que la réaction illégale? Bien que le juge du procès n'ait pas posé explicitement chacune de ces questions, j'estime que ses directives étaient suffisantes pour porter à l'attention du jury les considérations qui les sous-tendent, sauf pour ce qui est de la dernière, savoir la question de la solution de rechange raisonnable.

Cette question a été l'obstacle déterminant à l'acceptation du moyen de défense fondé sur la nécessité dans un bon nombre d'affaires mentionnées précédemment, dont *Gilkes*, *Doud*, *Byng* et l'affaire *Salvador* qui nous intéresse plus particulièrement en raison de la similitude de ses faits avec ceux de la présente espèce. En réalité, dans la plupart des cas où le moyen de défense est soulevé, cette considération est certainement la plus importante.

Dans ses directives, le juge du procès n'a pas mentionné cette exigence. Il a dit aux jurés qu'ils devaient conclure à l'existence de faits qui peuvent démontrer que «l'obéissance à la loi [était] démonstrativement impossible . . . », mais dans ses nouvelles directives il a présenté au jury un critère sensiblement différent. Le critère, a-t-il dit, est le suivant:

> [TRADUCTION] . . . pouvez-vous conclure d'après ces témoignages, et par là j'entends l'ensemble des témoignages bien sûr, que la situation du Samarkanda en mer était à ce point terrible et dangereuse qu'il existe un doute raisonnable quant à savoir si leur décision était justifiée?

Et de nouveau, à la fin de ses nouvelles directives:

> [TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que la preuve vous convainque que la mort aurait été la conséquence certaine si l'acte reproché par la poursuite n'avait pas été accompli. Les choses ne vont pas aussi loin. Vous devez

decide on any reasonable view of the matter, would these people have been justified in doing what they did? That is all that necessity means.

Both of these passages imply that the crucial consideration was whether the accused acted reasonably in coming into shore with their load of cannabis rather than facing death at sea. That is not sufficient as a test. Even if it does deal with the reality of the peril, its imminence and the proportionality of putting into shore, it does not deal at all with the question of whether there existed any other reasonable responses to the peril that were not illegal. Indeed, aside from the initial repetition of the *Morgentaler* formula, the trial judge did not advert to this consideration at all, nor did he direct the jury's attention to the relevance of evidence indicating the possibility of such alternative courses of action. In these respects I believe he erred in law. He did not properly put the question of a "legal way out" before the jury.

In my view this was a serious error and omission going to the heart of the defence of necessity. The error justifies a new trial.

III The Botanical Defence

The *Narcotic Control Act*, s. 2, defines cannabis (marihuana) as "*Cannabis sativa* L." At trial, the appellants presented expert testimony to the effect that there are three species of cannabis—*Cannabis sativa* L., *Cannabis indica* Lam., and *Cannabis ruderalis* Jan. The Crown countered with expert testimony that there is only one species of cannabis—the prohibited *Cannabis sativa* L.

The divergence in views among botanists is of recent origin. Before 1970, there were isolated references in the literature to *Cannabis indica* (Lamarck 1785) and *Cannabis ruderalis* (Janischevsky 1924) but the prevailing botanical view

considérer la situation comme des personnes raisonnables et décider, de façon raisonnable, si ces personnes étaient justifiées de faire ce qu'elles ont fait. C'est là tout ce que le terme nécessité veut dire.

Ces deux passages donnent à entendre que la considération cruciale était de savoir si les accusés ont agi raisonnablement en venant à terre avec leur chargement de cannabis plutôt que de faire face à la mort en mer. Ce n'est pas un critère suffisant. Même s'il tient compte de la réalité du danger, de son imminence et de sa proportionnalité avec le fait de revenir à terre, il ne tient pas du tout compte de la question de savoir s'il existait, face au danger, quelque autre réaction raisonnable qui n'aurait pas été illégale. En réalité, à part la répétition initiale de la formule de l'arrêt *Morgentaler*, le juge du procès n'a absolument pas mentionné cette considération, ni attiré l'attention du jury sur la pertinence d'éléments de preuve qui indiqueraient la possibilité d'adopter une autre ligne de conduite. À cet égard, je crois qu'il a commis une erreur de droit. Il n'a pas bien présenté au jury la question du «moyen de s'en sortir légalement».

À mon avis, il s'agit là d'une erreur et d'une omission graves qui touchent le coeur même du moyen de défense fondé sur la nécessité. Cette erreur justifie la tenue d'un nouveau procès.

III Le moyen de défense fondé sur la classification botanique

À l'article 2 de la *Loi sur les stupéfiants*, le cannabis (marihuana) est défini comme le «*Cannabis sativa* L.». Au procès, les appelants ont soumis des témoignages d'experts selon lesquels il y a trois espèces de cannabis—le *Cannabis sativa* L., le *Cannabis indica* Lam. et le *Cannabis ruderalis* Jan. La poursuite a contredit ces témoignages par d'autres témoignages d'experts portant qu'il n'existe qu'une seule espèce de cannabis—le *Cannabis sativa* L. interdit.

Cette divergence d'opinions chez les botanistes est récente. Avant 1970, on mentionnait parfois dans les écrits scientifiques le *Cannabis indica* (Lamarck 1785) et le *Cannabis ruderalis* (Janischevsky 1924), mais l'opinion prédominante des

was that marihuana was monotypic and consisted only of *Cannabis sativa* L.

It was proven at trial that the *Samarkanda*'s cargo was marihuana but it was not proven that it was *Cannabis sativa* L., as opposed to *Cannabis indica* Lam. or *Cannabis ruderalis* Jan. The laboratory tests performed by the Crown were not designed to distinguish among the three purported species, the Crown's experts being of the view that all marihuana was *Cannabis sativa* L. Counsel for the accused asked the trial judge to put the question whether marihuana was monotypic or polytypic to the jury, with an instruction that if they found there were three species of cannabis and the Crown had not proven that the cannabis in the possession of the appellants was the prohibited species, they should find the appellants not guilty.

The trial judge agreed with the accused that the taxonomic question was one of fact but ruled that its resolution was unnecessary because Parliament, when it used the term *Cannabis sativa* L. in the *Narcotic Control Act*, meant to embrace all marihuana. In his view, since all marihuana was prohibited by the Act, it was irrelevant whether the plant was botanically polytypic or monotypic. He declined to put the accused's "botanical defence" to the jury.

The appellants contend that the trial judge erred in ruling as a matter of law that the term "*Cannabis sativa* L." in the *Narcotic Control Act* embraces all marihuana. They rely principally on the rule of statutory construction that technical terms in statutes should be given their technical meaning.

It is clear that the Latin phrase "*Cannabis sativa* L." is a technical term. Botanical nomenclature is governed by an internationally accepted set of regulations which provide that Latin is the official language of botany. Pursuant to the *Code of Botanical Nomenclature*, plant species are assigned a Latin binomial with the name of the

botanistes était qu'il n'y avait qu'une seule espèce de marihuana, savoir le *Cannabis sativa* L.

Il a été établi au procès que la cargaison du *Samarkanda* était de la marihuana, mais il n'a pas été prouvé qu'il s'agissait de *Cannabis sativa* L. plutôt que de *Cannabis indica* Lam. ou de *Cannabis ruderalis* Jan. Les analyses en laboratoire faites par la poursuite ne visaient pas à faire la distinction entre ces trois prétendues espèces, les experts de la poursuite étant d'avis que toute marihuana est du *Cannabis sativa* L. Les avocats des accusés ont demandé au juge du procès de soumettre au jury la question de savoir s'il existe une seule ou plusieurs espèces de marihuana, et de lui préciser que s'il concluait qu'il y a trois espèces de cannabis et que la poursuite n'a pas établi que le cannabis qui se trouvait en la possession des appelants était de l'espèce interdite, il devait acquitter les appelants.

Le juge du procès s'est dit d'accord avec les accusés que la question de taxinomie était une question de fait, mais il a statué qu'il n'était pas nécessaire de la résoudre puisque le Parlement, en utilisant l'expression «*Cannabis sativa* L.» dans la *Loi sur les stupéfiants*, a voulu viser toutes les espèces de marihuana. À son avis, puisque la Loi interdit toute marihuana, il importe peu qu'il y ait une seule ou plusieurs espèces de ces plantes selon la botanique. Il a refusé de soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense des accusés fondé sur la «classification botanique».

Les appelants soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en statuant, en tant que question de droit, que l'expression «*Cannabis sativa* L.» dans la *Loi sur les stupéfiants* vise toutes les espèces de marihuana. Ils invoquent particulièrement la règle d'interprétation des lois selon laquelle les termes techniques dans les lois doivent s'interpréter selon leur sens technique.

Il est manifeste que l'expression latine «*Cannabis sativa* L.» est un terme technique. La nomenclature botanique est régie par un ensemble de règles acceptées internationalement et qui font du latin la langue officielle de la botanique. Selon le *Code of Botanical Nomenclature*, les espèces de plantes sont désignées par un binôme latin auquel

author (the taxonomist who first identifies and names the species) appended in abbreviated form. The first word in the binomial identifies the genus, or "family" to which the plant in question belongs; the second word identifies the species. "*Cannabis sativa* L." in this naming system designates the species *sativa* of the genus *cannabis*. The "L." stands for Linnaeus, the botanist who discovered the plant in 1753.

It is well established that technical and scientific terms which appear in statutes should be given their technical or scientific meaning: see *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969) at p. 28. The question presented in the case at bar, however, is not whether the term "*Cannabis sativa* L." should be assigned its scientific or technical meaning. The parties agree that it should. The real dispute, as I see it, is as to when, in temporal terms, that meaning should be fixed. The appellants argue, in effect, for the meaning which the scientific community would today give to the phrase. They submit that a jury could reasonably find from the expert evidence presented that the scientific community is now of the view that there are three species of the genus cannabis, of which *Cannabis sativa* L. is only one. The Crown, on the other hand, argues that the meaning to be given to the phrase "*Cannabis sativa* L." is the meaning which the botanical community ascribed to it when the *Narcotic Control Act* became law in 1961. In 1961, botanists were virtually unanimous in holding that cannabis marihuana consisted of only one species and that the plants which some botanists referred to as *Cannabis indica* Lam. and *Cannabis ruderalis* Jan. were merely subspecies of *Cannabis sativa* L. The appellants, as I have said, ask that we give the phrase in question the meaning which their experts say it bears at present among members of the botanical community; the Crown asks us to freeze its meaning at the time of enactment.

The doctrine of *contemporanea expositio* is well established in our law. "The words of a statute

s'ajoute le nom de l'auteur (le taxinomiste qui le premier identifie et nomme l'espèce) sous forme abrégée. Le premier élément du binôme identifie le genre ou la «famille» à laquelle la plante en cause appartient; le second élément identifie l'espèce. «*Cannabis sativa* L.», selon ce système de désignation, s'entend de l'espèce *sativa* du genre *cannabis*. Le «L.» signifie Linnaeus, savoir le botaniste qui a découvert cette plante en 1753.

Il est bien reconnu que les termes techniques et scientifiques qu'on trouve dans les lois doivent s'interpréter selon leur sens technique ou scientifique: voir *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12e éd., 1969), à la p. 28. La question soumise en l'espèce n'est cependant pas de savoir si l'expression «*Cannabis sativa* L.» doit être interprétée selon son sens technique ou scientifique. Les parties s'accordent pour dire qu'elle doit être interprétée ainsi. Le véritable différend, à mon sens, porte sur l'époque à laquelle il faut se situer pour en arrêter le sens. Les appelants préconisent, en effet, le sens que la communauté scientifique donnerait aujourd'hui à l'expression. Ils soutiennent que le jury pourrait raisonnablement conclure, d'après les témoignages d'experts soumis, que la communauté scientifique est maintenant d'avis qu'il y a trois espèces du genre cannabis et que le *Cannabis sativa* L. est l'une de ces espèces. La poursuite, d'autre part, soutient que le sens à donner à l'expression «*Cannabis sativa* L.» est celui que lui donnait la communauté des botanistes lorsque la *Loi sur les stupéfiants* est entrée en vigueur en 1961. En 1961, presque tous les botanistes considéraient que le cannabis (marihuana) ne consistait qu'en une seule espèce et que les plantes que certains botanistes désignaient sous les noms de *Cannabis indica* Lam. et de *Cannabis ruderalis* Jan. n'étaient que des sous-espèces du *Cannabis sativa* L. Les appelants, je l'ai déjà dit, demandent que nous donnions à l'expression en question le sens que, d'après le témoignage de leurs experts, lui donnent actuellement les membres de la communauté des botanistes; Sa Majesté nous demande d'adopter le sens qu'elle avait à l'époque de l'adoption de la Loi.

La doctrine de la *contemporanea expositio* est bien établie dans notre droit. [TRADUCTION] «Les

must be construed as they would have been the day after the statute was passed . . . " *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, at p. 242 (*per* Lord Esher, M.R.). See also Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) at p. 163: "Since a statute must be considered in the light of all circumstances existing at the time of its enactment it follows logically that words must be given the meanings they had at the time of enactment, and the courts have so held"; *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, *supra*, at p. 85: "The words of an Act will generally be understood in the sense which they bore when it was passed".

termes d'une loi doivent s'interpréter comme ils l'auraient été le lendemain de l'adoption de cette loi . . . » *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, à la p. 242 (lord Esher, M.R.). Voir également Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd., 1983) à la p. 163: [TRADUCTION] «Puisqu'une loi doit être examinée en fonction de toutes les circonstances qui existaient au moment de son adoption, il s'ensuit logiquement que les termes de cette loi doivent recevoir le sens qu'ils avaient au moment de son adoption et c'est ce que les tribunaux ont décidé»; *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, précité, à la p. 85: [TRADUCTION] «Les termes d'une loi s'interprètent généralement selon le sens qu'ils avaient au moment de son adoption».

This does not mean, of course, that all terms in all statutes must always be confined to their original meanings. Broad statutory categories are often held to include things unknown when the statute was enacted. In *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166, for example, it was held that the *Engraving Copyright Act* of 1735, which prohibited unauthorized engraving or "in any other manner" copying prints and engravings, applied to photographic reproduction—a process invented more than one hundred years after the Act was passed. (See also Maxwell, *supra*, at pp. 102 and 243-44.) This kind of interpretive approach is most likely to be taken, however, with legislative language that is broad or "open-textured". It is appropriate, as the judgments of Viscount Sankey in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, and Viscount Jowitt in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada* (the *Privy Council Appeals Reference*), [1947] A.C. 127, indicate, to the interpretation of the words in constitutional documents, whose meaning must be capable of growth and development to meet changing circumstances. But where, as here, the legislature has deliberately chosen a specific scientific or technical term to represent an equally specific and particular class of things, it would do violence to Parliament's intent to give a new meaning to that term whenever the taxonomic consensus among members of the relevant scientific fraternity shifted. It is clear that Parliament intended in 1961, by the phrase "*Cannabis sativa*

Cela ne signifie pas, bien sûr, que tous les termes de toutes les lois doivent toujours se limiter à leur sens original. On a souvent jugé que des catégories générales contenues dans des lois incluent des choses inconnues au moment de l'adoption de ces lois. Dans l'arrêt *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166, par exemple, on a statué que l'*Engraving Copyright Act* de 1735, qui interdisait la gravure ou la reproduction [TRADUCTION] «par tout autre moyen», sans autorisation, de gravures ou imprimés s'appliquait à la reproduction photographique—un procédé inventé plus de cent ans après l'adoption de la Loi. (Voir également *Maxwell*, précité, aux pp. 102, 243 et 244.) Toutefois, ce mode d'interprétation est plus susceptible d'être adopté dans le cas d'une formulation législative générale. Comme le soulignent le vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, et le vicomte Jowitt dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada* (le *Renvoi sur les appels au Conseil privé*), [1947] A.C. 127, il est utile pour interpréter les termes de documents constitutionnels dont le sens doit être susceptible d'évoluer pour répondre aux changements de circonstances. Mais lorsque, comme en l'espèce, le législateur a délibérément choisi un terme scientifique ou technique précis pour désigner une classe tout aussi précise et particulière de choses, ce serait faire violence à l'intention du législateur que de donner un sens nouveau à un tel terme chaque fois qu'il y a un changement de

L.", to prohibit all cannabis. The fact that some, possibly a majority, of botanists would now give that phrase a less expansive reading in the light of studies not undertaken until the early 1970's, does not alter that intention. The interpretation given to the *Narcotic Control Act* by the trial judge was consistent with Parliament's apparent intent in enacting the legislation, and was, in my opinion, correct.

There is no question in my mind that the appellants were given "fair warning" by the *Narcotic Control Act* that their conduct was illegal. It is common knowledge in our society that marihuana is an illegal drug. It is not common knowledge that some botanists have recently concluded that there are three separate species of the mother plant, based on morphological considerations. Against this background, it seems highly unlikely that the citizen seeking guidance from his country's laws as to what he may or may not do, would see in the language "*Cannabis sativa* L." a basis for the three species botanical argument relied upon by the appellants in the case at bar. It would simply be unreasonable to assume that by using the phrase "*Cannabis sativa* L." Parliament meant to prohibit only some intoxicating marihuana and exempt the rest. Such an interpretation would be at odds with the general scheme of the *Narcotic Control Act* as well as the common understanding of society at large. Under the circumstances, it seems clear that the statute gives ample warning as written. Fairness does not demand that it be more narrowly construed.

This has been the approach taken by the two Canadian courts who have considered the botanical defence, and both have rejected it. See *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423, at p. 439; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Ont. Co. Ct. (District of York), July 1974, Steen J. The American cases are in accord. See,

consensus taxinomique chez les membres de la communauté scientifique concernée. Il est manifeste qu'en 1961 le législateur a voulu par l'expression «*Cannabis sativa* L.» interdire tout cannabis. Le fait que certains botanistes, voire même la majorité d'entre eux, donneraient maintenant à l'expression un sens moins large compte tenu d'études qui n'ont été effectuées qu'à partir du début des années 70 ne change rien à cette intention. L'interprétation donnée à la *Loi sur les stupéfiants* par le juge du procès est conforme à l'intention manifeste que le législateur avait en adoptant la Loi et est, à mon avis, correcte.

Je ne doute absolument pas que la *Loi sur les stupéfiants* ait fourni aux appelants un «avertissement raisonnable» du caractère illégal de leur conduite. Il est de notoriété publique dans notre société que la marihuana est une drogue illégale. Il n'est cependant pas de notoriété publique que certains botanistes ont conclu récemment qu'en fonction de considérations morphologiques la plante mère se divise en trois espèces différentes. Dans ce contexte, il semble très invraisemblable qu'un citoyen qui consulte les lois du pays pour savoir ce qu'il peut faire et ce qui lui est interdit de faire voie dans l'expression «*Cannabis sativa* L.» une justification de l'argument invoqué par les appelants dans la présente affaire, portant qu'il y a trois espèces de cannabis. Il ne serait tout simplement pas raisonnable de supposer qu'en employant l'expression «*Cannabis sativa* L.», le législateur n'ait voulu interdire qu'une espèce de marihuana et soustraire les autres espèces à la Loi. Une telle interprétation serait incompatible avec l'économie générale de la *Loi sur les stupéfiants* et avec la compréhension ordinaire qu'en a la société en général. Dans ces circonstances, il semble clair que le texte de la Loi donne un avertissement suffisant. L'équité n'exige pas qu'il soit interprété de façon plus restrictive.

C'est là la façon d'aborder la question qu'ont adoptée les deux tribunaux canadiens qui ont étudié le moyen de défense fondé sur la classification botanique et qui l'ont tous deux rejeté. Voir *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423, à la p. 439; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Cour de comté de l'Ontario (district de

for example, *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (7th Cir. 1981); *United States v. Kelly*, 527 F.2d 961 (9th Cir. 1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (8th Cir. 1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (10th Cir. 1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (D.C. Cir. 1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1st Cir. 1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (2nd Cir. 1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (4th Cir. 1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (5th Cir. 1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (3rd Cir. 1971).

The trial judge was correct in withdrawing the appellants' botanical defence from the jury.

IV Rebuttal Evidence

The British Columbia Court of Appeal concluded that the trial judge erred in law in denying the Crown the right of rebuttal and based its order for a new trial on this finding. I have already concluded that there must be a new trial owing to the error of law in the trial judge's charge with respect to necessity. At this new trial the issue of whether in the circumstances of the first trial the Crown was entitled in law to present the rebuttal evidence it sought to adduce will no longer be relevant and will have no effect on the outcome of the case. I do not, accordingly, find it necessary to decide whether the trial judge erred in law in exercising his discretion to refuse to allow the rebuttal.

V Conclusion

On the basis of all the above, it is my conclusion that the Court of Appeal was correct in the result in ordering a new trial and was correct in sustaining the trial judge's decision to withhold the

York), juillet 1974, le juge Steen. La jurisprudence américaine va dans le même sens. Voir par exemple: *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (7e cir. 1981); *United States v. Kelly*, 527 F.2d 961 (9e cir. 1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (8e cir. 1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (10e cir. 1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (cir. du district de Columbia 1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1er cir. 1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (2e cir. 1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (4e cir. 1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (5e cir. 1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (3e cir. 1971).

Le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense des appelants fondé sur la classification botanique.

IV La contre-preuve

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant à la poursuite le droit de présenter une contre-preuve et a fondé son ordonnance de nouveau procès sur cette conclusion. J'ai déjà conclu qu'un nouveau procès doit être tenu en raison de l'erreur de droit commise par le juge du procès dans les directives qu'il a données au jury au sujet du moyen de défense fondé sur la nécessité. À ce nouveau procès, la question de savoir si, dans les circonstances du premier procès, la poursuite était habilitée, en droit, à soumettre la contre-preuve qu'elle a voulu produire n'aura plus d'importance et n'aura aucune incidence sur l'issue de l'affaire. En conséquence, je n'estime pas nécessaire de décider si le juge du procès a commis une erreur de droit en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser la présentation de la contre-preuve.

V Conclusion

Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus qu'en définitive la Cour d'appel a eu raison d'ordonner un nouveau procès et de confirmer la décision du juge du procès de ne pas soumettre à

botanical defence from the jury.

I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—The factual background of this case, the history of the litigation in the courts below and the grounds on which the appeal was taken in this Court are very fully set out in the reasons for judgment of Mr. Justice Dickson (as he was at the date of the hearing) and it is not necessary for me to repeat them. Indeed, inasmuch as Dickson J.'s conclusion as to the defence of necessity seems clearly correct on the facts of this case and his disposition of the appeal manifestly just in the circumstances, I am dealing in these reasons only with the proposition very forcefully advanced by Dickson J. in his reasons that the appropriate jurisprudential basis on which to premise the defence of necessity is exclusively that of excuse. My concern is that the learned Justice appears to be closing the door on justification as an appropriate jurisprudential basis in some cases and I am firmly of the view that this is a door which should be left open by the Court.

As Dickson J. points out, criminal law theory recognizes a distinction between justification and excuse. In the case of justification the wrongfulness of the alleged offensive act is challenged; in the case of excuse the wrongfulness is acknowledged but a ground for the exercise of judicial compassion for the actor is asserted. By way of illustration, an act may be said to be justified when an essential element of the offence is absent, so that the defence effectively converts the accused's act from wrongful to rightful. Accordingly, those defences which serve to establish a lack of culpable intent on the part of the accused, or which demonstrate that, although the accused intended to commit the act, the act was one which the accused was within his rights to commit, may be labeled justification in so far as they elucidate the innocent nature of the act giving rise to the charge. Such doctrines as mistake of fact, automatism, etc. which, in the words of Lord Hailsham in *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), are raised in order to "negative" *mens rea*, may be appropriately placed

l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Les faits du présent litige, son déroulement devant les cours d'instance inférieure et les moyens d'appel invoqués en cette Cour font l'objet d'un exposé très complet dans les motifs de jugement du juge Dickson, maintenant Juge en chef, et il ne m'est donc pas nécessaire de les reprendre ici. En fait, puisque la conclusion du juge Dickson quant au moyen de défense fondé sur la nécessité semble bien fondée compte tenu des faits de l'espèce et que celui-ci paraît avoir tranché le pourvoi de manière manifestement juste dans les circonstances, je me limite dans les présents motifs à la proposition qu'il a avancée fort énergiquement et qui porte que l'excuse est le seul fondement jurisprudentiel approprié du moyen de défense fondé sur la nécessité. Ma préoccupation réside dans le fait que le savant juge Dickson paraît ainsi écarter la justification comme fondement jurisprudentiel approprié dans certains cas, ce que, j'en suis convaincue, la Cour doit éviter de faire.

Comme le fait remarquer le juge Dickson, la théorie en matière de droit criminel reconnaît une distinction entre la justification et l'excuse. Dans le cas de la justification, on conteste le caractère mauvais de l'acte préjudiciable; quand on plaide l'excuse, par contre, on reconnaît le caractère mauvais de l'acte, tout en affirmant qu'il y a un motif qui justifie le tribunal à avoir de la compassion pour son auteur. Par exemple, on peut dire qu'un acte est justifié en l'absence d'un élément essentiel de l'infraction, de sorte que le moyen de défense invoqué a pour effet de transformer en acte bon l'acte mauvais de l'accusé. Par conséquent, les moyens de défense qui servent à établir l'absence d'intention coupable chez l'accusé ou qui démontrent que, même s'il a eu l'intention de commettre l'acte, l'accusé avait le droit de le commettre, peuvent être qualifiés de justifications dans la mesure où ils expliquent le caractère innocent de l'acte reproché dans l'acte d'accusation. Des théories comme celles de l'erreur de fait, de l'automatisme, etc. qui, pour reprendre l'expression de lord Hailsham dans l'arrêt *Director of Public Prosecu-*

in this category as they are invoked in order to undermine the very ingredient of culpability. Similarly, the accused who claims to have acted out of self-defence or provocation in utilizing aggressive force against another individual raises a justificatory defence in that he asserts the essential rightfulness of his aggressive act.

On the other hand, an excuse requires the court to evaluate the presence or absence of the accused's will. In contemporary jurisprudence the most forceful champion of excuse in criminal law has been Professor George Fletcher who has advocated a trend toward individualizing the conceptual basis for culpability so that all circumstances subjectively relevant to the accused be considered by the court. As such, the jury is requested to exercise compassion for the accused's predicament in its evaluation of his claim: "I couldn't help myself" (Fletcher, "The Individualization of Excusing Conditions", (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 1269). This type of analysis is reflected in the dissent of Seiler J. of the Supreme Court of Missouri in *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971), in which the accused's prison escape was seen as excusable due to the intolerability of his confinement with aggressive homosexual inmates by whom he had been repeatedly victimized. The basis of the defence could not have been that of justification based on an objective balance of evils since numerous U.S. courts had already established that the evil of prison escape outweighed the evil of intolerable prison conditions (see, *e.g.*, *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (Cal. App. 1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (Mich. App. 1969)). Rather, the issue for Seiler J. was the blamelessness of an accused in committing an act which, although admittedly wrong, was one for which any juror might have compassion. Thus, the nature of an excuse is to personalize the plea so that, while justification looks to the rightness of the act, excuse speaks to the compassion of the court for the actor.

tions v. Morgan, [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), sont soulevées pour [TRADUCTION] «repousser» la *mens rea*, peuvent être situées à juste titre dans cette catégorie puisqu'elles sont invoquées pour miner le fondement même de la culpabilité. De même, l'accusé qui prétend avoir agi en légitime défense ou par suite d'une provocation en agressant une autre personne, soulève un moyen de défense justificatif en ce qu'il invoque le caractère foncièrement bon de son acte agressif.

Dans le cas de l'excuse, par contre, le tribunal doit déterminer si l'accusé a agi volontairement. Parmi les auteurs contemporains, le défenseur le plus acharné de l'excuse en droit criminel est le professeur George Fletcher qui a préconisé l'individualisation du fondement conceptuel de la culpabilité de manière à ce que le tribunal tienne compte de l'ensemble des circonstances subjectivement pertinentes à l'accusé. Dans ce contexte, on demande au jury de compatir à la situation difficile de l'accusé en appréciant sa prétention: [TRADUCTION] «C'était plus fort que moi» (Fletcher, «The Individualization of Excusing Conditions», (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 1269). Ce genre d'analyse se dégage des motifs de dissidence du juge Seiler de la Cour suprême du Missouri dans la décision *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971), où il a considéré que l'évasion de l'accusé était excusable en raison du caractère intolérable de son incarcération avec des détenus homosexuels qui l'avaient agressé à maintes reprises. Le moyen de défense invoqué n'aurait pu être celui de la justification fondée sur une prépondérance objective des maux puisque de nombreux tribunaux américains avaient déjà établi que l'évasion d'un détenu est un mal plus grave que celui que constituent des conditions de détention intolérables (voir, par exemple, les décisions *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (Cal. App. 1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (Mich. App. 1969)). Le juge Seiler a estimé plutôt qu'on ne pouvait reprocher à un accusé d'avoir commis un acte qui, quoique manifestement mauvais, était de nature à susciter la compassion de n'importe quel juré. Donc, l'excuse consiste à personnaliser le plaidoyer de manière à éveiller la compassion du tribunal pour l'auteur de l'acte alors que la justification invoque le caractère bon de l'acte.

As Dickson J. points out, although the necessity defence has engendered a significant amount of judicial and scholarly debate, it remains a somewhat elusive concept. It is, however, clear that justification and excuse are conceptually quite distinct and that any elucidation of a principled basis for the defence of necessity must be grounded in one or the other.

Turning first to the category of excuse, the concept of "normative involuntariness" stressed in the reasons of Dickson J. may, on one reading, be said to fit squarely within the framework of an individualized plea which Professor Fletcher indicates characterizes all claims of excusability. The notional involuntariness of the action is assessed in the context of the accused's particular situation. The court must ask not only whether the offensive act accompanied by the requisite culpable mental state (*i.e.* intention, recklessness, etc.) has been established by the prosecution, but whether or not the accused acted so as to attract society's moral outrage. In some U.S. jurisdictions this type of evaluation has been utilized to excuse from criminal liability individuals who commit intentional offensive acts but who operate under mental or sociological impairments with which one can sympathize (see *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (Mo. S.C. 1953)), or to form the theoretical basis for a defence where the accused confronted a desperate situation for which society might well be expected to express its compassion (see *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (E.D. Pa. 1842)). In evaluating a claim of "normative involuntariness" we seem to be told that the individual's criminally wrongful act was nevertheless blameless in the circumstances.

The position in English law, by contrast, was most accurately stated in the well-known case of *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273, in which Lord Coleridge warned against allowing "compassion for the criminal to change or weaken in any manner the legal definition of the crime" (p. 288). The underlying principle here is the

Comme le souligne le juge Dickson, bien que beaucoup ait été écrit, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine, sur la nécessité comme moyen de défense, ce concept demeure assez difficile à cerner. Il est toutefois clair que, du point de vue conceptuel, la justification et l'excuse sont tout à fait distinctes et que toute explication logique du moyen de défense fondé sur la nécessité doit se fonder sur l'une ou l'autre.

Si l'on prend d'abord la catégorie de l'excuse, on peut, selon une interprétation, dire que le concept du «caractère involontaire dit normatif» sur lequel le juge Dickson insiste dans ses motifs, correspond exactement au plaidoyer individualisé qui, selon le professeur Fletcher, caractérise tout moyen fondé sur l'excuse. Le caractère involontaire de l'acte sur le plan conceptuel s'apprécie en fonction de la situation particulière de l'accusé. Le tribunal doit se demander non seulement si la poursuite a réussi à établir la perpétration d'un acte préjudiciable assorti de l'état mental coupable requis (c.-à-d. l'intention, l'incurie, etc.), mais aussi si l'accusé a agi de manière à outrager la morale de la société. Dans certains ressorts américains, on s'est servi de ce type d'appréciation pour exonérer de toute responsabilité criminelle des personnes qui ont commis intentionnellement des actes préjudiciables, mais dans des conditions mentales ou sociologiques qui peuvent susciter la compassion (voir *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (Mo. S.C. 1953)), ou encore pour établir le fondement théorique d'un moyen de défense lorsque l'accusé s'est trouvé dans une situation désespérée qui pourrait fort bien provoquer un mouvement de compassion de la part de la société (voir *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (E.D. Pa. 1842)). Quand le «caractère involontaire dit normatif» est invoqué, on semble vouloir nous dire que l'acte criminel commis par une personne ne peut pas pour autant être blâmé dans les circonstances.

Le point de vue retenu en droit anglais est différent; il trouve son expression la plus exacte dans la décision bien connue *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273, où lord Coleridge souligne qu'il ne faut pas permettre [TRADUCTION] «que la compassion pour le criminel change ou affaiblisse de quelque manière la définition

universality of rights, that all individuals whose actions are subjected to legal evaluation must be considered equal in standing. Indeed, it may be said that this concept of equal assessment of every actor, regardless of his particular motives or the particular pressures operating upon his will, is so fundamental to the criminal law as rarely to receive explicit articulation. However, the entire premise expressed by such thinkers as Kant and Hegel that man is by nature a rational being, and that this rationality finds expression both in the human capacity to overcome the impulses of one's own will and in the universal right to be free from the imposition of the impulses and will of others (see Hegel, *Philosophy of Right* (trans. Knox, 1952), at pp. 226-27) supports the view that an individualized assessment of offensive conduct is simply not possible. If the obligation to refrain from criminal behaviour is perceived as a reflection of the fundamental duty to be rationally cognizant of the equal freedom of all individuals, then the focus of an analysis of *culpability* must be on the act itself (including its physical and mental elements) and not on the actor. The universality of such obligations precludes the relevance of what Fletcher refers to as "an individualized excusing condition".

On the other hand, the necessity of an act may be said to exempt an actor from *punishment*, since the person who acts in a state of what Dickson J. calls "normative involuntariness" may be viewed as having been moved to act by the instinct for self-preservation. If so, the defence does not invoke the Court's compassion but rather embodies an implicit statement that the sanction threatened by the law (*i.e.* future punishment in one form or another) could never overcome the fear of immediate death which the accused faced. Accordingly, in such a case the law is incapable of controlling the accused's conduct and responding to it with any punishment at all. Although such an act dictated by the necessity of self-preservation is a voluntary one (in the normal sense of the word), its "normalégale du crime» (p. 288). Le principe fondamental qui entre en jeu ici est celui de l'universalité des droits, c'est-à-dire que toutes les personnes dont les actes sont soumis à l'examen judiciaire doivent être traitées sur le même pied. En fait, on peut dire que ce concept de l'appréciation égale qui fait abstraction des mobiles particuliers de l'auteur de l'acte ou des pressions particulières qui s'exerçaient sur sa volonté est à ce point primordial en droit criminel qu'il est rarement formulé explicitement. Cependant, toute la prémisse exprimée par des penseurs comme Kant et Hegel, savoir que l'homme est de par sa nature un être rationnel et que cela se manifeste dans la capacité qu'il a de surmonter les impulsions de sa propre volonté et aussi dans le droit universel de ne pas avoir à se plier aux impulsions et à la volonté d'autrui (voir Hegel, *Philosophy of Right* (trad. en anglais par Knox, 1952) aux pp. 226 et 227), appuie le point de vue qu'une appréciation individualisée d'une conduite préjudiciable n'est tout simplement pas possible. Si l'on perçoit l'obligation d'éviter toute conduite criminelle comme un reflet du devoir fondamental d'avoir une conscience rationnelle de la liberté égale dont jouissent toutes les personnes, alors une analyse de la *culpabilité* doit viser l'acte lui-même (aussi bien son élément matériel que son élément moral) et non pas son auteur. L'universalité de ces obligations a pour effet d'exclure la pertinence de ce que Fletcher appelle [TRADUCTION] «une circonstance qui peut, dans un cas d'espèce, servir d'excuse».

Par ailleurs, on peut prétendre que le caractère nécessaire d'un acte exempte son auteur d'une *punition*, étant donné qu'on peut considérer que la personne dont l'acte revêt, pour reprendre les termes du juge Dickson, un «caractère involontaire dit normatif», a été poussée à agir par l'instinct de conservation. En pareil cas, le moyen de défense ne fait pas appel à la compassion de la cour, mais il sous-entend que la menace de sanction prévue par la loi (c.-à-d. une punition future, quelle qu'en soit la forme) ne pourrait jamais l'emporter sur la crainte d'une mort immédiate qu'a éprouvée l'accusé. Par conséquent, dans un tel cas, la loi est incapable d'exercer la moindre influence sur la conduite de l'accusé en y répondant par l'imposition d'une peine quelconque. Bien qu'un tel acte

tive involuntariness" (in the sense that the actor faced no realistic choice) may form the basis of a defence if this is conceived as based on the pointlessness of punishment rather than on a view of the act itself as one the accused was entitled to commit. Indeed, one finds an explicit warning to this effect in Kant, *The Metaphysical Elements of Justice* (trans. Ladd, 1965), at pp. 41-42, where it is asserted that "through a strange confusion among jurists" the analysis of the wrongfulness of an act is often intertwined with the unquestionable futility of inflicting punishment on a person who has acted in despair or in circumstances of dire necessity.

dicté par la nécessité d'assurer sa propre conservation soit volontaire (au sens usuel de ce terme), son «caractère involontaire dit normatif» (en ce sens que son auteur n'avait pas vraiment le choix) peut servir de fondement à un moyen de défense si on conçoit cela comme fondé sur l'inutilité de toute punition plutôt que sur une perception de l'acte lui-même comme en étant un que l'accusé avait le droit de commettre. En fait, on trouve une mise en garde en ce sens dans Kant, *Métaphysique des moeurs, Doctrine du droit* (trad. A. Philonenko, 1971), à la p. 110, où l'on affirme que, «par une étrange confusion», l'analyse du caractère mauvais d'un acte est souvent entrecroisée avec la futilité incontestable de l'imposition d'une peine à une personne qui a agi en désespoir de cause ou dans des circonstances d'extrême nécessité.

It may be opportune at this point to comment briefly on the need to avoid slipping into what may be labeled an "instrumentalist analysis" of the purposes of punishment. For example, an analytic focus on excusing conditions is often premised on the fact that punishment in such situations will not serve the further goals of deterrence, rehabilitation, etc. (see, *e.g.*, Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), esp. at pp. 738-39). Such considerations, however, cannot form the basis of an acceptable defence since they seem to view criminal culpability merely as a phenomenon in a chain of cause and effect. From an instrumentalist point of view the question is not whether liability is demanded in and of itself (as Lord Coleridge insisted must be the case in *Dudley and Stephens*, *supra*), but rather whether the infliction of punishment will have some positive consequential effect (see, *e.g.*, J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, vol. II, 2nd ed., 1823, p. 1).

À ce stade, il peut être opportun de formuler de brèves observations sur la nécessité d'éviter de glisser dans ce qu'on peut appeler une «analyse instrumentale» de l'objet d'une peine. Par exemple, l'examen analytique des circonstances qui servent d'excuse a souvent pour prémisse que l'imposition d'une peine dans ces situations ne répondra pas aux objectifs supplémentaires de dissuasion, de réinsertion sociale, etc. (voir, par exemple, Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (2e éd., 1961), particulièrement au pp. 738 et 739). De telles considérations ne peuvent toutefois pas constituer le fondement d'un moyen de défense acceptable puisqu'elles semblent concevoir la culpabilité criminelle simplement comme un maillon dans une chaîne de causes et d'effets. D'un point de vue «instrumental», la question n'est pas de savoir si la responsabilité est nécessaire en soi (comme lord Coleridge a souligné que ce devait être le cas dans l'affaire *Dudley and Stephens*, précitée), mais plutôt de savoir si l'imposition d'une peine aura un effet positif appréciable (voir, par exemple, J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, vol. II, 2e éd., 1823, p. 1).

The view of criminal liability as purposive only when it serves as a means to a further end is inherently problematic since the further goals of punishment are by their very nature one step removed from the determination of guilt or inno-

Il y a des difficultés inhérentes au point de vue selon lequel la responsabilité criminelle n'a d'utilité que si elle sert à réaliser une autre fin, car les objectifs supplémentaires d'une punition sont, de par leur nature même, proches de la détermination

cence. Just as we do not inquire into the socio-economic effects of a particular remedy for determining parties' respective rights in civil litigation (see, *e.g., Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287 (C.A.)), it does not seem possible to evaluate criminality with regard to the end results which punishment will or will not achieve. Accordingly, if the basis for the accused's defence is reducible to compassion for his individual attributes or predicament, or the ineffectiveness of punishment in rehabilitating him or deterring future acts, the question raised is the type of remedy and the fashioning of an appropriate sentence. The concerns embodied in such a defence are legitimately addressed to the sentencing process but cannot, in my view, be the basis of a successful defence leading to an acquittal.

This, however, is distinguishable from the situation in which punishment cannot on any grounds be justified, such as the situation where a person has acted in order to save his own life. As Kant indicates, although the law must refrain from asserting that conduct which otherwise constitutes an offence is rightful if done for the sake of self-preservation, there is no punishment which could conceivably be appropriate to the accused's act. As such, the actor falling within the Dickson J. category of "normative involuntariness" is excused, not because there is no instrumental ground on which to justify his punishment, but because no purpose inherent to criminal liability and punishment—*i.e.* the setting right of a wrongful act—can be accomplished for an act which no rational person would avoid.

Returning to the defence of necessity as a justification, it may generally be said that an act is justified on grounds of necessity if the court can say that not only was the act a necessary one but it was rightful rather than wrongful. When grounded on the fundamental principle that a successful defence must characterize an act as one which the

de la culpabilité ou de l'innocence. Tout comme nous ne nous interrogeons pas sur les conséquences socio-économiques d'un redressement particulier pour déterminer les droits respectifs des parties dans un litige civil (voir, par exemple, l'arrêt *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287 (C.A.)), de même il ne semble pas possible d'apprécier la criminalité en fonction des résultats définitifs qu'une peine permettra ou non d'atteindre. Par conséquent, si le fondement du moyen de défense invoqué par l'accusé peut se ramener à la compassion pour ses qualités personnelles ou sa situation difficile, ou à l'inefficacité d'une peine pour ce qui est de réaliser sa réinsertion sociale ou de le dissuader de récidiver, la question qui se pose alors porte sur le type de redressement à envisager et le façonnage d'une peine appropriée. C'est à bon droit que les préoccupations que comporte ce moyen de défense visent le processus de la détermination d'une sentence mais, selon moi, on ne peut obtenir un acquittement en invoquant un moyen de défense fondé sur ces préoccupations.

Toutefois, ce cas se distingue de la situation où l'imposition d'une peine est complètement injustifiable, par exemple, lorsqu'une personne a agi en vue de sauver sa propre vie. Comme l'indique Kant, bien que la loi doit se garder de qualifier de bonne une conduite par ailleurs criminelle si elle a pour but la conservation de soi, on ne peut concevoir de peine qui convienne à l'acte commis par l'accusé. Dans ces circonstances, l'auteur d'un acte qui revêt, suivant les termes du juge Dickson, un «caractère involontaire dit normatif» est excusé non pas parce que, sur le plan pratique, rien ne justifie sa punition, mais parce qu'aucune fin inhérente à la responsabilité criminelle et à l'imposition d'une peine, c.-à.-d. la réparation d'un acte mauvais, ne peut être réalisée pour un acte qu'aucune personne raisonnable n'éviterait de commettre.

Revenons maintenant au moyen de défense fondé sur la nécessité vu comme une justification. À ce sujet, on peut dire de façon générale qu'un acte est justifié pour cause de nécessité si le tribunal peut conclure non seulement qu'il s'agissait d'un acte nécessaire, mais que cet acte était bon plutôt que mauvais. Il existe un principe fonda-

accused was within his rights to commit, it becomes immediately apparent that the defence does not depend on the immediacy or "normative involuntariness" of the accused's act unless, of course, the involuntariness is such as to be pertinent to the ordinary analysis of *mens rea*. The fact that one act is done out of a sense of immediacy or urgency and another after some contemplation cannot, in my view, serve to distinguish the quality of the act in terms of right or wrong. Rather, the justification must be premised on the need to fulfil a duty conflicting with the one which the accused is charged with having breached.

In discussing justification based on a conflict of duties one must be mindful of the viewpoint expressed by Dickson J. in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 at p. 678, to the effect that "[n]o system of positive law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because in his view the law conflicted with some higher social value". This statement, in my view, is clearly correct if the "higher social value" to which the accused points is one which is not reflected in the legal system in the form of a duty. That is to say, pursuit of a purely ethical "duty" such as, for example, the duty to give to charity, may represent an ethically good or virtuous act but is not within the realm of legal obligations and cannot therefore validly be invoked as a basis on which to violate the positive criminal law. This illustration exemplifies the essential proposition that although "a morally motivated act contrary to law may be ethically justified ... the actor must accept the [legal] penalty for his action": *United States v. Moylan*, 417 F. 2d 1002 (4th Cir. 1969), at p. 1008.

Similarly, Dickson J. in his reasons for judgment in the present case correctly underlines the fact that a utilitarian balancing of the benefits of

mental selon lequel un moyen de défense, pour réussir, doit qualifier l'acte en cause comme en étant un que l'accusé avait le droit de commettre; dans cette optique, il devient tout de suite évident que le moyen de défense ne dépend ni du caractère immédiat ni du «caractère involontaire dit normatif» de l'acte de l'accusé, à moins que, bien entendu, ce caractère involontaire ne soit pertinent dans le contexte d'une analyse ordinaire de la *mens rea*. À mon avis, le fait qu'un acte ait été accompli par suite d'un sentiment d'imminence ou d'urgence et qu'un autre ne l'ait été qu'après réflexion ne peut pas servir à qualifier l'acte en question de bon ou de mauvais. Au contraire, la justification doit reposer sur la nécessité de remplir une obligation incompatible avec celle à laquelle on reproche à l'accusé d'avoir manqué.

En analysant la justification fondée sur l'existence d'obligations contradictoires, il faut garder à l'esprit le point de vue exprimé par le juge Dickson dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 678, selon lequel, «[a]ucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées». Selon moi, cet énoncé est manifestement exact si les «valeurs sociales plus élevées» invoquées par l'accusé ne se traduisent pas dans le système de droit sous la forme d'une obligation. Autrement dit, l'acquittement d'une «obligation» purement morale, comme par exemple celle de donner aux oeuvres de bienfaisance, peut constituer un acte moralement bon ou vertueux sans pour autant relever du domaine des obligations légales et, par conséquent, il ne saurait à bon droit être invoqué pour justifier la violation du droit criminel positif. Cet exemple illustre la proposition fondamentale selon laquelle même si [TRADUCTION] «un acte illégal motivé par des considérations d'ordre moral peut être justifié du point de vue de l'éthique ... l'auteur d'un tel acte doit accepter la peine [prévue par la loi]»: *United States v. Moylan*, 417 F. 2d 1002 (4e Cir. 1969), à la p. 1008.

De même, c'est avec raison que le juge Dickson, dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce, souligne le fait qu'une évaluation pratique des avantages

obeying the law as opposed to disobeying it cannot possibly represent a legitimate principle against which to measure the legality of an action since any violation of right permitted to be justified on such a utilitarian calculus does not, in Dickson J.'s words, "fit[s] well with the judicial function". The maximization of social utility may well be a goal of legislative policy but it is not part of the judicial task of delineating right and wrong. The case of *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734 (C.A.), affords an appropriate illustration. In raising a defence of necessity to a charge of trespass the defendants implicitly argued that a violation of the rights of the property owner was justified because of the maximized social utility achieved by their using the property in that otherwise the defendants would remain homeless and the property unused. Lord Justice Megaw recognized that it was no part of the adjudicator's task either to maximize utility or distribute scarce resources on some criterion of merit as demanded by the defendants since the distribution of society's resources is a political process that must be accomplished by a distributive mechanism encompassing the entire policy. Lord Denning pointed out that if such claims became a matter of right for an adjudicative body to determine and enforce, the very notion of right would be undermined. He said at p. 744: "If homelessness were once admitted as a defence to trespass, no one's house could be safe".

Accordingly, not only can the system of positive law not tolerate an individual opting to act in accordance with the dictates of his conscience in the event of a conflict with legal duties, but it cannot permit acts in violation of legal obligations to be justified on the grounds that social utility is thereby increased. In both situations the conflicting "duty" to which the defence arguments point is one which the court cannot take into account as it invokes considerations external to a judicial analysis of the rightness or wrongness of the impugned

d'observer la loi par rapport aux avantages de ne pas l'observer ne peut en aucune manière constituer un principe valable en fonction duquel on doit apprécier la légalité d'un acte, parce que permettre qu'une violation de la loi soit justifiée d'après une telle évaluation pratique, pour reprendre les termes du juge Dickson, «ne cadre [pas] bien avec la fonction judiciaire». Le législateur peut fort bien viser la réalisation d'un plus grand bien pour la société, mais il n'appartient nullement aux tribunaux de déterminer ce qui est bon et ce qui est mauvais. L'arrêt *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734 (C.A.), en est un bon exemple. En opposant à une accusation d'intrusion un moyen de défense fondé sur la nécessité, les défendeurs ont implicitement fait valoir que la violation des droits du propriétaire était justifiée du fait que leur usage de l'immeuble a permis de réaliser un plus grand bien pour la société en ce sens que, sans cela, les défendeurs seraient restés sans abri et l'immeuble serait resté inutilisé. Le lord juge Megaw a reconnu que la tâche d'un juge ne consiste aucunement à réaliser le plus grand bien possible ni à répartir des ressources peu abondantes selon quelque critère de mérite, comme l'exigeaient les défendeurs, puisque la répartition des ressources de la société est un processus politique qui doit se réaliser à l'échelon national. Lord Denning fait remarquer que si ce genre de revendications devenait une affaire de droit qu'une instance décisionnelle aurait à déterminer et à faire appliquer, la notion même de droit s'en trouverait affaiblie. Il écrit, à la p. 744: [TRADUCTION] «Si le fait d'être sans abri était admis une seule fois comme moyen de défense contre une accusation d'intrusion, aucune maison ne serait plus en sécurité».

En conséquence, non seulement le système de droit positif ne peut-il pas tolérer qu'une personne choisisse d'agir selon la voix de sa conscience lorsque celle-ci entre en conflit avec des obligations légales, mais il ne peut pas non plus permettre que des actes qui constituent des manquements à de telles obligations soient justifiés en raison de la réalisation d'un plus grand bien pour la société. Dans ni l'un ni l'autre cas, le tribunal ne peut-il prendre en considération «l'obligation» contradictoire sur laquelle portent les arguments de la

act. As Lord Coleridge succinctly put it in *Dudley and Stephens*, *supra*, at p. 287: "Who is to be the judge of this sort of necessity?"

On the other hand, in some circumstances defence counsel may be able to point to a conflicting duty which courts can and do recognize. For example, one may break the law in circumstances where it is necessary to rescue someone to whom one owes a positive duty of rescue (see *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 (Ont. Co. Ct.)), since failure to act in such a situation may itself constitute a culpable act or omission (see *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450). Similarly, if one subscribes to the viewpoint articulated by Laskin C.J.C. in *Morgentaler*, *supra*, and perceives a doctor's defence to an abortion charge as his legal obligation to treat the mother rather than his alleged ethical duty to perform an unauthorized abortion, then the defence may be invoked without violating the prohibition enunciated by Dickson J. in *Morgentaler* against choosing a non-legal duty over a legal one.

It must be acknowledged, however, that on the existing state of the law the defence of necessity as justification would not be available to the person who rescues a stranger since the absence of a legal duty to rescue strangers reduces such a case to a conflict of a legal with a purely ethical duty. Such an act of rescue may be one deserving of no punishment and, indeed, deserving of praise, but it is nevertheless a culpable act if the law is violated in the process of the rescue.

As Professor E. J. Weinrib has most astutely pointed out, rescue scenarios often represent the mirror image of necessity scenarios; to acknowledge necessity as a justification premised on the

défense, étant donné qu'elle fait appel à des considérations étrangères à une analyse judiciaire du caractère bon ou mauvais de l'acte en cause. La question qui se pose est succinctement formulée par lord Coleridge dans l'affaire *Dudley and Stephens*, précitée, à la p. 287: [TRADUCTION] «À qui appartient-il de juger de ce type de nécessité?»

D'un autre côté, l'avocat de la défense pourra, dans certaines circonstances, être en mesure d'alléguer l'existence d'une obligation contradictoire qui sera reconnue effectivement par les tribunaux. On peut, par exemple, enfreindre la loi dans une situation où il est nécessaire de se porter à la rescousse d'une personne envers laquelle on a une obligation réelle de secours (voir *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 (Cour de comté, Ont.)), étant donné que le défaut d'agir en pareil cas peut en soi entraîner la culpabilité (voir l'affaire *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450). Dans le même ordre d'idées, si l'on souscrit à l'opinion exprimée par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, et qu'on estime qu'un médecin accusé d'avoir provoqué un avortement peut soulever comme moyen de défense son obligation légale de soigner la mère, plutôt que sa prétendue obligation morale de pratiquer un avortement non autorisé, alors ce moyen de défense peut être invoqué sans qu'il y ait violation de l'interdiction, énoncée par le juge Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, de choisir de remplir une obligation non légale de préférence à une obligation légale.

Il faut toutefois reconnaître que, suivant l'état actuel du droit, la personne qui sauve un inconnu ne saurait, pour se justifier, se prévaloir du moyen de défense fondé sur la nécessité étant donné que l'absence d'obligation légale de sauver un inconnu a pour effet de réduire un cas de ce genre à un conflit entre une obligation légale et une obligation purement morale. Il se peut qu'un tel acte de sauvetage ne mérite à son auteur aucune punition et qu'il soit même digne d'éloges, mais il constitue néanmoins un acte coupable si la loi est violée au cours de l'opération de sauvetage.

Comme l'a fait si judicieusement remarquer le professeur E.J. Weinrib, les scénarios de sauvetage sont souvent le reflet de scénarios de nécessité; en reconnaissant la nécessité comme une justification

discharge of the conflicting duty to rescue a stranger could, without much stretch of the imagination, be turned around so as to enable a potential rescuee to assert a right to be rescued by any stranger (Weinrib, "The Case for a Duty to Rescue", (1980) 90 Yale L.J. 247, at pp. 273-74). By way of illustration, in the classic torts case of *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910), it was held that a ship owner was right in helping himself to the use of a dock owner's property during a storm, thus invoking the defence of necessity to a charge of trespass to the dock. The argument was premised on the notion of conflicting legal duties and was allowed to succeed in large part due to a previous ruling in *Ploof v. Putnam*, 71 A. 188 (Vt. S.C. 1908), in which a dock owner in similar circumstances was held liable to a ship owner for refusing to grant the ship access to the dock during a storm. The combined effect of the two cases may be said to turn the altruistic action into a coercive one in that the rescuer is not only given a valid justification but the rescuee is perceived as having an enforceable right. For this reason the common law has refrained from enunciating either an extended duty to rescue or an expansive right of necessity. In such circumstances "[t]here may be a moral duty to ... [perform a rescue], but it is not practicable to make it a legal duty" (*Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004, *per* Lord Reid at p. 1027). Rather, persons in need of aid from unknown passersby have been left to "be relieved by the charitable and the good" (*per* Lord Denning in *Southwark London Borough Council*, *supra*, at p. 744).

In similar fashion the ethical considerations of the "charitable and the good" must be kept analytically distinct from duties imposed by law. Accordingly, where necessity is invoked as a justification for violation of the law, the justification must, in my view, be restricted to situations where

fondée sur l'acquittement de l'obligation contradictoire de sauver un inconnu, on pourrait, sans grand effort d'imagination, arriver à reconnaître à une personne en détresse le droit de se faire sauver par n'importe quel étranger (Weinrib, «The Case for a Duty to Rescue», (1980) 90 Yale L.J. 247, aux pp. 273 et 274). À titre exemple, dans la décision classique en matière de responsabilité délictuelle *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910), la cour a retenu le moyen de défense fondé sur la nécessité opposé à une accusation d'intrusion par un propriétaire de navire qui avait, sans autorisation, utilisé des installations portuaires pendant une tempête. L'argument invoqué reposait sur la notion d'obligations légales contradictoires et devait son succès en grande partie à la décision antérieure *Ploof v. Putnam*, 71 A. 188 (Vt. S.C. 1908), dans laquelle le propriétaire d'un port, dans des circonstances semblables, a été déclaré responsable envers le propriétaire d'un navire pour avoir refusé au navire l'accès aux installations portuaires au cours d'une tempête. On peut dire que ces deux décisions ont pour effet cumulatif de transformer un acte altruiste en un acte obligatoire en ce sens que non seulement celui qui porte secours bénéficie d'une justification valable, mais aussi celui qui est secouru est considéré comme ayant un droit qu'il peut faire valoir. C'est pour cette raison que la *common law* s'est abstenue d'énoncer une obligation étendue de secourir ou un droit élargi d'invoquer la nécessité. Dans ces circonstances, [TRADUCTION] «[i]l peut y avoir une obligation morale de ... [porter secours], mais il n'est pas possible d'en faire une obligation légale» (*Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004, lord Reid, à la p. 1027). Au lieu de cela, il ne reste plus aux personnes ayant besoin de l'aide de passants inconnus qu'à compter [TRADUCTION] «sur l'aide d'un bon Samaritain» (lord Denning dans l'arrêt *Southwark London Borough Council*, précité, à la p. 744).

De la même façon, il faut, sur le plan analytique, garder une distinction entre les obligations légales et les considérations morales relatives au «bon Samaritain». Par conséquent, lorsque la nécessité est invoquée pour justifier une violation de la loi, la justification doit, à mon avis, se limiter

the accused's act constitutes the discharge of a duty recognized by law. The justification is not, however, established simply by showing a conflict of legal duties. The rule of proportionality is central to the evaluation of a justification premised on two conflicting duties since the defence rests on the rightfulness of the accused's choice of one over the other.

As the facts before the Court in the present case do not involve a conflict of legal duties it is unnecessary to discuss in detail how a court should go about assessing the relative extent of two evils. Suffice it to say that any such assessment must respect the notion of right upon which justification is based. The assessment cannot entail a mere utilitarian calculation of, for example, lives saved and deaths avoided in the aggregate but must somehow attempt to come to grips with the nature of the rights and duties being assessed. This would seem to be consistent with Lord Coleridge's conclusion that necessity can provide no justification for the taking of a life, such an act representing the most extreme form of rights violation. As discussed above, if any defence for such a homicidal act is to succeed, it would have to be framed as an excuse grounded on self-preservation. It could not possibly be declared by the Court to be rightful. By contrast, the justification analysis would seem to support those cases in which fulfilment of the legal duty to save persons entrusted to one's care is preferred over the lesser offences of trespass or petty theft: see *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, April 22, 1898, *Ménard's Case*, S. 1899.2.1. The crucial question for the justification defence is whether the accused's act can be said to represent a furtherance of or a detraction from the principle of the universality of rights.

In summary, it seems to me that the category of "normative involuntariness" into which an act done in the interests of self-preservation falls is characterized not by the literal voluntariness of the act but by its unpunishable nature. As such, the act may be exempted from culpability if it arose in a life-threatening situation of necessity. Where,

aux cas où l'acte de l'accusé constitue l'acquittement d'une obligation légale. Toutefois, on n'établit pas la justification simplement en démontrant l'existence d'obligations légales contradictoires. Étant donné que le moyen de défense repose sur la justesse du choix fait par l'accusé, la règle de la proportionnalité joue un rôle capital dans l'appréciation d'une justification fondée sur deux obligations contradictoires.

Comme les faits de l'espèce ne comportent aucun conflit d'obligations légales, il n'est pas nécessaire d'examiner en détail la manière dont un tribunal doit apprécier l'étendue relative de deux maux. Il suffit de dire que toute appréciation de ce genre doit tenir compte de la notion du bien sur laquelle s'appuie la justification. L'appréciation ne peut se limiter à une simple évaluation pratique, par exemple, du nombre de vies sauvées et de morts évitées, mais doit, de quelque manière, traduire une tentative de saisir la nature des droits et des obligations examinés. Cela semblerait compatible avec la conclusion de lord Coleridge que la nécessité ne justifie nullement l'homicide qui constitue la forme la plus extrême d'atteinte à des droits. Il se dégage de l'analyse précédente que, pour réussir, un moyen de défense invoqué en cas d'homicide doit prendre la forme d'une excuse fondée sur la conservation de soi. Il est impossible qu'un tribunal qualifie de bon un homicide. Par contre, l'analyse de la justification semble appuyer les décisions où les tribunaux ont jugé que l'obligation légale de sauver les personnes dont on a la garde l'emporte sur les infractions moindres d'intrusion et de larcin: voir *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, 22 avril 1898, *arrêt Ménard*, S. 1899.2.1. La question fondamentale qui se pose dans le cas du moyen de défense fondé sur la justification est de savoir si l'acte de l'accusé respecte le principe de l'universalité des droits ou s'il y déroge.

En résumé, il me semble que la catégorie du «caractère involontaire dit normatif» dans laquelle se situe tout acte accompli en vue de la conservation de soi se distingue non pas par le caractère volontaire, au sens littéral, de l'acte, mais par le fait qu'il ne peut entraîner aucune peine. L'auteur d'un tel acte peut être exempté de toute culpabilité

however, a defence by way of excuse is premised on compassion for the accused or on a perceived failure to achieve a desired instrumental end of punishment, the judicial response must be to fashion an appropriate sentence but to reject the defence as such. The only conceptual premise on which necessity as an excuse could rest is the inherent impossibility of a court's responding in any way to an act which, although wrongful, was the one act which any rational person would commit.

Where the defence of necessity is invoked as a justification the issue is simply whether the accused was right in pursuing the course of behaviour giving rise to the charge. Thus, where the act otherwise constitutes a criminal offence (*i.e.* it embodies both *mens rea* and the *actus reus*) the accused must show that he operated under a conflicting legal duty which made his seemingly wrongful act right. But such justification must be premised on a right or duty recognized by law. This excludes conduct attempted to be justified on the ground of an ethical duty internal to the conscience of the accused as well as conduct sought to be justified on the basis of a perceived maximization of social utility resulting from it. Rather, the conduct must stem from the accused's duty to satisfy his legal obligations and to respect the principle of the universality of rights.

I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellants: Turnham, Green, Higinbotham & Woodland, Victoria; Janice R. Dillon, Vancouver; Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

s'il l'a accompli dans une situation de nécessité où sa vie était en danger. Toutefois, si l'excuse invoquée comme moyen de défense repose sur la compassion pour l'accusé où sur le sentiment que l'imposition de la peine prévue n'aura pas l'effet souhaité, les juges doivent réagir en façonnant une sentence appropriée, mais en rejetant le moyen de défense comme tel. Au point de vue conceptuel, l'unique fondement que puisse avoir la nécessité en tant qu'excuse est l'impossibilité inhérente pour un tribunal de se prononcer de quelque manière sur un acte qui, quoique mauvais, aurait été commis par n'importe quelle personne raisonnable.

Lorsque le moyen de défense fondé sur la nécessité est invoqué comme une justification, il s'agit simplement de déterminer si l'accusé a eu raison de suivre la ligne de conduite à l'origine de l'accusation. Ainsi, lorsque l'acte constitue par ailleurs une infraction criminelle (c.-à-d. qu'il comporte à la fois la *mens rea* et l'*actus reus*), l'accusé doit démontrer qu'il a agi en raison d'obligations légales contradictoires, ce qui a fait de son acte apparemment mauvais un acte bon. Mais cette justification doit reposer sur un droit ou une obligation reconnus par la loi. Cela a pour effet d'exclure la conduite que l'on tente de justifier par une obligation morale que ressentait intérieurement l'accusé et celle que l'on cherche à justifier par ce qu'on croit être la réalisation d'un plus grand bien pour la société. La conduite doit plutôt découler de l'obligation qui incombe à l'accusé de s'acquitter des responsabilités que lui confère la loi et de respecter le principe de l'universalité des droits.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés.

Procureurs des appelants: Turnham, Green, Higinbotham & Woodland, Victoria; Janice R. Dillon, Vancouver; Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Ken Gordon Excavating Limited *Appellant*;

and

Edstan Construction Limited, Ontario Mortgage Corporation and Ontario Housing Corporation *Respondents*;

and between

Ontario Housing Corporation *Appellant*;

and

Ken Gordon Excavating Limited, Ontario Mortgage Corporation and Edstan Construction Limited *Respondents*.

File Nos.: 17143 and 17132.

1984: May 16 and 17; 1984: October 11.

Present: Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mechanics' liens — Owner — Public works — Crown corporation selling land and holding mortgage — Project inspired by that corporation — Whether or not Crown corporation an "owner" — Whether or not project a "public work".

Mechanics' liens — Validity — Public works — Notice — Crown to receive notice of lien — Whether or not liens valid in absence of notice — Whether or not defect curable.

Mechanics' liens — Priorities — Advances made under mortgage — Legal nature of advances — Whether or not liens payable out of monies advanced — Whether or not amount payable limited to statutory holdback — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, (now R.S.O. 1980, c. 261), as amended by 1975 (Ont.), c. 43, ss. 1(1)(d), (da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

This appeal concerned the validity of a group of lien claims filed by suppliers against a small housing project undertaken by two Ontario Crown corporations, Ontario Housing Corporation (OHC), the Ontario Mortgage Corporation (OMC), and a now bankrupt builder, Edstan Construction Limited (E). The lien claims fell into two groups. Two claimants filed notice on OHC and OMC (as required where the project in question was a public work) in addition to filing their claim in the Registry Office. The remaining ten lien claimants only

Ken Gordon Excavating Limited *Appelante*;

et

Edstan Construction Limited, Société d'hypothèques de l'Ontario et Société de logement de l'Ontario *Intimées*;

et entre

Société de logement de l'Ontario *Appelante*;

et

Ken Gordon Excavating Limited, Société d'hypothèques de l'Ontario et Edstan Construction Limited *Intimées*.

N^os du greffe: 17143 et 17132.

1984: 16 et 17 mai; 1984: 11 octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

Privilèges de constructeur — Propriétaire — Ouvrages publics — Société d'État qui vend un bien-fonds et qui détient une hypothèque — Projet inspiré par cette société — La société d'État est-elle un «propriétaire»? — Le projet est-il un «ouvrage public»?

Privilèges de constructeur — Validité — Ouvrages publics — Avis — Sa Majesté est censée recevoir avis du privilège — À défaut d'avis, les privilèges sont-ils valides? — Ce défaut peut-il être corrigé?

Privilèges de constructeur — Priorités — Avances faites en vertu d'une hypothèque — Caractère juridique des avances — Les montants des privilèges doivent-ils être payés à même les fonds avancés? — La somme à payer est-elle limitée au montant de la retenue prévue par la loi? — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 261), modifiée par 1975 (Ont.), chap. 43, art. 1(1)d),da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

Le pourvoi porte sur la validité d'un ensemble de revendications de privilège que des fournisseurs ont déposées à l'égard d'un petit projet d'habitations entrepris par deux sociétés d'État ontariennes, savoir la Société de logement de l'Ontario (SLO) et la Société d'hypothèques de l'Ontario (SHO), et un entrepreneur en bâtiments, maintenant en faillite, Edstan Construction Limited (Edstan). Il y a deux groupes de revendications de privilège. Deux créancières privilégiées ont déposé leurs revendications de privilège au bureau d'en-

filed in the usual way in the Registry Office. The claims were asserted against OHC as a non-contracting owner, given E's insolvency.

E bought twenty-five lots from OHC subject to an interest-free second mortgage held by OHC and representing the "primary principal" (capital invested) and the "remainder principal" (capital profit). The construction costs were covered by a first mortgage granted E by OMC. The arrangements were later amended by an agreement between OHC and E where the "primary principal" was deducted from the second mortgage and was to be financed through an increase in the first mortgage. Progress draws were to be authorized by Central Mortgage and Housing Corporation (CMHC) but the agreements did not stipulate how the draws were to be authorized or what expenses were to be covered by the draw. Sometime later, OMC and OHC entered an agreement where OMC undertook to secure and protect the interest of OHC, as its agent, for the "primary principal"; E was not a party to the agreement.

The work began well before the financial arrangements were registered but the project was abandoned shortly after the first draw for want of funds. OMC first deducted the "primary principal" for the lots involved and paid OHC and then paid the remainder to E. The second draw (made after the project was abandoned) was paid entirely to OMC. The twelve lien claims were filed and the two notices were given after E abandoned the project. OMC sold the property under its power of sale and by agreement held the proceeds pending the outcome of these proceedings. At issue here was (1) whether or not OHC was an owner as defined by the statute, (2) whether or not the project was a "public work" such that the Crown or crown agency involved was entitled to notice of a lien claim, (3) whether or not those with a valid claim were entitled to payment in full or only to the amount of the statutory holdback and (4) the legal nature of—and the legal consequences flowing from that characterization—the payments by OMC out of the proceeds of the first mortgage.

registrement et, de plus, ont signifié des avis à SLO et à SHO (comme c'est requis dans le cas d'un ouvrage public). Les dix autres créanciers privilégiés se sont contentés de déposer leurs revendications de privilège de la façon habituelle au bureau d'enregistrement. Compte tenu de l'insolvabilité d'Edstan, les privilèges ont été revendiqués contre SLO en sa qualité de propriétaire qui ne fait pas office d'entrepreneur.

Edstan a acheté à SLO 25 terrains; ces terrains étaient grevés d'une seconde hypothèque détenue par SLO, dont le montant se composait du «capital principal» (le capital investi) et du «capital restant» (le profit en capital). Les coûts de construction devaient être payés au moyen d'un prêt sur première hypothèque consenti par SHO à Edstan. Par la suite, un contrat est intervenu entre SLO et Edstan, qui a eu pour effet de modifier ces modalités de manière que le «capital principal» soit déduit du montant de la seconde hypothèque pour être affecté à la première hypothèque, augmentant d'autant celle-ci. La Société centrale d'hypothèques et de logement (SCHL) était censée autoriser le versement d'acomptes, mais les contrats ne précisaient pas de quelle manière, pas plus qu'ils n'indiquaient les dépenses auxquelles les acomptes devaient être imputés. Quelque temps après, SHO et SLO ont conclu un accord dans lequel SHO, en sa qualité de mandataire de SLO, s'est engagée à garantir et à protéger le droit de cette dernière sur le «capital principal»; Edstan n'était pas partie à l'accord.

Les travaux ont commencé bien avant l'enregistrement des engagements financiers, mais un manque de fonds a provoqué l'abandon du projet peu après le versement du premier acompte. SHO a d'abord déduit le «capital principal» afférent aux terrains en question et a payé SLO avant de remettre le restant à Edstan. Le second acompte (postérieur à l'abandon du projet) a été versé intégralement à SHO. Le dépôt des douze revendications de privilège et la signification des deux avis ont également fait suite à l'abandon du projet par Edstan. SHO a vendu le bien-fonds en vertu de son pouvoir de vendre et, conformément à un accord intervenu à cet effet, a gardé le produit en attendant l'issue des procédures. Les questions en litige sont de savoir (1) si SLO est un propriétaire au sens de la Loi, (2) si le projet constitue un «ouvrage public» de sorte que Sa Majesté ou un de ses organismes intéressés avait droit à un avis de toute revendication de privilège, (3) si les titulaires d'un privilège valide avaient droit au paiement intégral ou seulement au montant de la retenue prévue par la Loi et (4) quelles sont les conséquences et la nature juridiques des versements effectués par SHO à même les fonds avancés en vertu de la première hypothèque.

Held: The appeal of Ken Gordon Excavating Limited should be allowed and the appeal of Ontario Housing Corporation should be dismissed.

Ontario Housing Corporation fell within the Act's definition of owner under s. 1(1)(*d*). The arrangements between E and OHC and the similarity of that relationship to other cases where the Court found statutory "ownership" amply justified this finding.

The ten lien claimants cannot rely on the registered liens for a claim against the interest of OHC since this building project was a "public work" as defined in s. 1(1)(*da*). Notice to the Crown agency or ministry of government concerned was explicitly required by the statute and was an elementary and essential requirement to create and preserve the lien. The absence of notice was a breach of statute without judicial remedy. The two lien holders who did deliver notice, however, had valid and enforcable liens against OHC for the absence of an affidavit was a defect curable by s. 18.

The two lien claimants were entitled to the total claimed, and whether or not the claims exceeded the statutory holdback requirements of s. 11(7) was not determinative. Section 5(2), as enacted in 1975, did not limit persons claiming liens against a public work to the holdback provision of subss. 11(7) and (9), but rather invoked the whole of s. 11, including s. 11(6). If the amounts in question remaining in possession, or which should have remained in possession of the owners, exceeded the amount of the liens advanced in compliance with s. 21*a*, the lien claimants are entitled to payment in full.

The payments made by OMC to OHC were advances made under a building mortgage pursuant to the contractual direction of the mortgagor. These advances, made in the face of validly registered liens, were available to retire the claims of the lien claimants. E had been obligated to buy the lots from OHC and to pay for the combined land costs (capital cost plus capital profit). No document executed by OHC and E annuled this obligation. OHC had the right under the agreement to receive a mortgage from E in part payment of the price and to receive the balance in cash from E who, in turn, was entitled to raise that cash by way of an enlarged first mortgage from OMC. The agreement between OMC and OHC could not construct or reconstruct a transaction binding on E—E was not a party to this

Arrêt: Le pourvoi de Ken Gordon Excavating Limited est accueilli et le pourvoi de la Société de logement de l'Ontario est rejeté.

La Société de logement de l'Ontario est un propriétaire au sens de la définition donnée par l'al. 1(1)*d*) de la Loi. Le contrat intervenu entre Edstan et SLO et la ressemblance des rapports entre eux avec ceux qui existent dans d'autres affaires où la Cour a jugé opportun d'appliquer la définition légale de «propriétaire» suffisent largement pour confirmer le bien-fondé d'une conclusion dans ce sens.

Les dix créanciers qui n'ont pas donné d'avis ne peuvent se fonder sur l'enregistrement pour revendiquer un privilège sur le droit de SLO, puisque le projet de construction en cause constitue un «ouvrage public» défini à l'al. 1(1)*da*). La Loi exige expressément qu'un avis soit donné à l'organisme de Sa Majesté ou au ministère concerné, cet avis étant une exigence fondamentale pour la création et la conservation du privilège. Le défaut d'avis enfreint la Loi sans que les tribunaux puissent y remédier. Toutefois, les deux créancières qui ont donné un avis détiennent des privilèges valides qu'elles peuvent exercer contre SLO, car l'art. 18 remédie à l'absence d'affidavit.

Les deux créancières en question ont droit au plein montant revendiqué et il est sans intérêt que ce montant dépasse ou non celui de la retenue prévue au par. 11(7). Le paragraphe 5(2), tel qu'il a été adopté en 1975, n'oblige pas les personnes qui revendiquent des privilèges grevant un ouvrage public à se fonder uniquement sur les par. 11(7) et (9) relatifs aux retenues, mais leur permet d'invoquer l'ensemble de l'art. 11, y compris son par. (6). Si les montants en question qui restent ou qui auraient dû rester en la possession des propriétaires dépassent le montant des privilèges revendiqués conformément à l'al. 21*a*, les créanciers privilégiés ont droit au paiement intégral.

Les versements effectués par SHO à SLO étaient des avances hypothécaires faites conformément à une directive contractuelle de la débitrice hypothécaire. Puisqu'il y avait des privilèges validement enregistrés au moment des avances, on pouvait puiser dans ces montants pour désintéresser les créanciers privilégiés. Edstan était obligée d'acheter les terrains à SLO moyennant paiement à celle-ci d'une somme composée de son coût en capital et de son profit en capital. Aucun document signé par SLO et Edstan n'a annulé cette obligation. Aux termes du contrat, SLO pouvait recevoir, en paiement partiel du prix d'achat, une hypothèque consentie par Edstan et le solde en espèces, montant que le contrat autorisait Edstan à réunir à cette fin en augmentant le montant de la première hypothèque accordée à SHO. L'accord

contract—which would deprive E of its right to receive the cash from the mortgagee on the first mortgage in order to retire the obligation to OHC as the vendor under the basic agreement. The documentation fell hopelessly short of that required to establish the transaction as the sale of an unregistered inchoate mortgage interest which, by the design of its principal actors, was never to come into existence.

Phoenix Assurance Co. v. Bird Construction Co., [1984] 2 S.C.R. 199; *Northern Electric Co. v. Manufacturers Life Insurance Co.*, [1977] 2 S.C.R. 762; *Hamilton (City of) v. Cipriani*, [1977] 1 S.C.R. 169; *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21; *Dorbern Investments Ltd. v. Provincial Bank of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 459, referred to.

Macklem and Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4th ed. 1978), referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, allowing an appeal by Ken Gordon Excavating Limited (in its individual capacity) and dismissing an appeal by Ken Gordon Excavating Limited (in its representative capacity) from a judgment of the Divisional Court varying a judgment of Doyle J. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, dismissing an appeal by Ontario Housing Corporation from a judgment of the Divisional Court varying a judgment of Doyle J. Appeal dismissed.

Paul Leamen and *Renée-Marie Barrette*, for Ken Gordon Excavating Limited (in its representative capacity).

Tom Marshall, Q.C., and *Leith Hunter*, for Ontario Housing Corporation.

John Tavel, Q.C., and *Robert Steinberg*, for Ontario Mortgage Corporation.

Peter J. Bishop, for Ken Gordon Excavating Limited (in its individual capacity).

intervenu entre SHO et SLO ne peut jouer de manière à porter atteinte au droit d'Edstan, qui n'y est pas partie, de recevoir de sa créancière hypothécaire, en vertu de la première hypothèque, les fonds destinés à l'acquittement de son obligation envers la venderesse SLO conformément au contrat de base. Les documents en cause sont bien loin de représenter ce qui serait nécessaire pour prouver que l'opération est la vente d'un droit hypothécaire incomplet non enregistré qui, selon les intentions des principaux intéressés, ne devait jamais prendre naissance.

Jurisprudence: *Phoenix Assurance Co. c. Bird Construction Co.*, [1984] 2 R.C.S. 199; *Northern Electric Co. c. La compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1977] 2 R.C.S. 762; *Hamilton (Municipalité de) c. Cipriani*, [1977] 1 R.C.S. 169; *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21; *Dorbern Investments Ltd. c. La Banque Provinciale du Canada*, [1981] 1 R.C.S 459.

Doctrine: Macklem and Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4e éd. 1978).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, accueillant un appel interjeté par Ken Gordon Excavating Limited (en son propre nom) et rejetant un appel interjeté par Ken Gordon Excavating Limited (en sa qualité de représentante) contre un jugement de la Cour divisionnaire, qui avait modifié une décision du juge Doyle. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, rejetant un appel interjeté par la Société de logement de l'Ontario contre un jugement de la Cour divisionnaire, qui avait modifié une décision du juge Doyle. Pourvoi rejeté.

Paul Leamen et *Renée-Marie Barrette*, pour Ken Gordon Excavating Limited (en sa qualité de représentante).

Tom Marshall, c.r., et *Leith Hunter*, pour la Société de logement de l'Ontario.

John Tavel, c.r., et *Robert Steinberg*, pour la Société d'hypothèques de l'Ontario.

Peter J. Bishop, pour Ken Gordon Excavating Limited (en son propre nom).

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal concerns the validity of a group of lien claims filed by suppliers against a project undertaken by the Ontario Housing Corporation, a Crown corporation, (herein referred to as "OHC") in association with a builder, now bankrupt, and the Ontario Mortgage Corporation, another Crown corporation, (herein referred to as "OMC"). The facts are rather complex, and while in the final analysis are not determinative of the legal issues, they are essential to an understanding of the legal problem and the isolation of the solutions. The defunct builder, Edstan Construction Limited (herein referred to as "E"), plays no part in these proceedings except that the personal judgment rendered against E remains outstanding, not having been appealed, and is in the amount of $136,319.10.

The lien claims fall into two groups:

(a) Two lien claimants, S. Henry & Sons Limited and Ken Gordon Excavating Limited, filed notices on the two Crown agencies, OHC and OMC, in addition to filing their claim for lien in the Registry Office in the ordinary manner prescribed by *The Mechanics' Lien Act, infra.* The amount of these lien claims totals $54,900.01;

(b) The remaining ten lien claimants registered their liens against the lands of E in the usual way pursuant to *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, as amended by 1975 (Ont.), c. 43 (the "Act"), but did not give the notice required by that Act where the project in question is "a public work" as defined by s. 1(1)(*da*) of the Act. (The 1980 revision (R.S.O. 1980, c. 261) incorporates the 1975 amendments with new numbers. All references herein will be to the numbers as they were prior to 1980.) The total amount of the ten lien claims is $81,419.09.

The project concerns a small subdivision in the Ottawa region owned by OHC. Under the plan, as

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi porte sur la validité d'un ensemble de revendications de privilège que des fournisseurs ont déposées à l'égard d'un projet mis en oeuvre par la Société de logement de l'Ontario, une société d'État (ci-après appelée «SLO»), de concert avec un constructeur maintenant failli et la Société d'hypothèques de l'Ontario, une autre société d'État (ci-après appelée «SHO»). Les faits sont assez complexes et, même si en définitive ils ne sont pas déterminants sur le plan des questions de droit, ils sont essentiels pour comprendre le problème juridique en présence et dégager des solutions. Le constructeur failli, Edstan Construction Limited (ci-après appelée «Edstan»), ne participe pas à ces procédures, sauf que le jugement personnel de 136 319,10 $ rendu contre lui n'a pas été porté en appel et demeure exécutoire.

Les revendications de privilège se divisent en deux catégories:

a) Deux créancières privilégiées, S. Henry & Sons Limited et Ken Gordon Excavating Limited, ont signifié des avis aux deux sociétés d'État, SLO et SHO, en plus de déposer leurs revendications de privilège au bureau d'enregistrement de la manière habituelle prescrite par *The Mechanics' Lien Act, infra.* Le montant total de ces revendications s'élève à 54 900,01 $.

b) Les dix autres créanciers privilégiés ont enregistré leurs privilèges grevant les biens-fonds d'Edstan de la façon habituelle conformément à *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, chap. 267, modifiée par 1975 (Ont.), chap. 43 (la «Loi»). Ils n'ont toutefois pas donné l'avis exigé par cette loi dans le cas d'un [TRADUCTION] «ouvrage public» au sens de l'al. 1(1)*da*) de la Loi. (Les modifications apportées en 1975 sont reprises dans R.S.O. 1980, chap. 261; seule la numérotation a changé. Dans les présents motifs, nous gardons l'ancienne numérotation.) Le montant total de ces dix revendications de privilège s'élève à 81 419,09 $.

Le projet concerne un petit lotissement appartenant à SLO et situé dans la région d'Ottawa. Selon

embodied in an agreement dated May 5, 1977, E would purchase the twenty-five lots from OHC by paying therefor by a second mortgage to OHC securing the total price of the lands. This price amounted to $670,500 and was made up of (a) the sum referred to as the "primary principal" of $350,930 which was the cost to OHC of acquiring and developing the land; and, (b) the sum referred to as the "remainder principal" of $319,570, the difference between the costs in (a) above and the agreed market value of the land. This mortgage was to become a second mortgage and called for no interest payments by E. The ultimate purchasers of the houses were required to pay the "remainder principal" without interest by a lump sum payment on the expiry of the mortgage, some thirty-three years hence. The "primary principal" was repayable with interest on an amortized basis over the life of this second mortgage.

By a further provision in the agreement between E and OHC, E was to arrange a first mortgage with OMC, or some other lender approved by OHC, for an amount not less than 95 per cent of the maximum selling prices of the houses themselves as stipulated in the agreement which was $625,740. The mortgage therefore was to amount to not less than $594,453. Thus the total sale price for all lots and houses when constructed was:

Sale price of houses per agreement—	$ 625,740
Total land value—	670,500
Total	$1,296,240

On August 9, 1977, OMC gave to E a mortgage commitment of $931,001.84 which was much in excess of the minimum specified in the agreement.

On August 22, 1977, after some correspondence between the parties, the agreement between OHC and E was amended so as to provide for the transfer from the second mortgage, to be granted by E to OHC, of the "primary principal" to the first mortgage by increasing the amount of the

le plan contenu dans un contrat en date du 5 mai 1977, Edstan devait acheter les vingt-cinq terrains à SLO en consentant à cette dernière une seconde hypothèque en garantie du prix total de ces biens-fonds. Ce prix était de 670 500 $ et comprenait a) le montant désigné comme le «capital principal», soit la somme de 350 930 $ représentant ce qu'il en a coûté à SLO pour acquérir et aménager le bien-fonds, et b) le montant désigné comme le «capital restant», soit la somme de 319 570 $ représentant la différence entre les coûts mentionnés en a) et la valeur marchande convenue du bien-fonds. Cette hypothèque, qui devait devenir une hypothèque de second rang, n'exigeait aucun paiement d'intérêts de la part d'Edstan. À l'expiration de l'hypothèque, au bout d'environ trente-trois ans, les derniers acquéreurs seraient tenus de payer le «capital restant» en un versement unique sans intérêts. Quant au «capital principal», il devait être remboursé avec intérêts au moyen de versements échelonnés sur la durée de la seconde hypothèque.

De plus, en vertu du contrat intervenu entre Edstan et SLO, Edstan devait consentir à SHO ou à un autre prêteur approuvé par SLO, une première hypothèque dont le montant devrait représenter au moins 95 pour 100 du prix de vente maximal des maisons elles-mêmes, soit 625 740 $, tel que stipulé dans le contrat. Le montant de l'hypothèque devrait donc s'élever à au moins 594 453 $. Ainsi, le prix de vente total de l'ensemble des terrains et des maisons qui y seraient construites était le suivant:

Prix de vente des maisons selon le contrat—	625 740 $
Valeur totale des biens-fonds—	670 500 $
Total	1 296 240 $

Le 9 août 1977, SHO a consenti à Edstan un prêt hypothécaire de 931 001,84 $, ce qui dépassait largement le montant minimum spécifié dans le contrat.

Le 22 août 1977, à la suite d'un échange de correspondance entre les parties, le contrat entre SLO et Edstan a été modifié de manière à ce que le «capital principal» soit garanti non plus par la seconde hypothèque qu'Edstan devait consentir à SLO, mais par la première hypothèque dont le

first mortgage accordingly. The agreement thereupon provided that:

> ... an amount equal to the primary principal sum for that parcel shall be deducted from the advances to the Builder on the first mortgage and paid to O.H.C ....

OHC perhaps thereby intended to "sell" its second mortgage interest, represented by the "primary principal", to OMC, but the legal mechanics adopted did not implement any such intent. As a result, the OMC mortgage now extended beyond construction financing and included the "primary principal", being part of the land costs payable by E to OHC, in the amount of $350,930, and OHC held a second mortgage for the balance of the land costs payable under the agreement by E to OHC. The effect of the alteration to the agreement of May made in August was to accelerate the payment of the "primary principal" to OHC who would now receive it as cash on closing from E, or as later paid out by OMC on the direction of E, the mortgagor, from the principal secured under the OMC first mortgage.

The transaction became further complicated by two mortgage commitments issued by OMC in favour of E. The first commitment, issued on August 9, 1977, provided for a first mortgage of $931,001.84 which, as already observed, appears to be about $300,000 higher than the 95 per cent of construction cost specified in the basic agreement as the minimum first mortgage. This commitment was amended on August 22, 1977 so as to provide for the transfer of the "primary principal" from the second mortgage to the first mortgage, the avowed purpose being to consolidate in one mortgage all payments which bore interest and which called for repayment on a progressive basis during the term of the mortgage.

The plan established by the mortgage commitment was for progress draws to be advanced by OMC from time to time "as authorized by Central Mortgage and Housing Corporation" ("CMHC").

montant serait augmenté en conséquence. Le contrat ainsi modifié portait:

> [TRADUCTION] ... un montant égal à celui du capital principal payé pour ce bien-fonds sera déduit des avances consenties au constructeur en vertu de la première hypothèque et versé à SLO ...

SLO a peut-être voulu par là «vendre» à SHO son droit hypothécaire de second rang, représenté par le «capital principal», mais le mécanisme juridique adopté n'a pas eu pour effet de réaliser une telle intention. Par conséquent, l'hypothèque de SHO portait maintenant non seulement sur le financement de la construction, mais également sur le «capital principal». Ce «capital principal» s'élevait à 350 930 $ et représentait une partie du coût du bien-fonds qu'Edstan devait payer à SLO. SLO, pour sa part, détenait une seconde hypothèque relativement au solde du coût du bien-fonds payable par Edstan à SLO en vertu du contrat. La modification qu'on a apportée en août au contrat intervenu en mai a eu pour effet d'accélérer le paiement du «capital principal» à SLO qui, désormais, recevrait ce montant en espèces, le paiement devant être effectué soit par Edstan à la conclusion du marché, soit par SHO, sur l'ordre d'Edstan, la débitrice hypothécaire, à même le capital garanti par la première hypothèque consentie à SHO.

L'opération est compliquée davantage par deux engagements hypothécaires contractés par SHO en faveur d'Edstan. Le premier de ces engagements, en date du 9 août 1977, prévoyait une première hypothèque de 931 001,84 $ qui, comme nous l'avons déjà souligné, semble dépasser d'environ 300 000 $ le 95 pour 100 du coût de construction fixé dans le contrat de base comme montant minimal de la première hypothèque. Cet engagement a été modifié le 22 août 1977 de manière à ce que le «capital principal» soit garanti non plus par la seconde hypothèque, mais par la première hypothèque, l'objet déclaré étant de consolider en une seule hypothèque tous les paiements qui portaient intérêts et qui devaient être remboursés progressivement pendant la durée de l'hypothèque.

Suivant le plan établi par l'engagement hypothécaire, SHO devait verser, à l'occasion, des acomptes [TRADUCTION] «autorisés par la Société centrale d'hypothèques et de logement» (la «SCHL»).

That Corporation was not a party to any of the mortgage commitments or to the basic agreement or to the amendment of the basic agreement. Significantly, OHC was also not a party to these mortgage commitments and the arrangements therein established. Specifically, there is nothing in any of the documents as to how the progress payments were to be authorized by CMHC or whether they were to include more than advances to be paid to the mortgagor, E, as E incurred costs in constructing the houses. Certainly, OMC was not connected to the "deemed" advances to OHC.

Construction commenced in June or early July 1977 and continued until E abandoned the project on October 7, 1977 when it was estimated that 25 to 30 per cent of the work had been completed.

On September 26, 1977, OHC transferred the twenty-five lots to E, and the first and second mortgages (actually charges) were registered under *The Land Titles Act* in favour of OMC and OHC respectively. After the abandonment of the project, the twelve liens or notices of lien were registered or delivered between October 18 and November 18, 1977.

Advances were made under the first mortgage by OMC to E as follows. On October 6, 1977, OMC advanced a total of $26,225 to E under the first mortgage. This represented progress payments authorized by CMHC on five lots amounting in all to $96,100. The amount paid over to E is the remainder, after subtracting from the authorized progress payments the sum of $69,875 representing the amount of the primary principal with reference to each of these five lots. This deduction of $69,875 was paid out by OMC to OHC by what appears to have been an intra-departmental cheque dated December 1, 1977. The actual cheque was in the amount of $69,870, the discrepancy of $5 being unexplained. I will return to the question of other payments made by OMC to OHC shortly.

La SCHL n'était partie ni aux engagements hypothécaires, ni au contrat de base, ni à la modification de ce dernier. Fait à souligner, SLO n'était pas elle non plus partie à ces engagements hypothécaires ni aux arrangements qui y étaient prévus. Plus précisément, aucun des documents en cause n'indique la façon dont le versement des acomptes devait être autorisé par la SCHL, ni si le montant de ces acomptes devait comprendre plus que les sommes qui devaient être avancées à la débitrice hypothécaire, Edstan, à mesure que celle-ci engageait des dépenses pour la construction des maisons. Chose certaine, SHO n'avait rien à voir avec les avances qu'on est «censé» avoir versées à SLO.

Les travaux de construction ont débuté en juin ou vers le début de juillet 1977 et ils se sont poursuivis jusqu'à ce que Edstan abandonne le projet le 7 octobre 1977. D'après les estimations, les travaux étaient à ce moment-là terminés dans une proportion de 25 pour 100 à 30 pour 100.

Le 26 septembre 1977, SLO a cédé les vingt-cinq terrains à Edstan et les première et seconde hypothèques (en réalité des charges) ont été enregistrées au nom de SHO et SLO respectivement, conformément à *The Land Titles Act*. À la suite de l'abandon du projet, les douze privilèges ou avis de privilège ont été, selon le cas, enregistrés ou signifiés entre le 18 octobre et le 18 novembre 1977.

Passons maintenant à un examen des avances consenties par SHO à Edstan en vertu de la première hypothèque. Le 6 octobre 1977, SHO a avancé à Edstan, en vertu de la première hypothèque, la somme totale de 26 225 $. Cette somme représentait l'ensemble des acomptes autorisés par la SCHL à l'égard de cinq terrains, soit 96 100 $, moins la somme de 69 875 $, c'est-à-dire le montant du capital principal relativement aux cinq terrains en question. Ce montant de 69 875 $ a été payé à SLO par SHO au moyen de ce qui semble être un chèque intraministériel en date du 1er décembre 1977. Toutefois, le montant de ce chèque était de 69 870 $ et la différence de 5 $ demeure inexpliquée. Je reviendrai un peu plus loin sur la question des autres paiements faits par SHO à SLO.

By another cheque dated November 1, 1977, the sum of $281,060 was likewise paid over by OMC to OHC. Again there appears to be no specific written direction from E authorizing this payment. In any event, it is clear from what little documentation appears in the record that these advances were made by the first mortgagee OMC in response to statements or certificates issued by CMHC, and dated between August 5 and October 4. The actual processing by the mortgagee appears, from these certificates, to have been on October 6 when the net amount above mentioned was, in fact, paid to E. No other moneys were ever paid out by OMC to E, or to anyone else on E's direction. No witness from CMHC appeared to explain whether CMHC authorized construction advances only, as mentioned in the mortgage commitment, or whether CMHC authorized "land cost" advances, or some of each.

The evidence indicates that by September 26, CMHC had authorized advances totalling $286,585 (including the $96,100 mentioned above) with respect to twenty-one of the twenty-five lots. Unlike the practice followed in the case of the $96,100 authorization, no advance was paid to E with respect to these authorizations. Although the figure used in the judgments below was $286,785, the total of the net advances authorized by CMHC is $286,585. As there were no total authorized advances presented by witnesses or in the documentary evidence, the origin of this figure is unknown. The evidence indicates that some time later the sum of $281,060 was paid by OMC to OHC by cheque dated November 1, 1977. (There is no explanation of the discrepancy between the amount of the payment and the amount authorized.) Both of the aforementioned cheques passing between the two mortgagee corporations are drawn on the Royal Bank of Canada and are marked "not negotiable". Presumably, these are the mechanics for the transfer intradepartmentally between these two corporations which are supervised by the same department of the government of the Province of Ontario. In any case, E received none of these moneys nor any moneys released by

De même, au moyen d'un autre chèque daté du 1er novembre 1977, SHO a payé à SLO la somme de 281 060 $. Là encore, ce paiement ne semble pas avoir fait l'objet d'une autorisation expresse écrite de la part d'Edstan. Quoi qu'il en soit, il ressort clairement du peu de documentation qui figure dans le dossier que la titulaire de la première hypothèque, savoir SHO, a avancé ces sommes à la suite de déclarations ou de certificats émanant de la SCHL et dont la date se situe entre le 5 août et le 4 octobre. D'après ces certificats, la créancière privilégiée semble s'être exécutée le 6 octobre au moment où le montant net susmentionné a effectivement été versé à Edstan. Aucune autre somme n'a jamais été payée par SHO à Edstan ou à quelqu'un d'autre sur l'ordre d'Edstan. Aucun représentant de la SCHL n'a été cité comme témoin pour déposer sur la question de savoir si elle n'a autorisé que des avances relatives à la construction, tel que mentionné dans l'engagement hypothécaire, ou si elle a autorisé des avances relatives au «coût du bien-fonds» ou les deux.

Il ressort de la preuve que, dès le 26 septembre, la SCHL avait autorisé des avances s'élevant au total à 286 585 $ (y compris les 96 100 $ susmentionnés) à l'égard de vingt et un des vingt-cinq terrains. Contrairement à la pratique suivie dans le cas de l'autorisation des 96 100 $, aucune somme n'a été avancée à Edstan en ce qui concerne ces autorisations. Bien que le chiffre utilisé dans les décisions des cours d'instance inférieure soit de 286 785 $, le total net des avances autorisées par la SCHL est de 286 585 $. Comme aucun montant total des avances autorisées n'a été soumis ni par les témoins ni dans la preuve documentaire, l'origine de ce chiffre est inconnue. Il ressort de la preuve que quelque temps après, SHO a payé à SLO, par chèque daté du 1er novembre 1977, la somme de 281 060 $. (On n'a pas fourni d'explication au sujet de l'écart entre le montant versé et le montant autorisé.) Les deux chèques susmentionnés, qui ont passé d'une créancière hypothécaire à l'autre, ont été tirés par SHO sur la Banque Royale du Canada et portent la mention [TRADUCTION] «non négociable». C'est vraisemblablement ainsi que s'effectuent les transferts intraministériels entre ces deux sociétés qui relèvent du même ministère du gouvernement de la province de l'On-

the CMHC authorization, although its total construction expenditures by that time amounted to approximately $167,448.02.

On October 7, 1977, about the time E received its advance of $26,225, E, for want of funds, abandoned the project. By that time, E had already entered into agreements of purchase and sale with twenty-five purchasers for these houses.

It is significant to note that between October 18 and November 18, 1977, all twelve liens were registered and notices in addition thereto were delivered by two of the lien claimants. It was after these dates of registration and delivery of notice that both payments, totalling $350,930, were made by OMC to OHC.

On October 24, 1977, OHC served notice on E that, by reason of its withdrawal from the project, OHC intended, should that default not be rectified within ten days, to enforce its rights under the parties' agreement of May as amended in August. It is significant to note that OMC was not a party to that agreement, and hence was not a party to the notice, and that OHC did not follow through and enforce its default remedies under the agreement.

On December 2, 1977, OMC instituted power of sale proceedings under the first mortgage, alleging default in the payment of moneys due under the mortgage. This process was followed in respect of each lot independently. The amount alleged to be in default appears to be some unexplained part of the principal sum secured by each first mortgage, together with interest for an unspecified period of time, and "emergency winterization costs" plus "costs $750". Each mortgage contained a clause requiring E, the mortgagor, to complete houses on each lot according to plans approved by OMC. Breach of this term is not specifically alleged in the various notices. The propriety of the sale proceedings, however, is not in issue before this Court in these proceedings. It also must be borne in mind that we are not here concerned with the rights and entitlements of E as against OHC, OMC or

tario. En tout état de cause, bien qu'elle eût jusqu'alors dépensé la somme totale d'environ 167 448,02 $ pour les travaux de construction, Edstan n'a reçu aucune de ces sommes ni aucune des sommes dont le paiement a été autorisé par la SCHL.

Le 7 octobre 1977, soit vers l'époque où elle a reçu son avance de 26 225 $, Edstan, à court de fonds, a abandonné le projet. Edstan avait alors déjà signé des promesses de vente avec vingt-cinq acheteurs relativement aux maisons en question.

Il est important de noter qu'entre le 18 octobre et le 18 novembre 1977, chacun des douze privilèges a été enregistré et qu'en plus de cela deux des créanciers privilégiés ont donné des avis. Ce n'est qu'après l'enregistrement et la signification des avis que SHO a versé à SLO les deux sommes s'élevant au total à 350 930 $.

Le 24 octobre 1977, SLO a signifié à Edstan son intention d'exercer les droits que lui conférait leur contrat passé en mai et modifié en août, dans le cas où celle-ci ne reviendrait pas sur sa décision de se retirer du projet dans un délai de dix jours. Il importe de noter que SHO, n'étant pas partie à ce contrat, n'a pas été partie à l'avis donné à Edstan et que SLO ne s'est pas prévalue des recours prévus en cas de manquement aux obligations contractuelles.

Le 2 décembre 1977, SHO, alléguant le non-paiement des sommes exigibles aux termes de la première hypothèque, a engagé des procédures en vertu du pouvoir de vendre conféré par cette hypothèque. La même procédure a été suivie à l'égard de chaque terrain. D'après ce qu'on allègue, le montant impayé semble comprendre une partie inexpliquée du capital garanti par chaque première hypothèque, des intérêts pour une période indéterminée, des [TRADUCTION] «coûts d'hivérisation d'urgence» plus [TRADUCTION] «des frais de 750 $». Chacune des hypothèques contenait une clause exigeant que la débitrice hypothécaire, Edstan, construise une maison sur chaque terrain conformément aux plans approuvés par SHO. La violation de cette condition n'est alléguée expressément dans aucun des différents avis. La légitimité des procédures de vente n'est toutefois pas contes-

anyone else, save as those rights may bear upon the enforcement of the liens in these proceedings.

The crux of E's financial problems is the apparent failure by the authorities in OMC and OHC, and perhaps in E, to define specifically in the agreement, the loan commitments and the mortgages, the mechanics for the payment by E to OHC of the purchase price on closing of the purchase of the lots by E from OHC, and the procedure for the making of the progress advances during construction, under the OMC first mortgage. By the reconstructed plan, E was to pay OHC for the twenty-five lots the same price, namely $670,500, by way of a second mortgage securing the sum of $319,570 representing OHC's capital costs in these lands. The balance of $350,930, theretofore to be payable by E to OHC as part of the second mortgage, was now to be paid by E in cash which was to be received by E from OMC under the first mortgage. The reconstructed plan allowed E and OMC to increase the first mortgage by this sum of $350,930, and OMC would then presumably advance this money on the direction of E to OHC and thereby OHC would credit E with the payment of the balance of the purchase price of the lots. The documentation of this aspect of the transaction was hopelessly inadequate, and, in fact, when read literally and precisely, the documentation never reaches the problem. As to the advances to the paid to E under the first mortgage, CMHC, which was not a party to any agreement or documentation but was simply named in the mortgage commitments, was apparently not instructed as to how to authorize the payment on behalf of E of the $350,930 to OHC out of the OMC mortgage proceeds. Consequently, CMHC simply authorized advances as construction proceeded without any reference to the primary principal or land costs which had been transferred to the first mortgage and, of course, without any reference to the payee of such advances. The form delivered by CMHC appears to be directed to the authorization of progress payments as work proceeded. Conseqently, when OMC, presumably

tée en cette Cour. Il faut également se rappeler qu'il n'est question ici des droits qu'Edstan peut faire valoir contre SLO, SHO ou n'importe quelle autre personne que dans la mesure où ces droits peuvent avoir une incidence sur l'exercice des privilèges présentement en cause.

Les problèmes financiers éprouvés par Edstan découlent essentiellement du défaut manifeste des responsables de SHO et de SLO, et peut-être d'Edstan, de préciser dans le contrat la nature des hypothèques et des engagements de prêt, les modalités du paiement par Edstan à SLO du prix d'achat des terrains et le mode de paiement au cours des travaux des acomptes à valoir sur le montant de la première hypothèque consentie à SHO. Selon le plan modifié, Edstan était tenue de payer à SLO le même prix pour les vingt-cinq terrains, savoir 670 500 $; à cette fin, elle devait consentir au vendeur, SLO, une seconde hypothèque en garantie de la somme de 319 570 $ représentant les dépenses en capital engagées par SLO à l'égard de ces terrains. Quant au solde de 350 930 $ jusqu'alors payable par Edstan à SLO en vertu de la seconde hypothèque, il devait maintenant être payé par Edstan en espèces, au moyen des fonds qu'elle recevrait de SHO en vertu de la première hypothèque. Le plan modifié a permis à Edstan et à SHO d'augmenter de cette somme de 350 930 $ la première hypothèque et, selon toute vraisemblance, SHO allait alors, sur l'ordre d'Edstan, avancer ces fonds à SLO et cette dernière porterait ainsi au crédit d'Edstan le paiement du solde du prix d'achat des terrains. La documentation portant sur cet aspect de l'opération est nettement insuffisante et, en fait, si on l'interprète de manière précise et littérale, elle ne touche aucunement le problème. Pour ce qui est des avances à verser à Edstan en vertu de la première hypothèque, la SCHL, qui n'est partie à aucun contrat ni à aucun document, mais a simplement été mentionnée dans les engagements hypothécaires, n'a apparemment pas reçu de directive sur la façon d'autoriser le paiement à SLO, pour le compte d'Edstan, des 350 930 $ à même les fonds prêtés en vertu de l'hypothèque de SHO. Par conséquent, la SCHL a simplement autorisé des avances au fur et à mesure que les travaux de construction étaient exécutés, sans tenir compte du capital principal ni

purporting to act under the terms of the revised mortgage commitment, directed the payments to OHC, they did so without reference to any authorization by CMHC relating to the payment of the primary principal or land costs by E to OHC under the revised plan. Why OMC divided one payment of the mortgage proceeds so authorized by CMHC between E and OHC, but not the other payment, is unexplained in the record. Why CMHC did not authorize advances for construction expenditures over and above "land costs payable to OHC" is likewise unexplained.

Before closing out this examination of these complex facts, it should be stated that, under the plan, both original and as finally adopted, E was authorized to place against these lands two mortgages. The revised plan did not vary the total of the first and second mortgages, but simply the allocation as between the mortgagees of the principal sum to be so secured, namely $1,264,953. The sale price to the ultimate home buyer under the contract between OHC and E, including both land and buildings, totalled $1,296,240. The difference of $31,287 between the authorized sale price and the mortgage debt represents the total cash contribution to the plan of the ultimate purchasers of these houses. Presumably, E's profit in the transaction was to have been the total of this sum of $31,287 plus the excess, if any, of the proceeds of the first mortgage over the construction costs incurred by E in building these houses. Such was the plan. The result, of course, was financial disaster for E because of the mechanics adopted under inadequate documentation by OHC and OMC which resulted in E being required to complete a large part of the house construction before receiving reimbursement for its costs. E's bank credit

du coût du bien-fonds qui étaient maintenant garantis par la première hypothèque et, évidemment, sans tenir compte non plus du bénéficiaire de ces avances. La formule délivrée par la SCHL semble viser à autoriser le versement d'acomptes au fur et à mesure que les travaux sont exécutés. Donc, quand SHO, agissant apparemment en vertu de l'engagement hypothécaire modifié, a ordonné que les paiements soient faits à SLO, elle l'a fait indépendamment de toute autorisation de la SCHL relativement au paiement du capital principal ou du coût du bien-fonds que devait faire Edstan à SLO conformément au plan modifié. Le dossier n'explique pas pourquoi SHO a partagé entre Edstan et SLO un des paiements hypothécaires autorisés par la SCHL, mais non pas l'autre. De plus, le dossier n'explique pas pourquoi la SCHL n'a pas autorisé d'avances au titre des dépenses de construction en sus du [TRADUCTION] «coût du bien-fonds payable à SLO».

Avant de terminer notre examen de ces faits complexes, soulignons que le plan, dans sa forme initiale et dans sa forme modifiée, autorisait Edstan à grever le bien-fonds de deux hypothèques. Le montant total des première et seconde hypothèques est resté inchangé, les modifications ne touchant que la répartition entre les créanciers hypothécaires du capital de 1 264 953 $ qui devait être ainsi garanti. Aux termes du contrat intervenu entre SLO et Edstan, les terrains et les bâtiments seraient vendus aux derniers acquéreurs à un prix total de 1 296 240 $. L'écart de 31 287 $ entre le prix de vente autorisé et la dette hypothécaire représente le montant total de la contribution en espèces des derniers acquéreurs des maisons. Il y a tout lieu de croire que le profit d'Edstan dans cette opération devait consister en cette somme de 31 287 $ plus l'excédent, s'il y a lieu, entre le montant de la première hypothèque et les dépenses engagées par celle-ci pour la construction des maisons. Tel était le plan. Il va toutefois sans dire que les conséquences financières ont été désastreuses pour Edstan en raison des mécanismes adoptés par SLO et SHO en vertu de données insuffisantes, ce qui a eu pour effet d'imposer à Edstan l'obligation d'achever en grande partie les travaux de construction des maisons avant que ses dépenses ne lui soient remboursées. Or, il appert que le crédit

and working capital apparently were insufficient to the task.

On December 2, sale proceedings were commenced by OMC purporting to act under the first mortgage. By agreement of all parties, the $425,000 received on the sale of these lands and premises is held by OMC pending the outcome of these proceedings.

There are many issues, principal and subsidiary, to be settled: first, is OHC an "owner" as defined in the Act? The word has a special meaning in the statute. It is not confined to the common law concept of ownership. Section 1(1)(*d*) provides:

> **1.**—(1) . . .
>
> (*d*) "owner" includes any person and corporation, including a municipal corporation and a railway company, having any estate or interest in the land upon which or in respect of which work is done or materials are placed or furnished, at whose request, and
>
> (i) upon whose credit, or
>
> (ii) on whose behalf, or
>
> (iii) with whose privity or consent, or
>
> (iv) for whose direct benefit,
>
> work is done or materials are placed or furnished and all persons claiming under him or it whose rights are acquired after the work in respect of which the lien is claimed is commenced or the materials placed or furnished have been commenced to be placed or furnished;

This definition and its significance in the statutory pattern is reviewed at length in the recent decision of this Court in *Phoenix Assurance Co. v. Bird Construction Co.*, issued on September 17, 1984 and now reported at [1984] 2 S.C.R. 199. The discussion of the concept of "owner" in the Act need not be repeated here. The three courts below found that OHC, the Crown corporation, falls within the definition of "owner" under the Act. A short reference to the arrangements between E and OHC is all that is required to find ample justification for this finding. The basic agreement between

bancaire et le fonds de roulement d'Edstan ne suffisaient pas à la tâche.

Le 2 décembre, SHO, prétendant agir en vertu de la première hypothèque, a engagé des procédures de vente. Avec l'assentiment de toutes les parties, les 425 000 $ provenant de la vente des terrains et des bâtiments sont détenus par SHO en attendant l'issue de la présente instance.

Les questions en litige, tant principales qu'accessoires, sont nombreuses. La première question qui se pose est de savoir si SLO est un «propriétaire» au sens de la Loi. Ce mot a un sens spécial dans la Loi et sa portée dépasse celle de la notion de propriété en *common law*. L'alinéa 1(1)*d*) est ainsi rédigé:

> [TRADUCTION] **1.**—(1) . . .
>
> *d*) «propriétaire» désigne toute personne physique ou morale, y compris une municipalité et une compagnie de chemin de fer, ayant un droit de tenure ou un autre droit sur le bien-fonds sur lequel ou à l'égard duquel des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis, à sa demande et
>
> (i) sur la foi de son crédit,
>
> (ii) en son nom,
>
> (iii) à sa connaissance ou avec son consentement, ou
>
> (iv) à son profit personnel,
>
> des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis et toutes les personnes qui revendiquent comme ses ayants droit, dont les droits ont été acquis après le commencement des travaux ou de la mise en place ou de la fourniture des matériaux qui font l'objet d'une revendication de privilège;

Cette définition et son importance dans le contexte de la Loi fait l'objet d'une étude approfondie dans l'arrêt récent de cette Cour *Phoenix Assurance Co. c. Bird Construction Co.* Cet arrêt a été rendu le 17 septembre 1984 et est maintenant publié à [1984] 2 R.C.S. 199. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de reprendre l'examen du concept de «propriétaire» que l'on trouve dans la Loi. Les trois cours d'instance inférieure ont conclu que la définition de «propriétaire» que donne la Loi s'applique à la société d'État SLO. Un bref examen des arrangements intervenus entre Edstan et SLO suffit largement pour confirmer le bien-fondé de

OHC and E provided:

(a) for the maximum selling price for which E may sell these houses;

(b) for the construction of these houses according to models, plans and specifications as approved by OHC;

(c) that the distribution of models throughout the twenty-five lots shall be as approved by the architect of OHC;

(d) no change in the plans may be effected without specific waiver by OHC;

(e) OHC reserves the right to include in any conveyance to E any of the terms and conditions of the basic agreement with E;

(f) E may sell such houses when completed only to purchasers approved by OHC, and OHC has the "unqualified right" to determine the method of selection of the purchasers and the advertising of the houses for sale;

(g) OHC may at any time elect to purchase any or all of the completed houses for the contract specified sale price;

(h) all sales contracts between E and the purchasers shall be in the form of agreement prescribed by OHC;

(i) in the event of default of any clause in the basic agreement, OHC has the right to enter upon the lands in question for the purpose of remedying the default and charging any expense associated therewith to E;

(j) OHC has the right to enter upon these lands at any time for a period of three years in order to inspect and repair grading, drainage, etc.

It is clear that OHC, as a Crown corporation, can qualify as an owner under the Act (s. 1(1)(*d*)). OHC has an interest or estate in these lands. By its arrangements and relationship with E, OHC has a very extensive interest, in the broader sense

cette conclusion. Le contrat de base conclu par SLO et Edstan:

a) fixe le prix maximal auquel Edstan peut vendre les maisons;

b) prévoit la construction des maisons conformément aux modèles et aux plans et devis approuvés par SLO;

c) exige que la répartition des différents modèles sur les vingt-cinq terrains soit approuvée par l'architecte de SLO;

d) interdit toute modification des plans en l'absence d'une renonciation expresse de la part de SLO;

e) prévoit que, dans le cas d'un transfert à Edstan, SLO se réserve le droit d'inclure dans l'acte translatif de propriété les modalités de son contrat de base avec Edstan;

f) prévoit qu'Edstan ne peut vendre les maisons, une fois achevées, qu'aux acquéreurs approuvés par SLO, et que SLO a le [TRADUCTION] «droit absolu» de déterminer le mode de sélection des acquéreurs et le genre de publicité qui sera faite pour vendre les maisons;

g) prévoit que SLO peut choisir, en tout temps, d'acheter, au prix de vente fixé dans le contrat, la totalité ou une partie des maisons achevées;

h) exige que tous les contrats de vente entre Edstan et les acquéreurs revêtent la forme prescrite par SLO;

i) prévoit qu'en cas de violation d'une clause quelconque du contrat de base, SLO a le droit de se rendre sur les biens-fonds en question afin de remédier à cette violation, les dépenses ainsi entraînées pouvant être mises sur le compte d'Edstan;

j) reconnaît à SLO le droit de se rendre en tout temps sur ces biens-fonds pendant une période de trois ans, afin de vérifier le nivellement, le drainage, etc. et afin d'effectuer les réparations nécessaires.

Il est évident que SLO, en sa qualité de société d'État, peut être un propriétaire au sens de l'al. 1(1)*d*) de la Loi. SLO a un droit de tenure ou un autre droit sur les biens-fonds en question. De par ses arrangements et ses rapports avec Edstan, SLO

of the word, but over and above all these considerations is the similarity of the relationship between OHC and E to those relationships examined by this Court in *Northern Electric Co. v. Manufacturers Life Insurance Co.*, [1977] 2 S.C.R. 762, *Hamilton (City of) v. Cipriani*, [1977] 1 S.C.R. 169, and *Phoenix*, *supra*. In each case the entrepreneur of the project, though with varying final positions or interests, was found to be an owner under the Act. OHC, on these authorities, clearly falls within the statutory definition of an owner, and in this, I am in respectful agreement with all the others below. The conclusion expressed by Rutherford J. on this point summarizes the position taken by all the courts below:

possède un droit très étendu, au sens le plus large de ce mot. Mais, au delà de tous ces facteurs, il y a la similitude des rapports entre SLO et Edstan avec ceux examinés par cette Cour dans les arrêts *Northern Electric Co. c. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1977] 2 R.C.S. 762, *Hamilton (Municipalité de) c. Cipriani*, [1977] 1 R.C.S. 169, et *Phoenix*, précité. Dans chacun de ces arrêts, la Cour a conclu que l'entrepreneur du projet, peu importe sa situation ou ses droits en fin de compte, était un propriétaire au sens de la Loi. Suivant cette jurisprudence, il ne fait pas de doute que SLO est visée par la définition légale de propriétaire et, à cet égard, je partage respectueusement l'avis exprimé par toutes les cours d'instance inférieure. La conclusion énoncée à ce propos par le juge Rutherford résume le point de vue adopté par toutes ces cours d'instance inférieure:

> In light of the facts in the instant case, however, I do not think Ontario Housing can be heard to deny that its involvement in the Borden Farm project was sufficient to constitute it an "owner". Both before and after September 26, 1977, Ontario Housing had intimate knowledge of the project and took an active role in its progress. It directed Edstan as to what work was to be done and as to the specifications it was to meet. Moreover, the work was done on behalf of Ontario Housing in the sense that it was Ontario Housing's mandate to provide residential accommodation of the variety Edstan contracted to build. It can also be said that the work was performed and the materials were furnished with the consent of Ontario Housing and for its direct benefit. For these reasons, I find myself in complete agreement with Judge Doyle's finding that Ontario Housing was an "owner" within the meaning of s. 1(1)(*d*) of the Act.

> [TRADUCTION] Compte tenu des faits de la présente espèce, toutefois, j'estime que la Société de logement de l'Ontario ne peut nier que sa participation au projet Borden Farm suffisait pour lui conférer la qualité de «propriétaire». Avant tout comme après le 26 septembre 1977, la Société de logement de l'Ontario avait une connaissance approfondie du projet et a contribué activement à sa réalisation. Elle a donné des directives à Edstan quant aux travaux à exécuter et aux devis auxquels il fallait se conformer. De plus, les travaux ont été exécutés au nom de la Société de logement en ce sens que celle-ci avait pour mandat de fournir des habitations du type qu'Edstan s'est engagée à construire. On peut également affirmer que les travaux ont été exécutés et les matériaux fournis avec le consentement de la Société de logement et à son profit personnel. Pour ces motifs, je souscris entièrement à la conclusion du juge Doyle que la Société de logement de l'Ontario est un «propriétaire» au sens de l'al. 1(1)*d*) de la Loi.

I turn now to the issue as to whether or not this building enterprise is a "public work" as defined in s. 1(1)(*da*):

Passons maintenant à la question de savoir si le projet de construction en cause constitue un «ouvrage public» au sens de l'al. 1(1)*da*):

> **1.**—(1) . . .
>
> (*da*) "public work" means the property of the Crown and includes land in which the Crown has an estate or interest, and also includes all works and properties acquired, constructed, extended, enlarged, repaired, equipped or improved at the expense of the Crown, or for the acquisition, construction, repairing, equipping, extending, enlarging or improving of which any public money is appropriat-

> [TRADUCTION] **1.**—(1) . . .
>
> *da*) «ouvrage public» s'entend d'un bien de Sa Majesté et comprend un bien-fonds sur lequel Sa Majesté a un droit de tenure ou un autre droit, ainsi que de tous les ouvrages et biens acquis, construits, étendus, agrandis, réparés, équipés ou améliorés aux frais de Sa Majesté, ou pour l'acquisition, la construction, la réparation, l'équipement, l'extension, l'agrandissement ou l'amélioration desquels il y a

ed by the Legislature, but not any work for which money is appropriated as a subsidy only.

affectation de deniers publics par la Législature; est toutefois exclu tout ouvrage pour lequel des crédits sont affectés uniquement à titre de subvention.

The statute was amended in 1975 (1975 (Ont.), c. 43) by the introduction of the concept of rights analogous to lien rights against Crown property. By these amendments, the Act was extended to include Crown agencies, and the definition of "owner" was extended to include the Crown. Section 5 was amended by establishing in subs. (2) a procedure comparable to the lien process where the supplier of materials or services has done so with reference to municipal property or a public work. Complementary provisions were added later in the Act detailing the process of giving notice to the Crown agency or department of government in place of the registration of a lien required with respect to all other property.

En 1975, la Loi a été modifiée (1975 (Ont.), chap. 43) de manière à y introduire des droits analogues à des privilèges, qui grèveraient les biens de Sa Majesté. Par suite de ces modifications, les organismes de Sa Majesté relevaient de la Loi et la définition du terme «propriétaire» s'appliquait à Sa Majesté. L'article 5 a été modifié par l'établissement, à son par. (2), d'une procédure comparable à celle suivie en matière de privilège et applicable dans le cas où le fournisseur de matériaux ou de services les a fournis à l'égard d'un bien municipal ou d'un ouvrage public. Plus loin dans la Loi, on a ajouté des dispositions complémentaires exposant en détail la procédure applicable à l'avis qu'il faut donner à l'organisme de sa Majesté ou au ministère gouvernemental au lieu de procéder à l'enregistrement de privilège requis pour tous les autres biens.

OHC is admittedly an agent of the Crown, and admittedly OHC "has an estate or interest" in these lands. All the courts below found this project to come within the definition of a "public work", and I respectfully agree. As Houlden J.A., speaking for the Court of Appeal, did, I refrain from expressing an opinion as to whether, by the simple process of a Crown agency holding a mortgage against land, any work undertaken on that land, without more, becomes a "public work" within the statute. It is unnecessary here to make that decision.

Certes, SLO est un mandataire de Sa Majesté et, certes, elle «a un droit de tenure ou un autre droit» sur ces biens-fonds. Les cours d'instance inférieure ont toutes conclu que le projet en question est visé par la définition d'un «ouvrage public» et, avec égards, je suis d'accord. À l'instar du juge Houlden qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, je m'abstiens d'exprimer une opinion sur la question de savoir si, du simple fait qu'un organisme de Sa Majesté soit titulaire d'une hypothèque grevant un bien-fonds, tous les travaux entrepris sur ce bien-fonds deviennent, sans plus, un «ouvrage public» au sens de la Loi. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de statuer sur ce point.

The learned trial judge decided that although the project was a public work, the ten claimants, by registering their lien claims, held valid liens against OHC, notwithstanding the failure to comply with then s. 21*a*, that is, the failure to give notice in writing to OHC. With respect, I must join the Court of Appeal in reversing this conclusion. The ten claimants who did not give the notice have no claim under the Act against the interest of OHC because their failure to give such notice is not cured by the registration of the lien claim, nor can reliance be placed in such circumstances upon

Le savant juge de première instance a conclu que, même si le projet en question était un ouvrage public, les dix créanciers, du fait d'avoir enregistré leurs revendications de privilège, détenaient des privilèges valides qu'ils pouvaient faire valoir contre SLO, et ce, nonobstant leur défaut de se conformer à ce qui était alors l'al. 21*a*, c'est-à-dire le défaut de donner un avis écrit à SLO. Avec égards, je me dois de me rallier au point de vue de la Cour d'appel qui a infirmé cette conclusion. Les dix créanciers qui ont omis de donner avis ne peuvent revendiquer, en vertu de la Loi, aucun

s. 18. The concept of a mechanics' lien was, of course, unknown to the common law. It is entirely a creature of statute. The statute here was extensively amended in 1975, *supra*, to introduce the concept of the claim and enforcement of a lien against Crown property and property in which the Crown has an interest. The sections of the statute then introduced are explicit in their requirement of a notice to the Crown agency or the ministry of government concerned. Failure to give that notice in writing is a breach of the statute. Section 18(1) is a saving clause:

18.—(1) Substantial compliance with sections 16, 17, 21*a* and 29 is sufficient and no claim for lien is invalidated by reason of failure to comply with any of the requirements of such sections unless, in the opinion of the judge or officer trying the action, the owner, contractor or subcontractor, mortgagee or other person is prejudiced thereby, and then only to the extent to which he is thereby prejudiced.

(2) Nothing in this section dispenses with the requirement of registration of the claim for lien.

The notice provisions require that the person giving the notice verify certain specified items of the notice by affidavit. The liens of neither of the lien claimants, Henry nor Gordon, were accompanied by the appropriate affidavit. The absence of the affidavit can be cured by s. 18, but the failure to give the notice at all cannot, in my view, be so cured. I quote from Macklem and Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4th ed. 1978), pp. 8-9:

. . . the Courts take the position that the Act, being of a remedial nature, should receive a liberal interpretation. This statement is supported by the provisions of the various provincial Interpretation Acts. However, a claimant who fails to follow the elementary and essential requirements for the creation and preservation of his lien will lose it because, as has also been pointed out, the Act, being in derogation of the common law, must be strictly construed in this respect. Once the lien has been created and preserved by registration, however, the enforcement of it is governed by the provisions of the

privilège grevant le droit de SLO parce que l'enregistrement de la revendication de privilège ne remédie pas à cette omission et parce que, dans ces circonstances, on ne saurait invoquer l'art. 18. Il va sans dire que la notion du privilège de constructeur n'existait pas en *common law*. Elle doit son existence entièrement au législateur. La loi dont il est question en l'espèce a subi de profondes modifications en 1975 de manière à ce qu'il soit possible de revendiquer et d'exercer un privilège grevant les biens de Sa Majesté et ceux sur lesquels Sa Majesté possède un droit. Les articles insérés dans la Loi à ce moment-là exigent explicitement qu'un avis soit donné à l'organisme de Sa Majesté ou au ministère concerné. Le défaut de donner cet avis écrit constitue une violation de la Loi. Le paragraphe 18(1) est une disposition d'exception:

[TRADUCTION] **18.**—(1) L'observation de l'essentiel des articles 16, 17, 21*a* et 29 est suffisante; aucune revendication de privilège n'est invalidée pour défaut de se conformer à l'une des exigences de ces articles, à moins que le juge ou l'officier qui instruit l'action ne soit d'avis qu'il en résulte un préjudice pour le propriétaire, l'entrepreneur, le sous-traitant, le créancier hypothécaire ou une autre personne, et le cas échéant, seulement dans la mesure du préjudice subi.

(2) Rien dans le présent article ne dispense de l'obligation d'enregistrer la revendication de privilège.

Les dispositions en matière d'avis exigent que la personne qui le donne atteste par voie d'affidavit certains éléments déterminés de cet avis. Ni la revendication de privilège de Henry ni celle de Gordon n'a été assortie de l'affidavit approprié. L'article 18 peut remédier à l'absence d'affidavit, mais non selon moi au défaut de donner avis. Je cite maintenant un extrait tiré des pp. 8 et 9 de l'ouvrage de Macklem et Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4e éd. 1978):

[TRADUCTION] . . . les tribunaux estiment que la Loi, en raison de son caractère réparateur, doit recevoir une interprétation large. Ce point de vue est appuyé par les dispositions des différentes lois provinciales en matière d'interprétation. Mais un créancier qui néglige de remplir les exigences fondamentales pour la création et la conservation de son privilège le perdra parce que, comme on l'a déjà fait remarquer, la Loi, qui constitue une dérogation à la *common law*, doit recevoir une interprétation stricte à cet égard. Toutefois, une fois le privilège créé et conservé par voie d'enregistrement, son

Act designed to bring about such realization in as summary and expeditious a manner as possible.

I am in respectful agreement with Houlden J.A. in the Court of Appeal in the finding that the ten lien claimants may not rely upon the registered liens for a claim against the interest of OHC, but the two lien claimants who delivered notices to OHC in addition to the registration of their liens may, notwithstanding the absence of an affidavit, enforce their liens against the interest of OHC. It may be that the requirement of essential compliance with s. 21*a* in the giving of notice in the case of a public work imposes a hardship upon the supplier of goods and services to a construction project. The requirement of the Act, however, is clear, and the remedy is legislative, not judicial.

It therefore follows that the two lien claimants who delivered the notice pursuant to s. 21*a* have valid and enforceable liens against the interest of OHC. The next issue, then, relates to the amount of recovery. Section 5(2) reads as follows:

> 5.— . . .
>
> (2) Where the land or premises upon or in respect of which any work is done or materials are placed or furnished is,
>
> (*a*) a public street or highway owned by a municipality; or
>
> (*b*) a public work,
>
> the lien given by subsection 1 does not in any event attach to such land or premises but shall instead constitute a charge on amounts directed to be retained by section 11, and the provisions of this Act shall be construed, *mutatis mutandis*, to have effect without requiring the registration or enforcement of a lien or a claim for lien against such land or premises.

The Divisional Court limited the amount of recovery in these two lien claimants to the amount of the holdbacks which should have been effected by OHC under s. 11, which sum amounted in all to $25,117.20. The Court of Appeal allowed the appeal in this respect and awarded the total lien claims made by these two lien claimants on the basis that s. 5(2), as enacted in 1975, does not

exercice est régi par les dispositions de la Loi qui visent à réaliser cet exercice de la manière la plus sommaire et la plus expéditive possible.

Avec égards, je partage l'avis du juge Houlden de la Cour d'appel, qui a conclu que les dix créanciers privilégiés ne peuvent se fonder sur l'enregistrement pour revendiquer un privilège grevant le droit de SLO, mais que les deux créancières privilégiées qui ont signifié des avis à SLO en plus d'enregistrer leurs privilèges peuvent, malgré l'absence d'un affidavit, exercer leurs privilèges contre SLO. Il se peut que l'exigence de se conformer à l'essentiel de l'al. 21*a* en donnant avis dans le cas d'un ouvrage public soit onéreuse pour le fournisseur de biens et de services dans un projet de construction. L'exigence imposée par la Loi est toutefois claire et c'est au législateur et non pas aux tribunaux qu'il appartient d'y remédier.

Il s'ensuit donc que les deux créancières qui ont donné un avis conformément à l'al. 21*a* détiennent et peuvent exercer des privilèges valides grevant le droit de SLO. La question qui se pose ensuite porte donc sur le montant du recouvrement. Le paragraphe 5(2) est ainsi conçu:

> [TRADUCTION] 5.— . . .
>
> (2) Lorsque le bien-fonds ou les lieux sur lesquels ou à l'égard desquels des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis consistent,
>
> *a*) en une rue ou une route publiques appartenant à une municipalité; ou
>
> *b*) en un ouvrage public,
>
> le privilège conféré par le paragraphe 1 ne grève en aucun cas ce bien-fonds ou ces lieux, mais constitue plutôt une charge sur les montants retenus en vertu de l'article 11, et les dispositions de la présente loi doivent être interprétées, *mutatis mutandis*, de manière à s'appliquer sans qu'il soit nécessaire d'enregistrer ou d'exercer un privilège ou une revendication de privilège grevant ce bien-fonds ou ces lieux.

La Cour divisionnaire a limité le montant pouvant être recouvré par ces deux créancières privilégiées au montant total des retenues que SLO aurait dû effectuer en vertu de l'art. 11, savoir 25 117,20 $. La Cour d'appel a accueilli l'appel sur ce point et a accordé à ces deux créancières privilégiées le montant total de leurs revendications de privilège en tenant pour acquis que le par. 5(2), tel qu'il a été

limit persons claiming liens against a public work to the holdback provisions of subss. 11(7) and (9), but rather invokes the whole of s. 11, including subs. (6). With respect, I agree with the Court of Appeal, speaking through Houlden J.A., that, if the amounts in question remaining in possession, or which should have remained in possession of the owners, exceeded the amount of the liens advanced in compliance with s. 21*a*, the lien claimants are entitled to payment in full. On the facts here, E is indebted to these two lien claimants for the full amount of their lien claims, and whether or not these claims exceed the statutory holdback requirements of subss. 11(7) and (9) is not determinative. Accordingly, I would dismiss the appeal of OHC from the order of the Court of Appeal as it concerns the lien claimants, Ken Gordon Excavating Limited in its own right, and S. Henry & Sons Limited.

This disposes of the preliminary issues which absorbed much of the argument before this Court and which occupy much of the reasons for judgment in the courts below. What remains is the most difficult aspect of this proceeding, namely the consequences in law of the payments by OMC out of the proceeds of the first mortgage on November 1 and December 1, 1977, amounting in all to $350,930. This takes one back to the details of these complicated transactions in order to properly characterize the payments as a matter of law.

Both the Divisional Court and the Court of Appeal concluded that these payments were not "advances" under the mortgage. Houlden J.A., speaking for the Court of Appeal, put it this way:

> ... the payments were not payments or advances on account of the O.M.C. mortgage but were the purchase price paid by O.M.C. to O.H.C. for O.H.C.'s interest in the O.M.C. mortgage pursuant to an agreement entered into between the parties, the interest of O.H.C. being equal to the amount of the primary principal sum.

adopté en 1975, n'oblige pas les personnes qui revendiquent des privilèges grevant un ouvrage public à se fonder uniquement sur les dispositions en matière de retenues des par. 11(7) et 11(9), mais leur permet d'invoquer l'ensemble de l'art. 11, y compris son par. (6). Avec égards, je suis d'accord avec le juge Houlden qui, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a affirmé que, si les montants en question qui restent ou qui auraient dû rester en la possession des propriétaires, dépassent le montant des privilèges revendiqués conformément à l'al. 21*a*, les créanciers privilégiés ont droit au paiement intégral. D'après les faits en l'espèce, Edstan doit à ces deux créancières privilégiées le plein montant de leurs revendications de privilège et la question de savoir si les sommes réclamées dépassent ou non le montant des retenues prévues aux par. 11(7) et (9) de la Loi n'est pas déterminante. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de SLO contre l'ordonnance de la Cour d'appel en ce qui concerne les créancières privilégiées Ken Gordon Excavating Limited en son propre nom et S. Henry & Sons Limited.

Voilà qui tranche les questions préliminaires sur lesquelles ont porté en grande partie l'argumentation en cette Cour et les motifs de jugement des cours d'instance inférieure. Reste encore l'aspect le plus délicat de la présente instance, savoir les conséquences juridiques des paiements totaux de 350 930 $ faits par SHO les 1er novembre et 1er décembre 1977 à même les fonds prêtés en vertu de la première hypothèque. Afin de pouvoir déterminer la nature juridique de ces paiements, il faut se reporter aux détails des opérations complexes dont il est question en l'espèce.

La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont conclu toutes les deux que ces paiements ne constituaient pas des «avances» hypothécaires. Le juge Houlden, au nom de la Cour d'appel, a exprimé le point de vue suivant:

> [TRADUCTION] ... il s'agissait non pas de paiements ou d'avances à valoir sur l'hypothèque de SHO, mais du prix d'achat payé par SHO à SLO, conformément à un contrat intervenu entre elles, en échange du droit de SLO sur l'hypothèque consentie à SHO, ce droit étant égal au montant du capital principal.

That being so, s. 14 of *The Mechanics' Lien Act* did not operate to give the ten lienholders any priority over OHC so as to make these funds available to satisfy the ten liens which were registered but were not the subject of a notice under s. 21*a*. This is the principal defence of OHC and OMC to the claims of the ten lien claimants. The Court of Appeal observed, and with respect I think rightly so, that the liens of the ten claimants are:

> ... of course, valid with respect to the interest of Edstan Construction Limited in the lands and premises, but because of their failure to comply with s. 21*a* of the Act, they are invalid with respect to the interests of O.H.C.

Counsel for OMC, speaking with commendable candour, agreed that, if the $350,930 payments in November-December are "advances" in the nature of progress payments to a contractor-mortgagor, the payments being made in the face of validly registered liens would remain available to retire the claims of the lien claimants who, as against the world, have priority under *The Mechanics' Lien Act* once they have complied with the Act by registration, as is the case here. To this extent then, the proceeds of the sale of the lands and premises under the power of sale in the first mortgage remain available to retire the ten lien claims.

The question therefore is, what is the character in law of these $350,930 payments by OMC to OHC? That, in turn, raises the question, what was the nature of the triangular transaction involving OHC, E and OMC? There is no question that at least initially, OHC agreed to sell and E agreed to buy the twenty-five lots for a price equal to OHC's cost plus profit in the land (the primary principal plus the remainder principal, being $670,500). This price was to be payable by the purchaser E giving back to the vendor OHC, on closing of the purchase, a mortgage which the parties agreed would be a second mortgage, securing the amount of $670,500. The agreement with OHC also per-

Dans ces conditions, l'art. 14 de *The Mechanics' Lien Act* n'a pas eu pour effet de conférer aux dix titulaires de privilège une priorité quelconque sur SLO, de manière à permettre que les fonds en question soient affectés aux dix privilèges qui ont été enregistrés mais qui n'ont pas fait l'objet d'un avis donné conformément à l'al. 21*a*. C'est là le moyen de défense principal que SLO et SHO opposent aux revendications des dix créanciers privilégiés. La Cour d'appel a fait remarquer et, avec égards j'estime qu'elle l'a fait à juste titre, que les privilèges de ces dix créanciers sont:

> [TRADUCTION] ... certainement valides à l'égard du droit que possède Edstan Construction Limited sur les biens-fonds et les lieux, mais, parce qu'ils ne sont pas conformes à l'al. 21*a* de la Loi, ils sont invalides en ce qui concerne les droits de SLO.

L'avocat de SHO, dont on ne peut que louer la franchise, a reconnu que, si les paiements de 350 930 $ faits en novembre et décembre sont des «avances» faites sous forme d'acomptes à un entrepreneur qui est en même temps débiteur hypothécaire, les paiements faits en présence de privilèges validement enregistrés pourraient encore être employés pour désintéresser les créanciers privilégiés qui, envers et contre tous, ont la priorité en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, sont colloqués en premier dès qu'ils ont satisfait, comme c'est le cas en l'espèce, à l'exigence d'enregistrement posée par la Loi. Dans cette mesure, alors, le produit de la vente des biens-fonds et des lieux en vertu du pouvoir de vendre accordé par la première hypothèque peut servir à l'extinction des dix revendications de privilège.

Il faut donc se demander quelle est la nature juridique des versements de 350 930 $ faits par SHO à SLO? Cette question en soulève une autre, celle de savoir qu'elle était la nature de l'opération triangulaire à laquelle ont participé SLO, Edstan et SHO? Il ne fait pas de doute que, au début du moins, Edstan s'est engagée à acheter à SLO les vingt-cinq terrains à un prix égal aux sommes dépensées pour le bien-fonds par SLO plus son profit (le capital principal plus le capital restant, soit 670 500 $). Il a été convenu que l'acheteur Edstan paierait ce prix en consentant au vendeur SLO, au moment de la conclusion du marché, une seconde hypothèque en garantie du montant de

mitted E to obtain a first mortgage greater than the minimum specified by the contract or could require its purchasers to put up sufficient cash on the purchase of each house to make up the difference.

670 500 $. Aux termes de son entente avec SLO, Edstan pouvait en outre obtenir sur première hypothèque un prêt dépassant le minimum prévu par le contrat ou, encore, exiger que les acheteurs des maisons versent un montant comptant suffisant pour combler la différence.

There seems to be no doubt that under the initial contract of agreement of May 5, 1977, the relationship between OHC and E (apart from the operation of *The Mechanics' Lien Act*) was that of vendor and purchaser, and E was left to find his profit or to maintain his solvency from the first mortgage and the variable difference between that mortgage and the authorized price ceiling for the house only as fixed by the contract between E and OHC. OMC was not a party to that contract.

Il ne semble faire aucun doute qu'aux termes du contrat initial du 5 mai 1977, il existait entre SLO et Edstan (abstraction faite de l'application de *The Mechanics' Lien Act*) un rapport de vendeur et d'acheteur et qu'Edstan, pour réaliser un profit ou rester solvable, devait compter sur la différence variable entre la première hypothèque et le prix maximal des maisons fixé dans le contrat intervenu entre Edstan et SLO et auquel SHO n'était pas partie.

As we have seen, the parties, E and OHC, amended some of the terms of the initial agreement. The agreement still referred to the transaction as a purchase and sale. The first mortgage clause was revised by allowing E "the privilege" of increasing the first mortgage "by the primary principal sum", that is the "land cost" component in the OHC second mortgage amounting to $350,930 spread over the twenty-five lots, which E could have done under the original agreement. The agreement then provided for a compensating reduction of the principal sum secured by the OHC second mortgage. In the event the first mortgage was so increased, an amount equal to that increase was to be paid to OHC out of the advances to E on the first mortgage. Presumably, this provision in the amending agreement was designed to operate as a direction from the mortgagor E to the mortgagee OMC, although OMC is not a party to this agreement. E was required in this modified arrangement to pay interest to OHC on the "primary principal sum" (the land cost) until it is paid out to OHC. This amending clause, accidentally or deliberately, overlooks the reality of the initial transaction and burdens E with the payment of interest on the OHC land cost under the second mortgage rather than passing the entire

Comme nous l'avons vu, les parties, Edstan et SLO, ont modifié certaines conditions du contrat initial. On continuait toutefois, dans le contrat modifié, de qualifier l'opération de promesse de vente. La clause portant sur la première hypothèque a été modifiée de manière à accorder à Edstan «le droit» d'ajouter à la première hypothèque «le montant du capital principal», c'est-à-dire la somme de 350 930 $ affectée au «coût du bien-fonds» dans la seconde hypothèque consentie à SLO, répartie entre les vingt-cinq terrains, ce qu'Edstan aurait pu faire également en vertu du contrat initial. Le contrat prévoyait ensuite une réduction correspondante du capital garanti par la seconde hypothèque de SLO. Au cas où la première hypothèque serait ainsi augmentée, un montant égal à celui de cette augmentation devrait être payé à SLO à même les avances consenties à Edstan en vertu de la première hypothèque. Il est probable que cette disposition du contrat modificatif devait avoir l'effet d'une directive émanant de la débitrice hypothécaire Edstan à l'intention de sa créancière SHO, quoique cette dernière ne fût pas partie à ce contrat. Suivant le contrat modifié, Edstan était tenue de verser à SLO des intérêts sur le «montant du capital principal» (le coût du bien-fonds), et ce jusqu'au paiement de ce montant à SLO. Que ce soit voulu ou non, cette clause modificative ne tient pas compte de l'opération initiale et impose à Edstan l'obligation de payer, en vertu de la seconde hypothèque, des intérêts sur ce que le

burden of repayment of the second mortgage to the house purchaser.

None of these clauses alters the fundamental nature of the contract as one of purchase and sale, with related provisions for the financing of the land purchase by E and thereafter for the construction of the houses by E. The amending agreement appears to be defective in that no express provision is made for the date of payment of the remainder principal, or land profit, which is the only principal thereafter secured by the OHC second mortgage. We are not here concerned, however, either with that possible difficulty, or indeed with the disastrous effect of the acceleration of the payment of the land cost in cash by E to OHC, or the effect the revised transaction would have upon the house purchaser.

The only other documents which bear upon the nature of the transaction between E and OHC are the mortgage commitment issued by OMC on August 9 and the amendment of that commitment on August 22. These two documents passed between E and OMC; OHC was not a party to these arrangements, and thus these documents cannot, by themselves, operate to change the legal nature of the transaction between E and OHC. The initial mortgage commitment, issued three months after the agreement between OHC and E, was in the amount of $931,001.84. This is said to include the $350,930 primary principal payable by E to OHC for the purchase of the twenty-five lots. The evidence is vague on this point, but 95 per cent of the authorized house sale price is $594,453 which, when added to the aforementioned $350,930, approximates the mortgage commitment from OMC. Under this commitment, mortgage interest was payable by deduction from mortgage advances until April 1, 1978 when the amortization program payable in blended monthly instalments was to commence. By letter dated August 22, 1977, the commitment letter was amended by adding three paragraphs as follows:

bien-fonds a coûté à SLO plutôt que de reporter sur les acheteurs des maisons toute la responsabilité du remboursement de la seconde hypothèque.

Aucune de ces clauses ne modifie le caractère fondamental du contrat qui est une promesse de vente comportant des dispositions connexes applicables au financement de l'achat du bien-fonds par Edstan et, par la suite, à la construction des maisons également par Edstan. Le contrat modificatif paraît défectueux en ce sens qu'il ne contient pas de disposition expresse quant à la date du paiement du capital restant, c'est-à-dire le profit sur le bien-fonds, qui, par suite de la modification, est le seul montant garanti par la seconde hypothèque consentie à SLO. Toutefois, ne nous intéressent en l'espèce ni cette difficulté éventuelle, ni l'effet désastreux de l'accélération du paiement en espèces du coût du bien-fonds par Edstan à SLO, ni l'incidence du contrat modifié sur les acheteurs des maisons.

Les seuls autres documents qui se rapportent à la nature de l'opération à laquelle ont participé Edstan et SLO sont l'engagement hypothécaire de SHO en date du 9 août et l'acte daté du 22 août modifiant cet engagement. Ces deux documents ont été signés par Edstan et SHO; SLO n'a pas été partie à ces arrangements. Par conséquent, ces documents ne peuvent en soi avoir pour effet de modifier la nature juridique de l'opération à laquelle ont participé Edstan et SLO. L'engagement hypothécaire initial, intervenu trois mois après le contrat entre SLO et Edstan portait sur un montant de 931 001,84 $. On dit que ce montant comprend le capital principal de 350 930 $ qu'Edstan devait payer à SLO pour l'achat des vingt-cinq terrains. La preuve est vague sur ce point, mais 95 pour cent du prix de vente autorisé des maisons représente la somme de 594 453 $ qui, ajoutée aux 350 930 $ susmentionnés, donne à peu près le montant de l'engagement hypothécaire de SHO. Aux termes de cet engagement, les intérêts de l'hypothèque devaient être déduits des avances hypothécaires jusqu'au 1er avril 1978, date où devait commencer l'amortissement par versements mensuels mixtes. Dans une lettre en date du 22 août 1977, l'engagement a été modifié par l'adjonction des trois alinéas suivants:

Upon transfer of title from Ontario Housing Corporation to the mortgagor, a sum equal to the "primary principal sum" set out in the agreement of purchase and sale with Ontario Housing Corporation will be deemed to be advanced to Ontario Housing Corporation.

Such sum will constitute an ownership by Ontario Housing Corporation in the mortgage security as if Ontario Housing Corporation had taken back a purchase money mortgage for the sum and such sum will be subject to the provisions for interest in the Ontario Housing Corporation agreement.

Upon the commencement of that interest or upon authorization by Central Mortgage and Housing Corporation of a land advance, whichever is earlier, Ontario Mortgage Corporation will purchase the Ontario Housing Corporation portion of the mortgage and fees and interest thereon will be charged by Ontario Mortgage Corporation as if Ontario Mortgage Corporation had made a mortgage advance on that date.

[TRADUCTION] Au moment du transfert du titre de la Société de logement de l'Ontario à la débitrice hypothécaire, une somme égale au «montant du capital principal» fixé dans la promesse de vente avec ladite société sera réputée avoir été avancée à celle-ci.

Cette somme constituera pour la Société de logement de l'Ontario un droit de propriété sur la garantie hypothécaire, comme si elle avait consenti à prêter cette somme sur hypothèque pour le paiement du prix d'achat, et la somme en question sera assujettie aux dispositions relatives aux intérêts contenues dans le contrat intervenu avec ladite Société de logement de l'Ontario.

Lorsque cela se concrétisera ou lorsque la Société centrale d'hypothèques et de logement autorisera une avance relative au biens-fonds, selon la première de ces éventualités, la Société d'hypothèques de l'Ontario se portera acquéreur de la part de l'hypothèque appartenant à la Société de logement de l'Ontario et des frais et intérêts sur celle-ci seront imputés par la Société d'hypothèques de l'Ontario tout comme si elle avait consenti une avance hypothécaire à cette date.

Several comments must be made about this amendment to the commitment. OHC again was not a party to it. The first paragraph purports to deem an advance to OHC, presumably from the first mortgage payments. This appears to coincide with paragraph (5)(a) in the amended agreement between OHC and E, *supra*, which provides that an amount equal to the primary principal shall be "deducted from the advances to the Builder on the first mortgage and paid to O.H.C." However, the mortgage commitment purports to go further and deem an advance without an actual "advance to the Builder". Since OHC is not a party, this is a rather remarkable and opaque provision. The second paragraph is entirely unsupported in the record by any assignment of a mortgage interest which, of course, OHC, on the date of the amendment of August 22, did not hold in the property, and, indeed, OHC never did have a mortgage interest with respect to the primary principal sum since the OHC second mortgage as executed did not include that sum. This is a very flimsy, if not utterly incomprehensible, base upon which to found an argument that somehow the mortgage advances were not made, at least nominally, to the mortgagor E out of the moneys to be secured by the first mortgage of OMC. The agreement between OHC and E is still one between vendor and

Plusieurs observations s'imposent concernant cette modification de l'engagement. SLO, rappelons le, n'y était pas partie. Suivant le premier alinéa, une avance est réputée avoir été consentie à SLO, vraisemblablement à même les premiers versements du prêt hypothécaire. Cela semble coïncider avec l'alinéa 5a) du contrat modifié susmentionné intervenu entre SLO et Edstan, qui prévoit qu'un montant égal à celui du capital principal sera [TRADUCTION] «déduit des avances consenties au constructeur en vertu de la première hypothèque et versé à SLO». Toutefois, l'engagement hypothécaire va apparemment plus loin; en effet, des fonds sont réputés avoir été avancés sans pour autant qu'il y ait eu vraiment «avance au constructeur». Compte tenu de ce que SLO n'est pas partie à l'engagement, cette disposition est d'une obscurité assez remarquable. Le deuxième alinéa n'est appuyé dans le dossier par aucune cession d'un droit hypothécaire que, il va sans dire, SLO ne détenait pas sur le bien-fonds au moment de la modification du 22 août et, en fait, SLO n'a jamais détenu un droit hypothécaire relativement au capital principal puisque la seconde hypothèque qu'on lui avait consentie ne portait pas sur ce montant. Il s'agit là d'un fondement des plus fragiles, voire tout à fait incompréhensible, à l'appui d'un argument selon lequel les avances hypothécai-

purchaser, and the latter, E, remains contract bound to pay for the land, in part by a mortgage back and in part by cash now coming from the OMC first mortgage. The third paragraph makes reference to "the commencement of that interest" which is ambiguous in that it may refer to the immediately preceding reference to interest payable to OHC, or it may refer to the interest said to be acquired by OMC from OHC in the immediately preceding paragraph. The next clause in that paragraph is even more confusing in that it keys the subsequent event of purchasing to an "authorization by Central Mortgage and Housing Corporation of a land advance". The term "land advance" is nowhere else mentioned, let alone defined, and there is no reference in the initial mortgage commitment to any authorization by CMHC other than "progress draws advanced from time to time". If the three paragraphs, added together and read in conjunction with the aforementioned paragraph (5)(a) in the amending agreement, are intended to establish the novel concept of an assignment of an outstanding mortgage interest (which never came into existence) in OHC, these provisions fail completely. The third paragraph continues by providing that OMC will purchase the OHC portion of the mortgage and that OMC will charge interest as if OMC had made a mortgage advance on "that date". Presumably, "that date" relates back to the aforementioned opening ambiguity in this third paragraph, that is to say, either the date when OMC acquires an interest in whatever is being assigned to it from OHC, or the date of a CMHC authorization of a "land advance".

Through this clutter of documentation, one must always bear in mind that, by contract, E is obligated to purchase the twenty-five lots from OHC and to pay therefor the combined land costs of OHC, that is, capital cost and capital profit. In no document executed by OHC and E is this obligation annulled. OHC has the right under the agreement

res n'ont pas été consenties, du moins nominalement, à la débitrice hypothécaire Edstan à même les sommes qui devaient être garanties par la première hypothèque de SHO. Le contrat intervenu entre SLO et Edstan n'en est pas moins un contrat entre vendeur et acheteur et Edstan demeure tenue par contrat de payer le bien-fonds, en partie au moyen d'une hypothèque accordée au vendeur et en partie en espèces provenant maintenant de la première hypothèque de SHO. Dans le texte anglais du troisième alinéa figure l'expression «*the commencement of that interest*»; cette expression est ambiguë puisqu'elle peut se rapporter soit à la mention, qui précède immédiatement, des intérêts payables à SLO, soit au droit que SHO doit acquérir de SLO et dont il est question à l'alinéa précédent. Le membre de phrase qui suit cette expression augmente la confusion en ce sens que l'achat subséquent est conditionné à l'obtention d'une «autorisation par la SCHL d'une avance relative au bien-fonds». L'expression «avance relative au bien-fonds» ne figure nulle part ailleurs et, à plus forte raison, elle n'est pas définie; de plus, l'engagement hypothécaire initial ne mentionne aucune autorisation émanant de la SCHL, sauf dans les cas des [TRADUCTION] «acomptes versés à l'occasion». Si ces trois alinéas pris avec l'alinéa 5a) susmentionné du contrat modificatif visent à créer le concept nouveau de la cession d'un droit hypothécaire de SLO à échoir et qui n'a jamais vu le jour, ils échouent complètement. Le troisième alinéa prévoit que SHO achètera la part de l'hypothèque appartenant à SLO et que SHO imputera des intérêts tout comme si elle avait consenti une avance hypothécaire à «cette date». Vraisemblablement, les mots «cette date» se rapportent à l'expression ambiguë susmentionnée que l'on trouve au début de ce troisième alinéa, c'est-à-dire, soit à la date où SHO acquiert le droit, quel qu'il soit, cédé par SLO, soit à la date d'une autorisation par la SCHL d'une «avance relative au bien-fonds».

Dans tout ce fatras de documents, il ne faut pas oublier qu'Edstan est tenue par contrat d'acheter les vingt-cinq terrains à SLO moyennant le paiement à cette dernière d'une somme composée de son coût en capital et de son profit en capital. Aucun document signé par SLO et Edstan n'annule cette obligation. Aux termes du contrat, SLO

to receive a mortgage from E in part payment of the price, and the balance in cash from E who, in turn, was entitled to raise that cash by way of an enlarged first mortgage from OMC. There is no other machinery provided in the complex documetation flowing around the triangle of OMC, OHC and E. Sometime later, on September 15, 1977, OMC and OHC entered into an agreement which recites the OHC-E agreement and OMC's mortgage commmitments. In paragraph 2, OMC undertakes to issue "the attached commitment letter to the Builder", but no such attachment appears in the record. OMC then undertakes to:

> ... secure and protect the interest of Ontario Housing, as an agent for Ontario Housing, for the primary principal sum of such land sale prices as well as the interests of Ontario Mortgage by means of the first mortgage and the necessary protections ancillary thereto.

I cannot unravel the language of the paragraph so as to construct or reconstruct a transaction binding on E, who is not a party to this contract, which will somehow deprive E of its right to receive the cash from the mortgagee on the first mortgage to retire its obligation to OHC as the vendor under the basic agreement. There is nothing else in the record which could effectively operate as a direction by E to OMC to disburse the advances under the first mortgage to OHC. Paragraph 3 of this agreement raises another conundrum, fortunately apparently irrelevant to the problems arising in this appeal. It states in part that "Ontario Housing will not charge interest to the builder on the land sale price until the date specified in ... " the basic agreement as amended. OHC, of course, had no mortgage on September 15, the date of this agreement, nor, obviously, on May 5 or August 22 when the basic agreement was executed and amended respectively. Perhaps the reference should be to OMC and not OHC.

a le droit de recevoir, en paiement partiel du prix d'achat, une hypothèque consentie par Edstan et le solde en argent comptant, et Edstan a le droit de réunir cet argent comptant en augmentant le montant de la première hypothèque accordée à SHO. Voilà les seuls mécanismes prévus dans les documents complexes portant sur l'opération triangulaire à laquelle ont participé SHO, SLO et Edstan. Quelque temps après, soit le 15 septembre 1977, SHO et SLO ont conclu un accord qui reprend les termes du contrat intervenu entre SLO et Edstan et les engagements hypothécaires de SHO. À l'alinéa 2, SHO s'engage à faire tenir [TRADUCTION] «au constructeur la lettre d'engagement ci-jointe»; cette lettre ne figure toutefois pas dans le dossier. SHO promet ensuite:

> [TRADUCTION] ... en sa qualité de mandataire de la Société de logement de l'Ontario, de garantir et de protéger, au moyen de la première hypothèque et des garanties nécessaires dont elle est assortie, le droit de ladite société sur le capital principal du prix de vente des terrains, ainsi que ses propres droits.

Je ne puis interpréter ce paragraphe de manière à constituer ou à reconstituer une opération liant Edstan, qui n'y est pas partie, et qui la privera d'une façon quelconque de son droit de recevoir de sa créancière hypothécaire, en vertu de la première hypothèque, les fonds destinés à l'acquittement de l'obligation qu'elle a envers le vendeur SLO en vertu du contrat de base. Il n'y a rien d'autre dans le dossier qui pourrait constituer une directive donnée par Edstan à SHO de verser à SLO les avances consenties en vertu de la première hypothèque. L'alinéa 3 de cet accord pose une autre énigme qui, semble-t-il heureusement, n'a rien à voir avec les problèmes soulevés dans le présent pourvoi. Cet alinéa porte notamment que [TRADUCTION] «la Société de logement de l'Ontario n'imputera au constructeur des intérêts sur le prix de vente du bien-fonds qu'à partir de la date fixée dans ...» le contrat de base modifié. Il va sans dire qu'à la date de cet accord, savoir le 15 septembre, SLO n'avait pas d'hypothèque et, évidemment, elle n'en avait non plus au moment de la signature du contrat de base le 5 mai ni au moment de sa modification le 22 août. On devrait peut-être mentionner SHO et non pas SLO.

The next paragraph of the agreement states as follows:

> Ontario Mortgage shall purchase the interest of Ontario Housing in the mortgage for such portions of the Ontario Housing share as become subject to interest under the above Clause 3, on the dates that such portions become subject to interest.

Again, this, at most, is an inarticulate attempt to perhaps establish the mechanics of an assignment *in futuro* of a mortgage interest of OHC, if, as and when it arises. Unfortunately for the authors of this paragraph, the contract amendment of September 22 three weeks prior to this agreement has otherwise dealt with the mortgage entitlement, actual or *in futuro*, of OHC with reference to the primary principal. However the basic agreement is interpreted, either with reference to the original version of the first mortgage or the reduced second mortgage in the second version, the position of E, in essence, remains undisturbed.

Section 14(1) of the Act provides in part:

> **14.**— . . .
>
> (1) The lien has priority over all . . . payments or advances made on account of any . . . mortgage after notice in writing of the lien has been given to the person making such payments . . . .

If these payments are advances, then, as conceded by all parties in this Court, the registered liens have priority. There has been very little established in our courts as to the meaning of "advances" under s. 14(1). In *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21, the Court of Appeal of Ontario concluded that moneys paid out by the mortgagee nominally to the mortgagor, but applied to another debt owing by the mortgagor to the mortgagee, were "advances" under the mortgage for the purposes of s. 14(1), which was, at that date, substantially in the same form as at the time the liens in this appeal were registered. Because the liens in question were not registered in the *Smith & Sons* case, *supra*, the lien claimants failed. However, Middleton J., in finding that moneys paid out to the mortgagor to retire an

L'alinéa suivant de l'accord est ainsi rédigé:

> [TRADUCTION] La Société d'hypothèques de l'Ontario se portera acquéreur du droit que possède la Société de logement de l'Ontario sur les parties de l'hypothèque à l'égard desquelles des intérêts commencent à courir conformément à la clause 3 précitée, et ce, aux dates où ces intérêts commencent à courir.

Il s'agit là tout au plus d'une tentative mal formulée d'établir, peut-être, les modalités d'une cession future d'un droit hypothécaire de SLO, dès que ce droit prendra naissance. Malheureusement pour les rédacteurs de cet alinéa, la modification apportée au contrat le 22 septembre, soit trois semaines avant la signature de cet accord, traite différemment du droit hypothécaire, actuel ou futur, que possède SLO relativement au capital principal. Que le contrat de base soit interprété par rapport à la version originale de la première hypothèque ou par rapport à la seconde version qui a entraîné la réduction de la seconde hypothèque, la situation d'Edstan demeure essentiellement la même.

Le paragraphe 14(1) de la Loi prévoit notamment:

> [TRADUCTION] **14.**— . . .
>
> (1) Le privilège a priorité sur tous . . . versements ou avances de fonds à valoir sur un montant payable en vertu . . . d'une hypothèque, après qu'avis écrit du privilège a été donné à la personne effectuant ces versements ou avances . . .

Si ces versements constituent des avances, alors, comme le reconnaissent toutes les parties en cette Cour, les privilèges enregistrés ont priorité. Il y a très peu de jurisprudence portant sur le sens du mot «avances» employé au par. 14(1). Dans l'arrêt *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que des fonds versés par le créancier hypothécaire, nominalement au débiteur hypothécaire, mais affectés à une autre dette que le débiteur hypothécaire avait contractée envers le créancier hypothécaire, étaient des «avances» hypothécaires aux fins du par. 14(1), qui revêtait, à cette époque, essentiellement la même forme qu'il avait au moment de l'enregistrement des privilèges présentement en cause. Dans l'affaire *Smith & Sons*, précitée, les créanciers privilégiés n'ont pas obtenu gain de

earlier mortgage were "advances" under the mortgage within the meaning of the statute, had this to say, at p. 23:

The fact that the money was paid to the mortgagee in reduction of his mortgage on other property is quite immaterial.

He also observed that the acknowledged honesty of the parties (as was surely the case here) is also irrelevant.

Counsel for OMC, in submissions in this Court, made reference on this issue to our judgment in *Dorbern Investments Ltd. v. Provincial Bank of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 459, where this Court was dealing with priorities when lien registration had not been effected, nor had written notice been given at the time the advances under the mortgage were made. Chief Justice Laskin, in finding that the lien claim failed because of failure of notice or registration at the time of the advances, stated, at p. 463:

The concluding words of s. 14(1) underline this in stating that "in the absence of such notice in writing or the registration of claim for notice in writing or the registration of a claim for lien, all such payments or advances have priority over any such lien". Section 14(1) is thus of no assistance in this case either to the lien claimant or to the subsequent mortgagee; the lien claimant cannot turn this provision for a limited and conditioned priority as against a subsequent mortgagee into a general priority ungoverned by any condition such as written notice or registration.

Later, at p. 468, the Chief Justice concluded:

... I read s. 14(1) as giving the lien claimant priority over subsequent advances, notwithstanding registration of the mortgage under which they are made, provided the lien claimant either gives the prescribed written notice or registers the lien.

The case is otherwise not helpful in the task confronting the Court here, which is the proper characterization in law of the payments made by the mortgagee OMC to OHC.

In this appeal, once the transaction is properly characterized as an advance under a building mortgage pursuant to the contractual direction of

cause parce que les privilèges en question n'avaient pas été enregistrés. Toutefois, en concluant que les fonds versés au débiteur hypothécaire pour rembourser une hypothèque antérieure sont des «avances» hypothécaires au sens de la Loi, le juge Middleton souligne, à la p. 23:

[TRADUCTION] Le fait que les fonds ont été versés au créancier hypothécaire pour réduire son hypothèque sur un autre immeuble n'a pas la moindre importance.

Il fait également remarquer que l'honnêteté reconnue des parties (comme c'est sûrement le cas en l'espèce) est également dénuée d'importance.

Dans sa plaidoirie en cette Cour, l'avocat de SHO a invoqué sur ce point l'arrêt de cette Cour, *Dorbern Investments Ltd. c. Banque Provinciale du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 459, qui porte sur la question de la priorité lorsqu'il n'y a eu ni enregistrement de privilège ni avis écrit au moment où les avances de fonds hypothécaires ont été faites. En rejetant la revendication de privilège en raison de l'absence d'avis ou d'enregistrement au moment où les avances ont été consenties, le juge en chef Laskin affirme, à la p. 463:

Le paragraphe 14(1) souligne ce point quand il conclut qu'«à défaut de cet avis écrit ou d'enregistrement d'une revendication de privilège, tous ces versements et avances ont priorité sur tout privilège». Le paragraphe 14(1) n'est également d'aucun secours en l'espèce au créancier privilégié ni au créancier hypothécaire subséquent; le créancier privilégié ne peut transformer cette disposition qui accorde une priorité limitée et conditionnelle sur un créancier hypothécaire subséquent en une priorité libre de toute condition, comme l'avis écrit ou l'enregistrement.

Plus loin, à la p. 468, le Juge en chef conclut:

... suivant mon interprétation le par. 14(1) accorde au créancier privilégié priorité sur les avances postérieures, malgré l'enregistrement de l'hypothèque en vertu de laquelle elles sont faites, pourvu que le créancier privilégié donne l'avis écrit prescrit ou enregistre le privilège.

À part cela, cet arrêt ne nous aide pas à trancher la question qui se pose en l'espèce, savoir la véritable nature juridique des versements faits à SLO par la créancière hypothécaire SHO.

Aux fins de ce pourvoi, du moment que l'opération est qualifiée à juste titre d'avance hypothécaire faite conformément à une directive contrac-

the mortgagor, then all matters of priority fall into place. Stated another way, once OMC and OHC fail to demonstrate properly a legal characterization of the transaction as the sale of an interest in a mortgage by OHC to OMC, the priorities become clear. Whatever may have been the intention of the management of OHC and OMC and in the minds of the draftsmen of the documentation, the documentation falls hopelessly short of that which would be required to establish the transaction as the sale of an unregistered inchoate mortgage interest which, by design of the principal actors, was never to come into existence. The very proposition is novel, and its documentation prior to the registration, or indeed the execution, of any mortgages raises monumental difficulties for the draftsman.

The result of this unusual and ill-defined arrangement and the somewhat chaotic record as assembled by the parties at trial is, in my view, reducible to the simple result that the OMC advances of $350,930 on November 1 and December 1, 1977, were ordinary mortgage advances charged to E, the mortgagor, and paid out to OHC without precise direction from the mortgagor E. If they were mortgage advances authorized by CMHC, they were not "land advances", whatever that term may have meant to the parties. OMC should, in any event, have made the ordinary construction advances to E over and above the $350,930, as authorized by CMHC. All of this, of course, could have been prevented by OMC simply obtaining a specific direction to make the $350,930 advance to OHC which was deemed to have been advanced by the amended mortgage commitment, and thereafter responding to CMHC's progress payment authorizations by paying out to E the amounts so authorized.

By reason of the disposition made above of the several lien claims, it is not necessary to examine the submissions made with reference to the trust provision in s. 2(3) of the Act. Nor is it necessary to deal specifically, as a matter of law, with the characterization of and entitlement to the proceeds

tuelle de la débitrice hypothécaire, cela règle tous les problèmes de priorité. Autrement dit, si SHO et SLO n'arrivent pas à prouver de façon adéquate que l'opération consiste, du point de vue juridique, en la vente par SLO à SHO d'un droit sur une hypothèque, la question des priorités devient claire. Quelle qu'ait pu être l'intention de la direction de SLO et de SHO et peu importe ce que les rédacteurs des documents ont pu avoir à l'esprit, ces documents sont bien loin de représenter ce qui serait nécessaire pour prouver que l'opération est la vente d'un droit hypothécaire incomplet non enregistré qui, selon les intentions des principaux intéressés, ne devait jamais prendre naissance. La proposition même est entièrement nouvelle et sa consignation par écrit avant l'enregistrement ou même avant la constitution des hypothèques suscite au rédacteur des difficultés énormes.

Selon moi, il ressort simplement de cet arrangement inhabituel et mal défini et du dossier quelque peu confus que les parties ont constitué au procès que les avances de 350 930 $ consenties par SHO les 1er novembre et 1er décembre 1977 étaient des avances hypothécaires ordinaires imputées à la débitrice hypothécaire, Edstan, et versées à SLO sans directive précise de la part d'Edstan. Si c'étaient des avances hypothécaires autorisées par la SCHL, il ne s'agissait pas d'«avances relatives au bien-fonds», quel qu'ait pu être le sens que les parties prêtaient à cette expression. En tout état de cause, SHO aurait dû verser à Edstan les avances de fonds ordinaires pour la construction en sus des 350 930 $, conformément à l'autorisation de la SCHL. Bien entendu, il aurait suffi, pour éviter tout cela, que SHO reçoive une directive expresse d'avancer à SLO la somme de 350 930 $ qui était réputée avoir été avancée dans l'engagement hypothécaire modifié et qu'après elle donne suite aux autorisations d'acomptes données par la SCHL, en versant à Edstan les sommes ainsi autorisées.

En raison de la décision déjà prise relativement aux diverses revendications de privilège, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments concernant la disposition en matière de fiducie contenue au par. 2(3) de la Loi. Il n'est pas nécessaire non plus d'aborder spécifiquement la question de la qualifi-

received by OMC from the exercise of the power of sale under its mortgage.

In the result:

(a) The lien claims by Ken Gordon Excavating Limited, in its own right, and by S. Henry & Sons Limited are valid and must be paid in full by OHC. Accordingly, the appeal of OHC fails and the order of the Court of Appeal is confirmed, with costs in this Court to these two lien claimants.

(b) The remaining ten liens are valid as against E and have priority over OHC with reference to the advances amounting to $350,930 paid out by OMC. The trial judge found the total of lien claims to be $136,319.10, and there is no appeal with respect to the amount. Lien claims totalling $128,083.49 were filed before November 1, 1977; accordingly, they may be satisfied out of the $281,060 advance made by OMC to OHC on November 1, 1977. The remaining claims, which total $8,235.61, were all registered by November 18, and can be satisfied out of the December 1, 1977 advance of $69,870.

(c) The proceeds from the exercise of the power of sale, as received and as held by OMC pending the outcome of these proceedings, shall be applied to the extent necessary to pay the lien claims of the ten lien claimants.

(d) All payments herein to be made to the twelve lien claimants shall bear interest compounded in accordance with paragraph 1(h) of the order of the Divisional Court.

(e) The appellant, Ken Gordon Excavating Limited, in its own right, and S. Henry & Sons Limited shall be entitled to their costs against OHC here and in all courts below.

(f) The appellant Ken Gordon Excavating Limited, in its representative capacity, shall have

cation juridique des fonds reçus par SHO par suite de l'exercice du pouvoir de vendre que lui accordait son hypothèque, ni celle du droit à ces fonds.

En définitive:

a) Les revendications de privilège faites par Ken Gordon Excavating Limited en son propre nom et par S. Henry & Sons Limited sont valides et SLO doit en payer le montant intégral. Par conséquent, le pourvoi interjeté par SLO échoue et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée. Ces deux créancières privilégiées ont droit à leur dépens en cette Cour.

b) Les dix autres privilèges sont valides à l'égard d'Edstan et leurs titulaires ont priorité sur SLO en ce qui concerne les avances de 350 930 $ versées par SHO. Le juge de première instance a fixé à 136 319,10 $ le montant total des revendications de privilège et ce montant n'est pas contesté. Des revendications de privilège dont le montant total s'élève à 128 083,49 $ ont été déposées avant le 1er novembre 1977; par conséquent, elles peuvent être payées à même les 281 060 $ que SHO a avancés à SLO le 1er novembre 1977. Les autres revendications dont le montant total s'élève à 8 235,61 $ étaient toutes enregistrées dès le 18 novembre et elles peuvent être payées à même l'avance de 69 870 $ du 1er décembre 1977.

c) Les fonds découlant de l'exercice du pouvoir de vendre, reçus et gardés par SHO en attendant l'issue du présent pourvoi, doivent être affectés, dans la mesure nécessaire, au paiement des revendications de privilège des dix créanciers privilégiés.

d) Tous les paiements à effectuer aux douze créanciers privilégiés porteront des intérêts composés conformément à l'alinéa 1h) de l'ordonnance de la Cour divisionnaire.

e) L'appelante Ken Gordon Excavating Limited en son propre nom et S. Henry & Sons Limited ont droit à leurs dépens contre SLO en cette Cour et dans toutes les cours d'instance inférieure.

f) L'appelante Ken Gordon Excavating Limited en sa qualité de représentante a droit à ses

its costs against OMC here and in the courts below.

(g) The appeal of OHC shall be dismissed without costs in this Court.

The appeal of Ken Gordon Excavating Limited is allowed and the appeal of Ontario Housing Corporation dismissed, both with costs accordingly.

Solicitors for Ken Gordon Excavating Limited (in its representative capacity): Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Solicitor for Ontario Housing Corporation: H. Allan Leal, Toronto.

Solicitors for Ontario Mortgage Corporation: Goldberg, Shinder, Gardner, Kronick & Tavel, Ottawa.

Solicitors for Ken Gordon Excavating Limited (in its individual capacity): Wilson, Dubuc, Ryan & Whillans, Ottawa.

dépens contre SHO en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

g) Le pourvoi de SLO est rejeté sans adjudication de dépens en cette Cour.

Le pourvoi de Ken Gordon Excavating Limited est accueilli et le pourvoi de la Société de logement de l'Ontario est rejeté, avec dépens en conséquence dans les deux cas.

Procureurs de Ken Gordon Excavating Limited (en sa qualité de représentante): Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Procureur de la Société de logement de l'Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Procureurs de la Société d'hypothèques de l'Ontario: Goldberg, Shinder, Gardner, Kronick & Tavel, Ottawa.

Procureurs de Ken Gordon Excavating Limited (en son propre nom): Wilson, Dubuc, Ryan & Whillans, Ottawa.

Edna Kathleen Miller *Appellant*;

and

James Alexander Miller *Respondent.*

File No.: 17456.

1984: October 3; 1984: October 11.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Matrimonial law — Division of assets — Non-family assets — Company incorporated by husband but put in wife's name for tax purposes — Husband fired — Settlement of wrongful dismissal action including general release of all claims against wife — Release predating The Family Law Reform Act, 1978 — Claim for non-family assets not barred by release — The Family Law Reform Act, 1978, 1978 (Ont.), c. 2, s. 8.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 139 D.L.R. (3d) 128, 39 O.R. (2d) 74, 29 R.F.L. (2d) 395, allowing an appeal from a judgment of Boland J. Appeal dismissed.

M. C. Kronby, Q.C., for the appellant.

M. von Anrep, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We agree with the Ontario Court of Appeal for the reasons given by it that the release did not constitute a bar to the respondent's claim under s. 8 of *The Family Law Reform Act, 1978*, 1978 (Ont.), c. 2. The appeal is accordingly dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Kronby, Chercover, Toronto.

Solicitors for the respondent: von Anrep & Repei, St. Catharines.

Edna Kathleen Miller *Appelante*;

et

James Alexander Miller *Intimé.*

N° du greffe: 17456.

1984: 3 octobre; 1984: 11 octobre.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit matrimonial — Partage des biens — Biens autres que familiaux — Société constituée par l'époux mais mise au nom de l'épouse à des fins fiscales — Congédiement de l'époux — Règlement de l'action pour congédiement illégal comprenant une renonciation à toutes réclamations contre l'épouse — Renonciation antérieure à la Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille — Renonciation inapplicable à la réclamation relative aux biens autres que familiaux — Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille, 1978 (Ont.), chap. 2, art. 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 139 D.L.R. (3d) 128, 39 O.R. (2d) 74, 29 R.F.L. (2d) 395 qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Boland. Pourvoi rejeté.

M. C. Kronby, c.r., pour l'appelante.

M. von Anrep, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario et avec ses motifs pour dire que la renonciation ne constitue pas une fin de non-recevoir à la demande que l'intimé a présentée en vertu de l'art. 8 de la *Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille*, 1978 (Ont.), chap. 2. Par conséquent le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Kronby, Chercover, Toronto.

Procureurs de l'intimé: von Anrep & Repei, St. Catharines.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1984 Vol. 2

3e cahier, 1984 Vol. 2

Cited as [1984] 2 S.C.R. 311-445

Renvoi [1984] 2 R.C.S. 311-445

Published by
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1984.

Publié par
BERNARD C. HOFLEY, c.r.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1984.

CONTENTS

Guerin *et al.* *v.* The Queen *et al.* **335**

Indians — Reserve lands — Surrender — Lease entered by Crown on Band's behalf — Lease bearing little resemblance to terms approved at surrender meeting — Whether or not breach of fiduciary duty, breach of trust, or breach of agency — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1) — Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, s. 98 (now R.S.B.C. 1979, c. 414).

Osborne *v.* The Queen **406**

Criminal law — Evidence — Trafficking conviction — Controlled drug: amphetamine — Standard graph not prepared by analyst but contained in publication provided to him — Whether "evidence to the contrary" — Whether doubt as to the nature of the substance — Admission of wiretap and video tape evidence — Whether accused "manufactured" amphetamine.

R. *v.* Brese *et al.* **333**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Interception of private communications — Order authorizing interception of telecommunications made by a named person and interception of telecommunications in respect of certain phone number at certain location — Validity of order authorizing interception.

R. *v.* Ritch *et al.* **333**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Interception of private communications — Order authorizing interception of telecommunications made by a named person and interception of telecommunications in respect of certain phone number at certain location — Validity of order authorizing interception.

Continued on next page

SOMMAIRE

Guerin *et autres* *c.* La Reine *et autre* **335**

Indiens — Terres d'une réserve — Cession — Bail conclu au nom de la bande par Sa Majesté — Conditions du bail conclu très différentes de celles approuvées à l'assemblée de la cession — Y a-t-il eu manquement à des obligations de fiduciaire ou manquement à des obligations de mandataire? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, chap. 149, art. 18(1) — Trustee Act, R.S.B.C. 1960, chap. 390, art. 98 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 414).

Osborne *c.* La Reine **406**

Droit criminel — Preuve — Condamnation pour trafic — Drogue contrôlée: amphétamine — Graphique étalon non préparé par l'analyste, mais contenu dans une publication qui lui a été fournie — Y a-t-il une «preuve contraire»? — Y a-t-il un doute quant à la nature de la substance? — Admission en preuve d'une bande magnétoscopique et de conversations téléphoniques interceptées par voie d'écoute électronique — L'accusé a-t-il «fabriqué» des amphétamines?

R. *c.* Brese *et autres* **333**

Droit criminel — Preuve — Recevabilité — Interception de communications privées — Ordonnance autorisant l'interception de télécommunications rendue à l'égard d'une personne nommée et interception de télécommunications à l'égard de certains numéros de téléphone et de certains endroits — Validité de l'ordonnance autorisant l'interception.

R. *c.* Ritch *et autres* **333**

Droit criminel — Preuve — Recevabilité — Interception de communications privées — Ordonnance autorisant l'interception de télécommunications rendue à l'égard d'une personne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Radulesco *v.* Canadian Human Rights Commission **407**

Administrative law — Natural justice — Quasi-judicial decision — Procedure — Commission advised by investigator through report — Complainant not fully informed before decision made as to factual basis underlying report — Whether or not decision should be set aside — Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 35, 36(3)(b).

Reilly *v.* The Queen **396**

Criminal law — Defences — Second degree murder — Self defence and provocation — Excessive force — Party intoxicated — Whether or not qualified defence of excessive force in self-defence available to reduce charge — Whether or not trial judge's charge as to qualified defence of provocation adequate — Whether or not intoxication relevant to self-defence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 34, 212(a).

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie *v.* Canada Labour Relations Board *et al.* **412**

Labour relations — Strike — Concerted refusal of employees to work overtime — Declaration that strike unlawful and prohibition of strike — Whether Canada Labour Relations Board exceeded its jurisdiction — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64).

Labour relations — Unlawful strike — Special remedy — Order to parties to refer matter of overtime to arbitration — Remedy not authorized by Canada Labour Code — Remedy set aside — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(p) and 121 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 and 183 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 183.1 (ad. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 189 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; am. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68).

Judicial review — Order of Canada Labour Relations Board — Remedy not authorized by Code — Jurisdictional error at conclusion of hearing — Error within s. 28(1)(a) of Federal Court Act — Patently unreasonable error rule not applicable — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 122 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 43) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a).

Wildman *v.* The Queen **311**

Criminal law — Murder — Trial judge erring in excluding exculpatory evidence — Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Code applicable to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Statutes — Amendments — Legislation enacted after trial making accused's spouse competent to testify — New legislation applicable at new trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(3.1) [added by 1980-81-82-83 (Can.), c. 125, s. 29(2)], 4(5) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 36(d).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nommée et interception de télécommunications à l'égard de certains numéros de téléphone et de certains endroits — Validité de l'ordonnance autorisant l'interception.

Radulesco *c.* Commission canadienne des droits de la personne **407**

Droit administratif — Justice naturelle — Décision quasi judiciaire — Procédure — Recommandation faite à la Commission par le rapport de l'enquêteur — Faits sous-jacents au rapport communiqués de façon incomplète à la plaignante avant la décision — Annulation ou non de la décision — Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 35, 36(3)b).

Reilly *c.* La Reine **396**

Droit criminel — Moyens de défense — Meurtre au deuxième degré — Légitime défense et provocation — Force excessive — Partie en état d'ivresse — Peut-on, pour réduire l'inculpation, invoquer la défense restreinte de force excessive dans un cas de légitime défense? — L'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était-il adéquat? — L'ivresse est-elle pertinante à la légitime défense? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 34, 212a).

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie *c.* Conseil canadien des relations du travail *et autres* **412**

Relations du travail — Grève — Refus concerté des employés de faire du travail supplémentaire — Déclaration du caractère illégal d'une grève et interdiction de grève — Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il excédé sa compétence? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64).

Relations du travail — Grève illégale — Redressement particulier — Ordre aux parties de référer le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage — Remède non autorisé par le Code canadien du travail — Remède annulé — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 118p) et 121 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 et 183 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 183.1 (aj. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 189 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; mod. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68).

Contrôle judiciaire — Ordonnance du Conseil canadien des relations du travail — Remède non autorisé par le Code — Erreur juridictionnelle commise à l'étape de la conclusion de l'enquête — Erreur visée par l'al. 28(1)a) de la Loi sur la Cour fédérale — Critère de l'erreur manifestement déraisonnable inapplicable — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 122 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 43) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28(1)a).

Wildman *c.* La Reine **311**

Droit criminel — Meurtre — Exclusion erronée d'une preuve disculpatoire par le juge du procès — L'art. 613(1)b)(iii) du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

Code est-il applicable pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

Législation — Modifications — Adoption après le procès d'un texte de loi faisant du conjoint de l'accusé un témoin compétent — Nouveau texte de loi applicable au nouveau procès — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(3.1) [ajouté par 1980-81-82-83 (Can.), chap. 125, par. 29(2)], 4(5) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 36d).

John Arthur Wildman *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16667.

1984: May 2; 1984: October 11.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Trial judge erring in excluding exculpatory evidence — Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Code applicable to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Statutes — Amendments — Legislation enacted after trial making accused's spouse competent to testify — New legislation applicable at new trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(3.1) [added by 1980-81-82-83 (Can.), c. 125, s. 29(2)], 4(5) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 36(d).

Appellant was charged with the first degree murder of his 8 year old stepdaughter and tried by a judge with a jury. The Crown's case was based entirely on circumstantial evidence. Although considered at the preliminary inquiry, the testimony of two witnesses that related to a telephone conversation between them and the accused's wife or somebody purporting to be his wife was not admitted at trial. This evidence would have explained why the accused knew of the circumstances of the victim's death prior to the discovery of the body— the most incriminating evidence adduced against him. The accused's wife was not called as a witness. In his address to the jury, the Crown explained that the prosecution is prohibited by law from calling the accused's wife to give evidence and the trial judge did not comment that statement. Appellant was convicted. On appeal, the Court of Appeal found that the trial judge erred in excluding the evidence confirming part of the accused's testimony but, considering that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred in view of the overwhelming evidence of the accused's guilt, applied the proviso of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* and upheld the conviction. The Court held also that the Crown's remark did not constitute a comment within the meaning of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* and could not reasonably have been interpreted by the jury as a suggestion that an innocent accused would

John Arthur Wildman *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 16667.

1984: 2 mai; 1984: 11 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

Droit criminel — Meurtre — Exclusion erronée d'une preuve disculpatoire par le juge du procès — L'art. 613(1)b)(iii) du Code est-il applicable pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

Législation — Modifications — Adoption après le procès d'un texte de loi faisant du conjoint de l'accusé un témoin compétent — Nouveau texte de loi applicable au nouveau procès — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(3.1) [ajouté par 1980-81-82-83 (Can.), chap. 125, par. 29(2)], 4(5) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 36d).

L'appelant a été accusé du meurtre au premier degré de sa belle-fille de huit ans et a subi son procès devant juge et jury. La preuve de la poursuite se fonde entièrement sur une preuve circonstancielle. Bien qu'entendue à l'enquête préliminaire, la déposition de deux témoins relativement à une conversation téléphonique qu'ils ont eue avec l'épouse de l'accusé, ou avec quelqu'un qui prétendait être son épouse, n'a pas été admise au procès. Cette preuve aurait expliqué pourquoi l'accusé connaissait les circonstances de la mort de la victime avant la découverte du corps, la preuve la plus incriminante produite contre lui. L'épouse de l'accusé n'a pas été citée comme témoin. Dans son réquisitoire adressé au jury, le substitut du procureur général a expliqué que la poursuite ne peut légalement citer l'épouse de l'accusé comme témoin et le juge du procès n'a pas commenté cette déclaration. L'appelant a été déclaré coupable. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la preuve qui confirme une partie du témoignage de l'accusé mais, considérant qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'était produit compte tenu de la preuve accablante de la culpabilité de l'accusé, elle a appliqué la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* et a confirmé la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a également conclu que la remarque du substitut ne constituait pas un commentaire au sens du par. 4(5) de la *Loi sur la*

have called his wife to confirm his testimony. Appellant's appeal to this Court was on three grounds: (1) this was not a proper case to apply s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code*; (2) the trial judge's silence in respect of the Crown's remark resulted in an endorsement of the statement and was in effect a misdirection in law to the jury and (3) the Crown's remark was a comment forbidden by s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge erred in refusing to admit testimony corroborating the accused's explanation as to how the victim had been killed and s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code* could not apply to uphold the verdict. The onus was upon the Crown to satisfy the Court that the verdict "would necessarily have been the same if the errors had not occurred". Such determination is generally made upon a reading of the evidence put to the jury. But when the error of law is the preclusion of exculpatory evidence, the determination must be made with regard to the entirety of the evidence and in light of the effect the excluded evidence could possibly have had on the evidence that did go to the jury. Any reasonable effect that the excluded evidence could have had on the jury should, in applying s. 613(1)(*b*)(iii), enure to the benefit of the accused. Here, if admitted, the excluded evidence would have tended to negate the inference that the accused had to be on the scene at the time of the crime to have known the circumstances of the victim's death—the very inference the jury was concerned about. Without that inference, the evidence put to the jury, while sufficient to support a conviction, would not have made an acquittal unreasonable.

The problems raised by the Crown's remark will not arise at the new trial: as the victim was under 14 years old, the accused's wife is a competent and compellable witness for the prosecution without the accused's consent. This new rule of evidence, which was introduced by s. 4(3.1) of the *Canada Evidence Act*, is merely procedural and, in accordance with s. 36(*d*) of the *Interpretation Act*, will be applicable at the new trial.

Colpitts v. The Queen, [1965] S.C.R. 739, considered; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *Bingeman v. McLaughlin*, [1978]

preuve au Canada et que le jury n'avait pas pu l'interpréter comme si elle signifiait qu'un accusé innocent aurait cité son épouse comme témoin pour qu'elle confirme son témoignage. Le pourvoi de l'appelant en cette Cour est fondé sur trois moyens: (1) il n'y a pas lieu d'appliquer en l'espèce le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code*; (2) le silence du juge du procès relativement à la remarque du substitut équivaut à une acceptation de la déclaration et constitue donc une directive erronée en droit au jury et (3) la remarque du substitut est un commentaire interdit par le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'admettre les témoignages qui corroboraient l'explication de l'accusé quant à la façon dont la victime avait été tuée et le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code* ne peut pas s'appliquer pour confirmer le verdict. La poursuite avait l'obligation de convaincre la cour que le verdict «aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite». Cette question est généralement tranchée après un examen de la preuve offerte au jury. Mais lorsque l'erreur de droit consiste en l'exclusion d'une preuve disculpatoire, la décision doit être rendue en tenant compte de l'ensemble de la preuve et en fonction de l'effet que la preuve exclue aurait pu avoir sur la preuve effectivement soumise au jury. Aux fins de l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii), l'accusé doit bénéficier de tout effet raisonnable que la preuve exclue aurait pu avoir sur le jury. En l'espèce, si elle avait été admise, la preuve exclue aurait eu pour effet de faire obstacle à la déduction que, pour connaître les circonstances du décès de la victime, l'accusé devait se trouver sur les lieux au moment du crime. Il s'agit là exactement de la déduction qui intéressait le jury. Sans cette déduction, la preuve soumise au jury, quoique suffisante pour justifier un verdict de culpabilité, ne serait pas suffisante pour rendre déraisonnable un verdict d'acquittement.

Les problèmes que crée la remarque du substitut ne se poseront pas au nouveau procès car, la victime étant âgée de moins de quatorze ans, l'épouse de l'accusé est un témoin compétent et contraignable pour la poursuite sans le consentement de l'accusé. Cette nouvelle règle de preuve, introduite par le par. 4(3.1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, porte simplement sur la procédure et, conformément à l'al. 36*d*) de la *Loi d'interprétation*, elle sera applicable au nouveau procès.

Jurisprudence: arrêt examiné: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; arrêts mentionnés: *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S.

1 S.C.R. 548; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, dismissing appellant's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

R. J. Climie, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The appellant was indicted of the first degree murder of his stepdaughter and, on November 18, 1978, was convicted by a jury in the County of Brant, Ontario. His appeal to the Court of Appeal was unsuccessful but required the application of the proviso of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*. Leave to appeal to this Court was granted at large.

A factual overview

On February 15, 1978, the appellant's 8-year old stepdaughter Tricia disappeared from her school yard before classes had begun. On February 19, 1978, her body was found on the bank of a nearby river. She had been killed by some nineteen blows to the head. A tan coloured hatchet sheath was found twenty-eight inches from the body. Medical evidence indicated that the injuries could have been inflicted by a hatchet. The killing was estimated to have taken place on the day of her disappearance.

The Crown's case against the appellant was based entirely on circumstantial evidence relating to:

1) motive, that is, Wildman's enmity toward his wife and to a lesser degree Tricia;

2) opportunity;

3) identification of a man and child by a Mrs. Jean Coubrough;

4) a hatchet, owned by Wildman at one time;

221; *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

R. J. Climie, pour l'appelant.

David H. Doherty, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant est inculpé du meurtre au premier degré de sa belle-fille, meurtre dont il a été déclaré coupable le 18 novembre 1978, par un jury siégeant dans le comté de Brant (Ontario). La Cour d'appel a eu recours à la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel. L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée sans restriction.

Un aperçu des faits

Le 15 février 1978, la belle-fille de l'appelant, Tricia, âgée de huit ans, est disparue de la cour de son école avant le début des cours. Son corps a été trouvé au bord d'une rivière avoisinante le 19 février 1978. Sa mort avait été causée par quelque dix-neuf coups portés à la tête. Un étui de hachette beige a été trouvé à vingt-huit pouces de son corps. L'autopsie a révélé que les blessures ont pu avoir été causées par une hachette. On a estimé que le meurtre était survenu le jour de sa disparition.

La preuve de la poursuite contre l'appelant se fonde entièrement sur une preuve circonstancielle établissant:

1) le mobile, savoir, l'hostilité de Wildman envers son épouse et, à un degré moindre, envers Tricia;

2) la possibilité matérielle;

3) l'identification d'un homme et d'un enfant par Mme Jean Coubrough;

4) une hachette ayant déjà appartenu à Wildman;

5) Wildman's surreptitious disposal of his clothing on February 15, 1978; and

6) false statements made to the police by Wildman after the investigation started on February 15th.

Finally, and, in my view, if unexplained, fatal to the accused, was the fact that he made statements indicating that he had knowledge of the cause of death, the nature and location of the injuries and of the kind of weapon used prior to that information being released by the police, indeed, even prior to the discovery of the body and prior to the police themselves becoming aware of those circumstances.

I will return to the facts and deal more thoroughly with them when disposing of the ground of appeal upon which this appeal should in my view succeed.

At the trial the set of events giving rise to the three grounds of appeal in this Court were twofold: one relating to Wildman's wife not having testified, the other to a ruling on evidence.

First set of events

The accused's wife was not called as a witness by either the Crown or by the defence. When addressing the jury, Crown counsel advised the jury as follows:

You are, however, bound by the law, what his Lordship says, and anything I say that sounds like law—and if I am not correct, I'm sure his Lordship will correct me.

One of the points that you have heard a lot of evidence about a woman by the name of Joyce Wildman, who is the wife of the accused. You probably wondered why you haven't heard from Joyce Wildman. Well, I tell you as a point of law that the prosecution is prohibited by law from calling Joyce Wildman to give evidence.

(Emphasis added.)

The trial judge did not correct that statement of the law, which the appellant takes to be incorrect.

As a result, appellant raises two grounds:

5) le fait que Wildman se soit subrepticement débarrassé de ses vêtements le 15 février 1978;

6) et les fausses déclarations faites par Wildman à la police après le début de l'enquête en date du 15 février.

Enfin, il y a un fait qui, s'il demeure inexpliqué, peut, à mon avis, avoir des conséquences fatales pour l'accusé, soit l'existence de déclarations de sa part laissant voir qu'il connaissait la cause du décès, la nature et l'endroit des blessures ainsi que le genre d'arme utilisée avant que ces renseignements ne soient communiqués par la police, avant même la découverte du corps et avant que la police elle-même ne soit mise au courant de ces circonstances.

Je reviendrai aux faits et je les examinerai plus en détail lorsque je me prononcerai sur le moyen d'appel qui, à mon avis, permet d'accueillir ce pourvoi.

Au procès, deux séries d'événements ont donné ouverture aux trois moyens d'appel invoqués devant cette Cour: l'une portant sur le fait que l'épouse de Wildman n'a pas témoigné, l'autre relative à une décision quant à la preuve.

Première série d'événements

Ni le ministère public ni la défense n'ont cité l'épouse de l'accusé comme témoin. Dans son réquisitoire adressé au jury, l'avocat du ministère public a dit:

[TRADUCTION] Vous êtes cependant liés par la loi, par ce que dit Sa Seigneurie et par n'importe lequel de mes propos qui ressemble à une règle de droit—et si je me trompe, je suis certain que Sa Seigneurie me corrigera.

Je vous signale notamment que vous avez entendu un grand nombre de témoignages concernant une femme du nom de Joyce Wildman qui est l'épouse de l'accusé. Vous vous êtes probablement demandé pourquoi vous n'avez pas entendu Joyce Wildman. Eh bien, je vous dis que la poursuite ne peut légalement citer Joyce Wildman comme témoin.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge du procès n'a pas corrigé cet exposé du droit que l'appelant considère inexacte.

En conséquence, l'appelant soulève deux moyens d'appel:

1) that the judge's silence resulted in an endorsement of the statement and was therefore in effect a misdirection in law to the jury;

2) Crown counsel's submission was a comment forbidden by s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10.

Second set of events

The appellant was denied the right to adduce, through cross-examination, evidence that purportedly would have explained his very incriminating knowledge of the circumstances of the death prior to the discovery of the body. The Court of Appeal having found this ruling wrong in law then applied the proviso of s. 613(1)(*b*)(iii).

3) Appellant raises as a third ground that this was not a proper case for the application of the proviso.

The Court of Appeal

Many grounds were raised by appellant in the Court of Appeal of Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, including one of the three raised in this Court, the one relating to the denial of the right to adduce evidence in regard to the accused's knowledge of the circumstances of death. As I said, the Court of Appeal agreed with appellant that the trial judge had erred in excluding this evidence (as did the Crown at the trial and in this Court), but agreed with the Crown that, no substantial wrong or miscarriage of justice having been occasioned thereby, it was a proper case to invoke the provisions of s. 613(1)(*b*)(iii). The test the Court of Appeal purported to apply was as follows (at p. 304):

> Before invoking s. 613(1)(*b*)(iii) we must be satisfied that a reasonable jury, properly instructed, would inevitably have found a verdict of guilty even if the McIsaacs had given their testimony: *MacDonald v. The Queen*, (1977), 34 C.C.C. (2d) 1 at p. 12, 75 D.L.R. (3d) 107, [1977] 2 S.C.R. 832 at p. 848.

The other two grounds in this Court, resulting from the Crown's comments as to Mrs. Wildman's

1) le silence du juge équivaut à une acceptation de la déclaration et constitue donc une directive au jury erronée en droit;

2) la déclaration du substitut du procureur général est un commentaire interdit par le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10.

Seconde série d'événements

On a refusé à l'appelant le droit de présenter, par voie de contre-interrogatoire, une preuve qui, prétendument, lui aurait permis d'expliquer le fait fort incriminant de sa connaissance des circonstances du décès avant la découverte du cadavre. Ayant jugé que cette décision était erronée en droit, la Cour d'appel a alors appliqué la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii).

3) L'appelant invoque comme troisième moyen d'appel qu'il ne s'agissait pas d'un cas donnant lieu à l'application de cette réserve.

La Cour d'appel

L'appelant a soulevé plusieurs moyens d'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, y compris l'un des trois moyens invoqués devant cette Cour, soit celui du refus de lui donner le droit de présenter une preuve concernant sa connaissance des circonstances du décès. Comme je l'ai dit, la Cour d'appel a convenu avec l'appelant (tout comme le ministère public en première instance et devant cette Cour) que le juge du procès a commis une erreur en excluant cette preuve, mais elle était d'accord avec le ministère public pour dire qu'il y avait lieu d'invoquer les dispositions du sous-al. 613(1)*b*)(iii) étant donné qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit. Voici le critère que la Cour d'appel entendait appliquer (à la p. 304):

> [TRADUCTION] Avant d'invoquer le sous-al. 613(1)*b*)(iii), nous devons être convaincus qu'un jury raisonnable, bien instruit du droit, aurait inévitablement rendu un verdict de culpabilité même si les McIsaac avaient témoigné: *MacDonald c. La Reine* (1977), 34 C.C.C. (2d) 1 à la p. 12, 75 D.L.R. (3d) 107, [1977] 2 R.C.S. 832, à la p. 848.

La Cour d'appel a soulevé d'elle-même les deux autres moyens d'appel invoqués devant cette Cour,

compellability were raised by the Court of Appeal *proprio motu*, and were disposed of as follows (at p. 295):

Whether or not the appellant's wife was a competent and compellable witness for the prosecution is a question of some difficulty which was not argued at the trial. Consequently, there was no ruling by the trial Judge upon which this Court is able to voice an opinion and the question is one which in our view should be reserved until it arises squarely for decision. In any case, we do not agree with Mr. Carter's suggestion that it is possible to construe the trial Judge's failure to correct Crown counsel as a tacit acceptance by him of the correctness of Crown counsel's statement of the law.

With respect to Mr. Carter's second submission, we do not think that Crown counsel's remarks constituted a comment, within the meaning of s. 4(5), on the failure of the appellant's wife to testify. In the particular circumstances of this case the remarks were in the nature of an explanation by Crown counsel, in light of his understanding of the law of evidence, for his failure to call Mrs. Wildman. Unlike in *R. v. Cooper (No. 2)* (1974), 19 C.C.C. (2d) 140, 51 D.L.R. (3d) 221, 5 O.R. (2d) 118, and *R. v. Arneson* (1930), 54 C.C.C. 330, [1930] 3 W.W.R. 163, 25 Alta. L.R. 125, Crown counsel's remarks in the present case could not reasonably have been interpreted by the jury as a suggestion that an innocent accused would have called his wife to confirm his testimony. As in the case of *Avon v. The Queen* (1971), 4 C.C.C. (2d) 357, 21 D.L.R. (3d) 442, [1971] S.C.R. 650, where the Supreme Court of Canada was concerned with somewhat similar remarks by a trial Judge, the language used here was a "statement" explaining the prosecution's inability to call an accused's spouse rather than a "comment" disparaging the accused's ability to use his wife's imposed silence to cloak his guilt. None the less, we are of the view that Crown counsel's remarks came perilously close to contravening s. 4(5) and that it would have been preferable if they had not been made. Again, however, if it were necessary, we would apply the provisions of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code*.

qui font suite aux commentaires du ministère public concernant la possibilité de contraindre Mme Wildman, et elle les a tranchés comme suit (à la p. 295):

[TRADUCTION] Déterminer si l'épouse de l'appelant était un témoin compétent et contraignable pour la poursuite est une question qui présente certaines difficultés et qui n'a pas été débattue au cours du procès. Par conséquent, le juge du procès n'a rendu aucune décision au sujet de laquelle cette Cour peut se prononcer et, à notre avis, il s'agit d'une question qu'on devrait mettre de côté jusqu'à ce qu'elle se pose directement. Quoi qu'il en soit, nous ne partageons pas l'avis de Me Carter suivant lequel il est possible d'interpréter l'omission du juge du procès de corriger l'avocat du ministère public comme une acceptation tacite de l'exactitude de son exposé du droit.

Quant au second argument de Me Carter, nous ne croyons pas que les remarques du substitut du procureur général constituent un commentaire, au sens du par. 4(5), sur l'abstention de témoigner de l'épouse de l'appelant. Dans les circonstances de l'espèce, ces remarques étaient une explication du substitut du procureur général, fondée sur sa perception des règles de la preuve, qui a voulu justifier son omission de citer Mme Wildman comme témoin. Contrairement à la situation dans les affaires *R. v. Cooper (No. 2)* (1974), 19 C.C.C. (2d) 140, 51 D.L.R. (3d) 221, 5 O.R. (2d) 118, et *R. v. Arneson* (1930), 54 C.C.C. 330, [1930] 3 W.W.R. 163, 25 Alta. L.R. 125, le jury n'a pas pu interpréter les remarques du substitut du procureur général en l'espèce comme si elles signifiaient qu'un accusé innocent aurait cité son épouse comme témoin pour qu'elle confirme son témoignage. Comme dans l'arrêt *Avon c. La Reine* (1971), 4 C.C.C. (2d) 357, 21 D.L.R. (3d) 442, [1971] R.C.S. 650 où la Cour suprême du Canada s'est penchée sur des remarques semblables faites par un juge du procès, les termes employés en l'espèce sont une «déclaration» expliquant l'incapacité de la poursuite de citer le conjoint d'un accusé, plutôt qu'un «commentaire» critiquant la faculté de l'accusé de se servir du silence forcé de son épouse pour masquer sa culpabilité. Néanmoins, nous sommes d'avis que les remarques du substitut du procureur général ont dangereusement failli contrevenir au par. 4(5) et qu'il aurait mieux valu qu'elles n'eussent pas été faites. Mais une fois de plus, nous appliquerions les dispositions du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code*, si cela était nécessaire.

The third ground (the exclusion of evidence and s. 613(1)(*b*)(iii))

This ground should, with respect, have succeeded in the Court of Appeal and resulted in the ordering of a new trial. There is here no disagreement as to the commission of an error by the trial judge; nor does anyone take issue with the test the Court of Appeal said must be met in order to apply s. 613(1)(*b*)(iii). Where we part is as regards the proper application of the test to the facts of this case, a matter this Court has declared, for policy reasons, to be a question of law (see *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834).

As announced earlier, I now return to the evidence in this case.

Motive

The appellant and Joyce Wildman married in October 1973 when he was 21 and she was 19. At that time Tricia Paquette was 4 years old. She is the natural daughter of Joyce Wildman, but not of John Wildman. Mrs. Wildman had agreed that John would adopt Tricia after their marriage, but later reneged on this promise. Two children were born to the marriage.

All agree that the marriage was a turbulent one. There were numerous fights and on a few occasions the police had to be called in. They separated on numerous occasions. John Wildman attributed this to his wife's alcoholism. Donna Dumont, the sister of Joyce Wildman, attributed the separation to John Wildman's lack of affection for Tricia Paquette and to Mr. Wildman being a thief.

There is substantial evidence of various events, some disproving these assertions, others supportive thereof. I have read the evidence and I am satisfied that there is evidence supportive of the fact that appellant's animosity towards his wife, whether understandable or not, could in turn be supportive of a motive for his killing Tricia. There is also evidence that he threatened his wife's life and that of a social worker.

Le troisième moyen d'appel (l'exclusion de la preuve et le sous-al. 613(1)*b*)(iii))

Avec égards, la Cour d'appel aurait dû accueillir ce moyen d'appel et ordonner un nouveau procès. On s'entend ici pour dire que le juge du procès a commis une erreur; personne ne conteste non plus le critère énoncé par la Cour d'appel en ce qui concerne l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii). Là où nous ne sommes pas d'accord, c'est au sujet de l'application appropriée de ce critère aux faits de l'espèce, question que cette Cour a jugée, pour des raisons de principe, être une question de droit (voir l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834).

Je reviens à la preuve en l'espèce.

Le mobile

L'appelant et Joyce Wildman se sont mariés au mois d'octobre 1973 à l'âge de 21 et de 19 ans respectivement. À cette époque, Tricia Paquette était âgée de 4 ans. Elle est la fille naturelle de Joyce Wildman mais non de John Wildman. Mme Wildman avait accepté que John adopte Tricia après leur mariage, mais elle est plus tard revenue sur cette promesse. Deux enfants sont issus du mariage.

Il est généralement admis que le mariage a été tumultueux. Les querelles étaient nombreuses et la police a dû intervenir à certaines occasions. Les conjoints se sont séparés à plusieurs reprises. John Wildman a attribué cette situation à l'alcoolisme de son épouse. Donna Dumont, soeur de Joyce Wildman, a attribué les séparations au manque d'affection de John Wildman envers Tricia Paquette et au fait que c'est un voleur.

De nombreux éléments de preuve établissent l'existence de divers événements, certains contredisant ces déclarations, d'autres les corroborant. J'ai pris connaissance de la preuve et je suis convaincu qu'elle confirme que l'animosité de l'appelant envers son épouse, qu'elle soit compréhensible ou non, pouvait servir de mobile au meurtre de Tricia. Il est en outre établi qu'il a menacé de tuer son épouse ainsi qu'une travailleuse sociale.

In June of 1977, when the police were called because of a dispute over the custody of the two younger girls, he said "if Joyce gets the two babies, I will get Tricia". John Wildman testified that he used the expression "get Tricia" in the sense of getting custody of her, just as, when referring to the two babies, he used the expression "gets the two babies". The officer who heard this comment took it at the time to have been said in relation to custody. Four witnesses testified that Wildman acted in an appropriate fatherly manner towards Tricia.

Opportunity

There is no need to consider the evidence in any detail. The accused attempted to establish an alibi, but was not successful. Tricia disappeared from school shortly before 9 a.m. on February 15th. The appellant's first recorded contact with anyone that morning was between 10:15 and 10:45 a.m. when he spoke to his landlady while in his apartment. Tests established that a person could have walked from the school yard to where Tricia's body was found and from there to appellant's apartment in fifty minutes.

Identification and the disposal of the clothing

Mrs. Jean Coubrough lived at 94 Grand Street. The back of her property ran to the embankment overlooking the river about 270 feet from where the body was found. On February 15, between 9 and 10 a.m., Mrs. Coubrough saw a man and a child walking down the railroad tracks. The man, she said, walked with a purpose and the child struggled along six feet behind. The child was wearing a blue ski jacket matching the description of the one Tricia was wearing on that day. It is common ground that the man and the child Mrs. Coubrough saw would have been in her field of vision for about 22 to 25 seconds. She described the man as being about 5 feet 3 inches tall, and of the same height but somewhat slimmer than the accused she saw in court. The accused, it was established, had gained 10 pounds while in jail. He was wearing a black knee-length coat, a black hat, but no gloves though it was a very cold morning.

Au mois de juin 1977, alors que la police a été appelée à intervenir en raison d'une dispute concernant la garde des deux filles cadettes, il a dit [TRADUCTION] «si Joyce a les deux bébés, j'aurai Tricia». John Wildman a témoigné qu'il a employé l'expression «aurai Tricia» en voulant dire la garde de cette dernière tout comme, lorsqu'il a fait mention des deux bébés, il a employé l'expression «a les deux bébés». L'agent qui a entendu cette remarque a considéré à ce moment là qu'elle avait été faite en rapport avec la garde. Quatre témoins ont déclaré que Wildman a agi en bon père à l'égard de Tricia.

La possibilité matérielle

Il n'est pas nécessaire d'examiner la preuve en détail. L'accusé a tenté, sans succès, d'établir un alibi. Tricia est disparue de l'école le 15 février peu avant 9 heures. C'est entre 10 h 15 et 10 h 45 que l'appelant a communiqué avec quelqu'un pour la première fois ce matin-là, lorsqu'il a parlé à sa propriétaire alors qu'il se trouvait dans son appartement. Des reconstitutions ont démontré qu'une personne pouvait, en cinquante minutes, se rendre à pied de la cour d'école à l'endroit où le corps de Tricia a été trouvé et, de là, à l'appartement de l'appelant.

L'identification et la mise au rebut des vêtements

Mme Jean Coubrough habite 94 rue Grand. L'arrière de sa propriété s'étend jusqu'à la berge qui surplombe la rivière à environ 270 pieds de l'endroit où le corps a été trouvé. Le 15 février, entre 9 et 10 heures, Mme Coubrough a vu un homme et un enfant marchant le long de la voie ferrée. L'homme, a-t-elle dit, marchait d'un pas décidé et l'enfant le suivait péniblement à une distance de six pieds. L'enfant portait un anorak de ski bleu qui correspondait à la description de celui que portait Tricia ce jour-là. Il est admis que l'homme et l'enfant ont été dans le champ de vision de Mme Coubrough pendant environ 22 à 25 secondes. L'homme qu'elle a décrit mesurait environ cinq pieds trois pouces, de la même taille mais un peu plus mince que l'accusé qu'elle a vu en cour. Il est établi que ce dernier avait gagné dix livres pendant son séjour en prison. Il était vêtu d'un manteau noir arrivant aux genoux, d'un chapeau noir mais

The hat was what she called "an airman's hat" turned up in the middle. She saw no glasses on the man, but only saw a profile of the man's face.

Joyce Smoke, a social worker who had been "handling" the Wildman family, said she was accustomed to seeing John Wildman wear a black hat and a black coat. But, as regards the hat, she was contradicted by her secretary Miss Carvel, and by several other witnesses who said Mr. Wildman did not wear a hat. Mr. McIsaac said that on February 14 the appellant was wearing a long brown leather coat and tan cowboy boots. Wildman testified he had lost his gloves the night of February 14. He also testified he had put his coat and boots in the garbage on Monday, February 13, and put the garbage out on Wednesday, February 15. This happened about two hours after Tricia went missing. He explained this as the result of a call he received from his wife on February 13.

Q. After—sorry. During this telephone discussion that you had with your wife, was the question of a pair of boots and a coat discussed?

A. Yes, sir, they were.

Q. And at that time did you indicate to your wife, what if anything you were going to do with them?

A. Yes, I told her I was going to throw them in the garbage.

Q. Why was that?

A. Well, she had bought me the boots about six months earlier and she bought me the coat for Christmas, and I was to be indebted for life for them.

Q. What do you mean by that?

A. Well, such things as, there was no heater in her bathroom at 481 Colborne.

Q. Yes?

A. And there wasn't any in mine at 25 Duke.

Q. Yes?

A. But I had an electric heater, so she wanted that. And I said, "Well, I need it"; she says, "Well——

Q. Well, don't tell us what she said: you argued over that?

il ne portait pas de gants même s'il faisait très froid ce matin-là. Ce chapeau était ce qu'elle a appelé [TRADUCTION] «un chapeau d'aviateur» relevé au milieu. Elle affirme que l'homme ne portait pas de lunettes, mais par contre elle ne l'a vu que de profil.

Joyce Smoke, travailleuse sociale qui s'occupait de la famille Wildman, a déclaré que John Wildman portait habituellement un chapeau noir et un manteau noir. Mais, en ce qui concerne le chapeau, elle a été contredite par sa secrétaire, Mlle Carvel, et par plusieurs autres témoins qui ont affirmé que M. Wildman ne portait pas de chapeau. M. McIsaac a dit que le 14 février l'appelant portait un long manteau de cuir brun et des bottes de cow-boy beiges. Wildman a témoigné qu'il a perdu ses gants le soir du 14 février. Il a ajouté qu'il a jeté son manteau et ses bottes dans un sac à ordures le lundi 13 février et qu'il a placé le sac à l'extérieur le mercredi 15 février. Cela est survenu environ deux heures après la disparition de Tricia, à la suite, a-t-il expliqué, d'un appel téléphonique qu'il a reçu de son épouse le 13 février.

[TRADUCTION] Q. Après—excusez-moi. Au cours de cette conversation téléphonique que vous avez eue avec votre épouse, a-t-il été question d'une paire de bottes et d'un manteau?

R. Oui monsieur.

Q. Et à ce moment-là, avez-vous indiqué à votre épouse ce que vous alliez en faire?

R. Oui, je lui ai dit que j'allais les jeter aux ordures.

Q. Pourquoi?

R. Eh bien, elle m'avait offert les bottes quelque six mois auparavant et le manteau à l'occasion de Noël, et j'allais être endetté pour toujours.

Q. Que voulez-vous dire par là?

R. Eh bien, par exemple, il n'y avait pas de radiateur dans sa salle de bain du 481 Colborne.

Q. Oui?

R. Et il n'y en avait pas dans la mienne au 25 Duke.

Q. Oui?

R. J'avais cependant un radiateur électrique qu'elle désirait avoir. Et je lui ai dit «J'en ai besoin»; elle a répondu «Bien . . .

Q. Ne nous dites pas ce qu'elle a dit: vous êtes-vous disputés à ce sujet?

A. Yes, she said that I should give it to her because she had bought my coat and boots.

Q. And was it in that discussion you said you would throw them away?

. . .

And he was seen putting garbage in front of the neighbour's house, which he explained as follows:

Q. All right. Do you recall when you put those into a garbage bag?
A. On Monday night.

Q. Before or after you talked to Joyce?
A. Well, after; I mean, I hadn't decided to throw them out until after I had talked to her.

Q. There has been some evidence that you took the garbage bag, I guess westerly towards the store, and put a garbage bag, I think one door down from your place?
A. Yes, sir, I did.

Q. Why did you do that?
A. Because I'm lazy.

Q. What was in it?
A. Garbage.

Q. Okay. Well, why—if you are so lazy—walk one door down and put the garbage out?

A. No—well, we had a problem with dogs ripping garbage apart.

Q. Yes?
A. Now this had—this bag had dirty diapers, bad foodstuffs: like when my wife had left, she left the fridge open and the food in there had gone bad.

Q. Yes?
A. This was all in that bag. I merely took it to the next door neighbour's house to leave it there; if the dogs tore it apart, I wouldn't have to clean it up.

Q. All right. About what time was that, that you took your garbage out?
A. I would say about 11.30, quarter to twelve.

The boots and coat, according to him, were put out in front of his residence while the other garbage bags went to the neighbour's. There was also

R. Oui, elle m'a dit que je devrais le lui donner parce qu'elle m'avait acheté le manteau et les bottes.

Q. Était-ce au cours de cette discussion que vous avez dit que vous les jetteriez?

. . .

Et on l'a vu placer le sac à ordures en face de la maison voisine, ce qu'il a expliqué de la façon suivante:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Vous souvenez-vous quand vous les avez mis dans un sac à ordures?
R. Le lundi soir.

Q. Avant ou après votre conversation avec Joyce?
R. Après; je veux dire que je n'avais pas décidé de les jeter avant de lui avoir parlé.

Q. Il a été établi que vous avez emporté le sac à ordures, j'imagine, en direction ouest vers le magasin et que vous l'avez déposé, je pense, devant une porte voisine?
R. Oui, monsieur.

Q. Pourquoi avez-vous fait cela?
R. Parce que je suis paresseux.

Q. Qu'y avait-il à l'intérieur du sac?
R. Des ordures.

Q. D'accord. Pourquoi—si vous êtes si paresseux—avez-vous marché jusqu'à une porte voisine pour y déposer le sac à ordures?
R. Non—eh bien, nous avions des difficultés avec des chiens qui déchiraient les sacs à ordures.

Q. Oui?
R. Eh bien—ce sac contenait des couches sales, des aliments avariés: lorsque mon épouse est partie, elle a laissé le réfrigérateur ouvert et la nourriture qui s'y trouvait s'est gâtée.

Q. Oui?
R. Tout cela se trouvait dans ce sac. Je l'ai simplement emporté en direction de la porte voisine et je l'ai laissé là; si les chiens l'avaient déchiré, je n'aurais pas eu à faire de nettoyage.

Q. Très bien. Quelle heure était-il environ lorsque vous avez sorti votre sac à ordures?
R. Je dirais environ 11 h 30, midi moins le quart.

Selon lui, les bottes et le manteau ont été déposés devant chez lui tandis que les autres sacs à ordures ont été déposés devant chez les voisins.

some evidence, though not conclusive, that Wildman, due to a diabetic condition would, after walking some distance, develop a limp. Mrs. Coubrough did not see the man limp.

Certains éléments de preuve indiquent, même si cela n'est pas concluant, qu'étant diabétique, Wildman commençait à boiter après avoir marché pendant un certain temps. Mme Coubrough ne l'a pas vu boiter.

The hatchet

The injuries to Tricia's head could have been caused by a hatchet. A sheath was found 28 inches from the body. A hatchet was located in the water 200 feet from the body. Near the location of the hatchet, on the river's embankment, was a blood-stained garbage bag; the blood was not inconsistent with Tricia's. The hatchet fitted snugly into the sheath. Wildman had owned a hatchet and a sheath which he sold to one Daniel Curry. The hatchet disappeared from Curry's apartment sometime between the middle of January and February 23, 1978. The appellant was at Curry's apartment on February 9, 1978 and could have stolen it as he was left alone for some time. I do not intend to canvass the evidence in detail. Many witnesses were heard who had seen Wildman's or Curry's hatchet. Curry said it had a long black handle, and had "Stainless", stamped on it. The hatchet found in the river had "Fuller 16 Forged" stamped on it. One Paul Bell said that Curry's hatchet had "Fuller 16 Forged" stamped on it. Witnesses when looking at the sheath, the markings, the handle, or the colour of the hatchet found near the body and comparing it with their recollection of the one owned by Wildman or by Curry or borrowed from either of them, either concluded that the hatchets were different or, at best, similar, but none could affirm that they were identical let alone the same one. The additional cuts in the sheath and the difference of colour of the hatchet and the sheath found on the scene of the crime that might have misled some of the witnesses could be explained by the forensic testing done on them. But in the end, one could summarize the extensive evidence surrounding the hatchet's possible identification by saying that the hatchets and sheaths were somewhat similar, but no more.

La hachette

Les blessures à la tête de Tricia ont pu être causées par une hachette. On a trouvé un étui à vingt-huit pouces du corps. La hachette se trouvait dans l'eau à deux cents pieds du corps. Un sac à ordures taché de sang a été trouvé près de cet endroit, sur la berge de la rivière; le sang n'était pas incompatible avec celui de Tricia. La hachette s'ajustait parfaitement dans l'étui. Wildman possédait une hachette et un étui qu'il avait vendus à un nommé Daniel Curry. La hachette est disparue de l'appartement de Curry entre la mi-janvier et le 23 février 1978. L'appelant se trouvait dans l'appartement de Curry le 9 février 1978 et, comme il y est demeuré seul pendant un certain temps, il a pu la voler. Je n'entends pas examiner la preuve en détail. Plusieurs témoins ont déclaré avoir vu la hachette de Wildman ou de Curry. Ce dernier a dit qu'elle avait un long manche noir et qu'elle portait l'inscription «Stainless». La hachette trouvée dans la rivière portait l'inscription «Fuller 16 Forged». Un nommé Paul Bell a déclaré que la hachette de Curry portait l'inscription «Fuller 16 Forged». Après avoir examiné l'étui, les marques, le manche ou la couleur de la hachette trouvée près du corps et après l'avoir comparée avec ce dont ils se rappelaient de celle qui avait appartenu à Wildman ou à Curry ou qui a été empruntée à l'un d'eux, les témoins ont conclu que les hachettes étaient différentes ou tout au plus semblables, et aucun d'eux n'a pu affirmer qu'elles étaient identiques et encore moins qu'il s'agissait de la même hachette. Les entailles additionnelles dans l'étui et la différence de couleur de la hachette et de l'étui trouvés sur la scène du crime qui ont pu induire certains témoins en erreur peuvent s'expliquer par les expériences médico-légales effectuées sur ces objets. À toutes fins pratiques on pourrait résumer l'abondante preuve concernant l'identification possible de la hachette en disant que les hachettes et les étuis étaient semblables, sans plus.

The false statements

When questioned by the police as to why he would have put garbage in front of the neighbour's house, the appellant denied having done so, nor did he mention his disposing of the coat and boots. An expert witness said that the killer's coat and boots would normally have been bloodstained. Generally speaking, Wildman gave various differing versions as regards the boots, the coat, and the garbage bags, the hatchet, and, through various statements to the police and to others, such as his landlord McIsaac, and Dan Curry, he appears to have given them the run-around intentionally, was very uncooperative and, as a result, his conduct must be regarded as highly suspect.

On this evidence, standing alone, one could not say that a verdict of guilty would have been unreasonable; nor could one consider likewise unreasonable a jury entertaining a reasonable doubt and acquitting. There is strong circumstantial evidence upon which a jury could be satisfied beyond a reasonable doubt, but I would be unable to say that it was overwhelming, as said the Court of Appeal.

What justified the Court of Appeal in finding, as they did, the evidence overwhelming was the result of the following additional evidence.

Tricia disappeared on February 15 and her body was discovered four days later on February 19. Prior to the 19th no one could be sure that Tricia was dead, whether death was self-inflicted or involved another person, was accidental or intentional, the nature and location of the wounds inflicted, the instrument, if any, used or probably used to inflict the wounds. Yet, on February 16 Wildman phoned a Mr. Beyer, his divorce lawyer, and told him "that his wife had accused him of killing Tricia with an axe".

After the discovery of Tricia's body on the 19th, the police, because of the sheath found 28 inches

Les fausses déclarations

Lorsque la police lui a demandé pourquoi il avait déposé les ordures devant chez le voisin, l'appelant a nié avoir accompli un tel acte et il n'a pas mentionné non plus qu'il avait jeté son manteau et ses bottes. Un témoin expert a affirmé que le manteau et les bottes de l'assassin auraient normalement été tachés de sang. D'une façon générale, Wildman a fourni des versions différentes en ce qui concerne les bottes, le manteau, les sacs à ordures et la hachette et, dans ses diverses déclarations à la police et à d'autres personnes telles que son propriétaire McIsaac et Dan Curry, il semble avoir été intentionnellement évasif, il a été très peu coopératif et, en conséquence, on doit considérer son comportement comme très suspect.

Compte tenu de cette seule preuve, on ne peut pas dire qu'un verdict de culpabilité aurait été déraisonnable; on ne pourrait pas non plus considérer comme déraisonnable qu'un jury ait un doute raisonnable et qu'il acquitte l'accusé. Il existe des éléments de preuve circonstancielle convaincants à partir desquels un jury pouvait être convaincu au-delà de tout doute raisonnable, mais je ne peux pas dire que la preuve soit accablante, comme l'a affirmé la Cour d'appel.

La raison pour laquelle la Cour d'appel a jugé la preuve accablante découle de la preuve additionnelle suivante.

Tricia est disparue le 15 février et son corps a été découvert quatre jours plus tard, soit le 19 février. Avant cette date, personne ne pouvait être sûr que Tricia était décédée, on ne pouvait pas savoir non plus si elle s'était donné la mort ou si celle-ci impliquait une autre personne, ni si elle était accidentelle ou intentionnelle, et on ne connaissait pas non plus la nature et l'emplacement des blessures infligées, l'instrument, le cas échéant, qui avait été utilisé ou vraisemblablement utilisé pour les infliger. Pourtant, le 16 février, Wildman a téléphoné à Me Beyer, l'avocat qui s'occupait de son divorce, et lui a dit [TRADUCTION] «que son épouse l'avait accusé d'avoir tué Tricia avec une hache».

Après la découverte du corps de Tricia le 19 février, la police a cherché une hachette en raison

from the body, started looking for a hatchet. On that day a press release by the police said that "she had been battered with a blunt instrument". On that evening the police interrogated Wildman about a hatchet.

On the 20th Wildman said to a witness that "someone put an axe in Tricia's head". It was only on February 23 that the police revealed with precision the nature of the wounds, and only on February 28 the use of a hatchet.

On February 19, 23 and 25, the appellant mentioned to various persons that "Tricia had been killed with an axe". His knowledge of the circumstances of the crime on the 19th, 23rd and 25th is not unexplained. He was questioned with insistance by the police on the 19th about a hatchet and the police press release referred to Tricia having been battered with a blunt instrument. It would not be unreasonable for Wildman to suspect that the police were of the view that the blunt instrument was a hatchet and that some of the wounds, if not all, would be to the head, since Tricia had been "battered" to death. But what needed explanation was his statement to his lawyer on the 16th. Whoever knew those details on that date had to either have participated or witnessed the crime, or have received the information from someone who had. In his testimony he attempted to explain this knowledge; Wildman testified as follows:

Q. Prior to that question of a hatchet being discussed between you and Detective Sergeant Stephenson, had any other police officer told you about a hatchet, or asked you about a hatchet?
A. No, sir.
Q. Had any other person?
A. Yes, sir.
Q. When?
A. On Thursday, the day after Tricia disappeared.

He was not questioned any further about this person because of a ruling the trial judge had made in the course of the Crown's case.

de la découverte de l'étui à vingt-huit pouces du corps. Ce même jour, la police a diffusé un communiqué disant que [TRADUCTION] «elle a été battue à l'aide d'un instrument contondant». Ce soir-là, la police a interrogé Wildman au sujet d'une hachette.

Le 20 février, Wildman a dit à un témoin que [TRADUCTION] «quelqu'un a planté une hache dans la tête de Tricia». Ce n'est que le 23 février que la police a divulgué avec précision la nature des blessures et ce n'est que le 28 février qu'elle a parlé de l'utilisation d'une hachette.

Les 19, 23 et 25 février, l'appelant a mentionné à différentes personnes que [TRADUCTION] «Tricia a été tuée à l'aide d'une hache». Sa connaissance des circonstances du crime qu'il a divulguées ces trois jours-là s'explique. Le 19 février, la police l'a interrogé avec insistance au sujet d'une hachette et elle a indiqué dans son communiqué de presse que Tricia avait été battue à l'aide d'un instrument contondant. Wildman pouvait soupçonner que la police pensait que l'instrument contondant était une hachette et que certaines blessures, sinon toutes, avaient été causées à la tête, puisque Tricia avait été «battue» mortellement. Mais ce qu'il fallait cependant expliquer, c'était la déclaration qu'il a faite à son avocat le 16 février. Quiconque connaissait ces détails ce jour-là devait avoir participé au crime, en avoir été le témoin ou avoir reçu des renseignements d'une personne qui y avait participé ou en avait été le témoin. Dans son témoignage où il a tenté d'expliquer cette connaissance, Wildman a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Q. Avant que le sergent-détective Stephenson ne discute avec vous de cette question de la hachette, est-ce qu'un autre agent de police vous a parlé ou interrogé à ce sujet?
R. Non monsieur.
Q. Est-ce qu'une autre personne l'a fait?
R. Oui monsieur.
Q. Quand?
R. Le jeudi, lendemain de la disparition de Tricia.

Il n'a pas été interrogé davantage au sujet de cette personne en raison d'une décision rendue par le juge du procès au cours de la présentation de la preuve à charge.

The ruling

In the course of cross-examining Mrs. Beverly McIsaac and Mr. Ronald McIsaac, the attorney for the defence was denied the right to elicit the contents of a conversation which took place over the phone at the McIsaacs' on February 16. Wildman was at the McIsaacs' when the phone rang. Mrs. McIsaac answered and she identified the voice as being that of Mrs. Wildman. Mrs. Wildman accused her, Mr. McIsaac and John Wildman of "murdering Tricia with a hatchet". Mr. McIsaac got on the phone and would have corroborated the conversation, though uncertain as to the identity of the voice because he had not, as his wife had many times previously, ever spoken to Mrs. Wildman on the phone. The McIsaacs' had been examined on the matter at the preliminary inquiry.

Mrs. McIsaac:

Q. I understand, Mrs. McIsaac, that on Thursday night—that would be the day after Tricia Paquette disappeared, I understand that you received a phone call from someone who identified herself as Joyce Wildman. Am I correct?

A. Yes.

Q. The phone call went to your apartment and you answered it?

A. Yes.

Q. Would you agree with me that, whoever made that phone call indicated to you, or sorry, that they accused you and Ron and John Wildman of murdering Tricia Paquette with a hatchet?

A. That is right. They did.

Q. That is the day after Tricia disappeared?

A. Yes.

Q. Did you, prior to that day, ever talk on the telephone with Joyce Wildman?

A. She would phone and start arguing with us and kept calling us murderers and that . . .

And, later on:

Q. If I might go back to the telephone call you received from someone who said she was Joyce Wildman, on Thursday, during that telephone conversation, did your husband speak to that person?

La décision

Au cours du contre-interrogatoire de Mme Beverly McIsaac et de M. Ronald McIsaac, le procureur de la défense s'est vu refuser le droit de faire la lumière sur la teneur d'une conversation téléphonique qui a eu lieu chez les McIsaac le 16 février. Wildman se trouvait chez ces derniers lorsque le téléphone a sonné. Mme McIsaac a répondu et elle a reconnu la voix de Mme Wildman. Celle-ci l'a accusée, ainsi que M. McIsaac et John Wildman, d'avoir [TRADUCTION] «tué Tricia avec une hachette». M. McIsaac s'est mis au téléphone et il aurait corroboré la conversation, même s'il n'était pas certain de l'identité de la voix, puisqu'il n'avait jamais parlé à Mme Wildman au téléphone contrairement à son épouse qui l'avait fait à plusieurs reprises. Les McIsaac ont été interrogés à ce sujet à l'enquête préliminaire.

[TRADUCTION] Mme McIsaac:

Q. Je crois comprendre, Mme McIsaac, que le jeudi soir—c'est-à-dire le lendemain de la disparition de Tricia Paquette, je crois comprendre que vous avez reçu un appel téléphonique de quelqu'un qui s'est identifié comme étant Joyce Wildman. Est-ce exact?

R. Oui.

Q. Le téléphone a sonné dans votre appartement et vous avez répondu?

R. Oui.

Q. Êtes-vous d'accord avec moi pour dire que la personne qui a fait cet appel téléphonique vous a indiqué, ou pardon, vous a accusée, ainsi que Ron et John Wildman, d'avoir tué Tricia Paquette à l'aide d'une hachette?

R. C'est exact. Effectivement.

Q. Est-ce le lendemain de la disparition de Tricia?

R. Oui.

Q. Aviez-vous, avant ce jour-là, déjà parlé à Joyce Wildman au téléphone?

R. Elle a téléphoné, s'est mise à se disputer avec nous et ne cessait pas de nous traiter d'assassins et de . . .

Et par la suite:

[TRADUCTION] Q. Si je peux revenir à l'appel téléphonique que vous avez reçu le jeudi de quelqu'un qui a dit être Joyce Wildman, est-ce que votre mari a parlé à cette personne au cours de cette conversation téléphonique?

A. I answered the phone and my husband got the phone and she called him a murderer and John and I murderers.

Q. Did John talk to that person on the telephone or was it just you and your husband?

A. Just my husband and I.

Q. When she said that you and Ron and John had murdered Tricia with an axe or hatchet, do you remember which it was she said? An axe or hatchet?

A. It was a hatchet, I think.

Q. When she said that, do you remember what you said to her?

A. I just told her no, we didn't . . . have anything to do with it.

Q. Up to that point, was that the first time that you can remember any mention being made of a hatchet, either on the radio or in the newspaper or T.V.?

A. It seemed to me that that person knew about the hatchet before anyone else did.

Q. Was that the first time that the hatchet was brought to your attention?

A. Yes.

Mr. McIsaac:

Q. I understand, Mr. McIsaac, that, on the Thursday after Tricia was missing, that you received a phone call from a person who told you they were Joyce Wildman; is that correct?

A. Yes.

Q. And in that phone conversation, this woman, who said she was Joyce Wildman, accused you and your wife and John Wildman of killing Patricia with a hatchet?

A. That is right.

Q. I suggest to you that you took the phone from your wife and discussed that, or heard that same accusation from the person who said she was Joyce Wildman; is that correct?

A. Yes.

Q. Up to that point, after Tricia had been missing, had you received any information from the newspaper or radio or T.V.?

A. Yes.

Q. Just a moment. Was there any information, from those sources, that there was a hatchet involved in killing Tricia, or was the phone call the first time that the hatchet was brought to your attention?

R. J'ai répondu au téléphone et mon mari a pris le récepteur et elle l'a traité, ainsi que John et moi, d'assassins.

Q. John a-t-il parlé à cette personne au téléphone ou était-ce seulement vous et votre mari?

R. Seulement mon mari et moi.

Q. Lorsqu'elle a dit que vous, Ron et John aviez tué Tricia à l'aide d'une hache ou d'une hachette, vous rappelez-vous ce qu'elle a dit? Une hache ou une hachette?

R. C'était une hachette, je pense.

Q. Lorsqu'elle a dit cela, vous rappelez-vous ce que vous lui avez répondu?

R. Je lui ai simplement dit non, nous n'avions . . . rien à voir avec cela.

Q. Était-ce la première fois à ce moment-là qu'on faisait mention d'une hachette, à la radio, dans les journaux ou à la télévision?

R. Il me semble que cette personne était la toute première à être au courant de la hachette.

Q. Était-ce la première fois qu'on attirait votre attention sur la hachette?

R. Oui.

M. McIsaac:

Q. Je crois comprendre, M. McIsaac, que le jeudi qui a suivi la disparition de Tricia, vous avez reçu un appel téléphonique d'une personne qui vous a dit être Joyce Wildman; est-ce exact?

R. Oui.

Q. Et au cours de cette conversation téléphonique, cette femme, qui a dit être Joyce Wildman, vous a accusé, ainsi que votre épouse et John Wildman, d'avoir tué Patricia à l'aide d'une hachette?

R. C'est exact.

Q. Si je vous dis que vous avez pris le récepteur des mains de votre épouse et avez discuté de cette question, ou que vous avez entendu la même accusation provenant de la personne qui a dit être Joyce Wildman; est-ce exact?

R. Oui.

Q. Après la disparition de Tricia et jusqu'à ce moment-là, aviez-vous obtenu des informations dans les journaux, à la radio ou à la télévision?

R. Oui.

Q. Un instant. Avez-vous su par l'entremise de ces sources d'information qu'une hachette avait servi à tuer Tricia ou était-ce la première fois au cours de la conversation téléphonique qu'on a attiré votre attention sur la hachette?

A. Yes, it was the first time.

Q. When you talked to that person on the phone, who said she was Joyce Wildman, did it appear they had been drinking or could you tell?

A. I couldn't tell.

Q. From the time you became John Wildman's landlord, you had a number of times to see and talk to Joyce Wildman?

A. Yes.

Q. She came to John's apartment a number of times?

A. Yes.

Q. Did the voice on the telephone, on Thursday night, accusing you of killing Tricia with a hatchet, did that sound to you like Joyce Wildman's voice?

A. I really couldn't say because I never talked to her on the phone before.

R. Oui, c'était la première fois.

Q. Lorsque vous avez parlé au téléphone à cette personne qui a dit être Joyce Wildman, vous a-t-il semblé qu'elle avait bu ou pourriez-vous l'affirmer?

R. Je ne pourrais pas l'affirmer.

Q. À partir du moment où vous êtes devenu le locateur de John Wildman, vous avez à certaines reprises vu Joyce Wildman et vous lui avez parlé?

R. Oui.

Q. Elle s'est rendue à l'appartement de John à plusieurs reprises?

R. Oui.

Q. Est-ce que la voix que vous avez entendue au téléphone le jeudi soir, vous accusant d'avoir tué Tricia à l'aide d'une hachette, vous a semblé être la voix de Joyce Wildman?

R. Je ne pourrais vraiment pas le dire parce que je ne lui avais jamais parlé au téléphone.

All agree that proof of the conversation was admissible and that the trial judge erred in disallowing it. The result is twofold. It left unexplained the most incriminating evidence adduced against Wildman. It also deprived him of the right to put before the jury the fact that, for some reason, his wife, or somebody purporting to be his wife, knew before the body was discovered that Tricia was dead, that she had been murdered and that the instrument used was a hatchet!

The importance of this evidence to the defence was directly proportional to the incriminating effect the evidence it sought to explain had against the accused. Unexplained, that knowledge by the accused was very incriminating and, as I said before, made the circumstantial evidence "overwhelming" as said the Court of Appeal.

Witness the fact that the Crown, when addressing the jury, stressed at some length the fact that Wildman had incriminating knowledge of the circumstances of her death.

Witness also what the trial judge said in his charge:

Mr. Beyer was called by the defence, and he was acting for Wildman. In cross-examination by Mr. Swan-

Il y a unanimité pour dire que la preuve de la conversation était admissible et que le juge du procès a commis une erreur en la rejetant. Ce rejet a deux effets. Il laisse inexpliquée la preuve la plus incriminante présentée contre Wildman. Il le prive en outre du droit de soumettre au jury le fait que, pour une raison ou une autre, son épouse ou une personne se disant son épouse savait, avant la découverte du corps, que Tricia était morte, qu'elle avait été assassinée et que l'instrument utilisé était une hachette!

L'importance de cette preuve pour la défense est directement proportionnelle à l'effet incriminant que la preuve qu'elle cherchait à expliquer avait contre l'accusé. Étant inexpliquée, cette connaissance de la part de l'accusé était très incriminante et, comme je l'ai déjà dit, elle rendait la preuve circonstancielle «accablante» comme l'a dit la Cour d'appel.

La preuve en est que le ministère public, lorsqu'il s'est adressé au jury, a insisté sur le fait que Wildman avait une connaissance incriminante des circonstances du décès.

La preuve en est également que le juge du procès a dit dans son exposé:

[TRADUCTION] Me Beyer qui représentait Wildman a été cité par la défense. Contre-interrogé par Me Swan-

son he said that the accused spoke to him—and I do not recall whether it was on the telephone or in person—on February the 16th—no, he said he had a call from Wildman and that Wildman said that his wife was accusing him of killing Tricia with an axe. That is Thursday the 16th. The child's body had not yet been found.

The accused, as a result of the exclusion of Mr. and Mrs. McIsaacs' testimony on that point, was the only one left asserting the existence of this accusation by his wife on the phone.

The trial judge told the jury:

You alone are the judges of the facts. You will have to judge whether that was said and how Joyce could know. Did she tell this to John or accuse him of this? You have to judge, did Mr. Beyer hear that, or is it correctly reported by him, and you may think that Mr. Beyer has no interest in this matter.

The Crown then asks for you to consider Guillemette's evidence. About three days before the body was found—no, I will deal with this aspect of it in a moment.

If you do not accept the evidence that Joyce told him on Thursday, February the 16th, that Tricia was killed with an axe, how could he know? The Crown says that the only person or persons who could know were the person or persons who in fact used that axe to kill Tricia. You will recall that the gentleman who owned the hairdressing establishment was called, and he said that Joyce was working there from fairly early in the morning on Wednesday the 15th until 4.00 o'clock in the afternoon.

If you accept his evidence, then Joyce was not at the river that morning with Tricia.

The jury's request is very eloquent as regards the importance of the evidence of the knowledge and, as a corollary, the damaging effect of excluding its explanation.

After four hours of deliberation the jury returned and asked the judge the following:

FOREMAN OF THE JURY: We would like the details of the timing relative to the January 20th events concerning the receptionist at the Children's Aid Society, of Joyce Smoke, Detective White, and Mr. Wildman's personal recollection of that time period.

son, il a déclaré que l'accusé lui a parlé—je ne me souviens pas si c'était au téléphone ou en personne—le 16 février—non, il a dit avoir reçu un appel de Wildman qui lui a déclaré que son épouse l'accusait d'avoir tué Tricia avec une hache. C'est jeudi le 16. Le corps de l'enfant n'avait pas encore été trouvé.

En raison de l'exclusion du témoignage de M. et de Mme McIsaac sur ce point, l'accusé était la seule autre personne à pouvoir établir l'existence de cette accusation portée par son épouse au téléphone.

Le juge du procès a dit au jury:

[TRADUCTION] Vous êtes les seuls juges des faits. Vous devrez décider si cela a été dit et comment Joyce a pu le savoir. A-t-elle dit cela à John ou l'accuse-t-elle de cela? Vous devez décider si Me Beyer a entendu cela ou s'il l'a rapporté correctement, et vous pouvez penser que Me Beyer n'a aucun intérêt dans cette affaire.

La poursuite vous demande alors d'examiner le témoignage de Guillemette. Environ trois jours avant la découverte du corps—non, j'examinerai cet aspect de la question dans un instant.

Si vous n'acceptez pas la preuve que Joyce lui a dit le jeudi 16 février que Tricia avait été tuée à l'aide d'une hache, comment pouvait-il le savoir? La poursuite prétend que la seule personne ou les seules personnes qui pouvaient le savoir étaient celles qui ont effectivement utilisé cette hache pour tuer Tricia. Vous vous souviendrez que l'homme qui est propriétaire du salon de coiffure a témoigné que Joyce travaillait à cet endroit et qu'elle s'y était rendue tôt le mercredi 15 et avait terminé à 16 heures.

Si vous acceptez son témoignage, Joyce ne se trouvait pas à la rivière ce matin-là avec Tricia.

La question du jury est très significative en ce qui concerne l'importance de la preuve de la connaissance et, en corollaire, l'effet préjudiciable causé par le rejet de son explication.

Après quatre heures de délibération, le jury est revenu devant le juge et lui a demandé:

[TRADUCTION] LE PRÉSIDENT DU JURY: Nous aimerions connaître en détail la chronologie des événements du 20 janvier en ce qui concerne la réceptionniste de la Société d'aide à l'enfance, Joyce Smoke, le détective White et le souvenir que M. Wildman conserve de cette période.

We would like to re-hear the testimony of the solicitor, Mr. Beyer.

HIS LORDSHIP: The whole of it?

THE FOREMAN OF THE JURY: Your lordship, we feel it is relatively short and we would like to hear what he has to say.

As regards Mr. Beyer's testimony, the judge read his personal notes to the jury, and said:

Now, if you are not satisfied with that, would you like to hear the tape?

FOREMAN OF THE JURY: Sir, I would like to hear, I would like to hear the last portion of the tape pertaining to the discussion re the remarks attributed to Mrs. Wildman, made to Mr. Beyer by Mr. Wildman regarding the hatchet.

HIS LORDSHIP: All right.

After hearing the tape, the jury retired and came back an hour and a half later with a verdict of guilty.

Mr. Beyer's testimony was crucial and in fact fatal to the accused. The judge put the matter quite properly when he told the jury that if they did not accept the accused's (sole) evidence that Joyce had told him "that Tricia was killed with an axe, how could he know?"

The judge was quite right in this. And the inference to be drawn from this knowledge of the accused would then be that he had to have been there.

The proviso of s. 613(1)(*b*)(iii)

As regards resort by a Court of Appeal to the proviso of s. 613(1)(*b*)(iii) the law has been clearly laid down by this Court in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. Cartwright J.'s formulation of the test was as follows, at p. 744:

. . . once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. The Court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged.

Nous aimerions réentendre le témoignage de Me Beyer.

SA SEIGNEURIE: Tout le témoignage?

LE PRÉSIDENT DU JURY: Votre Seigneurie, nous estimons qu'il est relativement court et nous aimerions entendre ce qu'il a à dire.

En ce qui concerne la déposition de Me Beyer, le juge a lu ses notes personnelles au jury et il a dit:

[TRADUCTION] Eh bien, si cela ne vous satisfait pas, aimeriez-vous entendre la bande enregistrée?

LE PRÉSIDENT DU JURY: Monsieur, j'aimerais entendre, j'aimerais entendre la dernière partie de la bande enregistrée concernant la discussion portant sur les remarques attribuées à Mme Wildman, que M. Wildman a faites à Me Beyer concernant la hachette.

SA SEIGNEURIE: Très bien.

Après avoir entendu la bande enregistrée, le jury s'est retiré et il est revenu une heure et demie plus tard pour prononcer un verdict de culpabilité.

Le témoignage de Me Beyer a été crucial et en fait, il a porté un coup fatal à l'accusé. Le juge a exposé la question très clairement lorsqu'il a dit au jury que s'il n'acceptait pas l'(unique) preuve de l'accusé suivant laquelle Joyce lui a dit [TRADUCTION] «que Tricia avait été tuée à l'aide d'une hache, comment pouvait-il le savoir?»

Le juge a eu tout à fait raison à cet égard. Et on doit déduire de cette connaissance de la part de l'accusé qu'il devait se trouver à cet endroit.

La réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii)

En ce qui concerne le recours par une cour d'appel à la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii), cette Cour a clairement énoncé la règle de droit dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Voici comment le juge Cartwright a formulé le critère à la p. 744:

[TRADUCTION] . . . une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Cette preuve est une condition préalable de toute application des dispositions de ce sous-alinéa par la Cour d'appel. La Cour n'est pas tenue de l'appliquer du seul fait que cette obligation se trouve remplie.

Under our system of law a man on trial for his life is entitled to the verdict of a jury which has been accurately and adequately instructed as to the law. The construction of s. 592(1)(*b*)(iii) contended for by the Crown in this case would transfer from the jury to the Court of Appeal the question whether the evidence established the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. To adapt the words of Lord Herschell in *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 at 70, the judges would in truth be substituted for the jury, the verdict would become theirs and theirs alone, and would be arrived at upon a perusal of the evidence without any opportunity of seeing the demeanour of the witnesses and weighing the evidence with the assistance which this affords.

The determination as to whether the verdict "would necessarily have been the same if such error had not occurred" is generally made upon a reading of the evidence put to the jury.

But when the error of law is the preclusion of exculpatory evidence, then the determination must be made with regard to the entirety of the evidence, that evidence having been included, and in the light of the effect the excluded evidence could, within reason, possibly have had on the evidence that did go to the jury. Any reasonable effect that excluded evidence could have had on the jury should, in applying s. 613(1)(*b*)(iii), enure to the benefit of the accused. When the excluded evidence is, as in this case, of a certain importance and might reasonably have had an effect on the jury then, even assuming we in this Court would have nevertheless convicted, I find it difficult to be satisfied that the jury would have necessarily agreed with us. Any reasonable, possible effect of that excluded evidence on the jury should enure to the benefit of Wildman.

The effect of the McIsaacs' testimony would have been to corroborate the accused's explanation and thereby to tend to negate the inference that the accused had to have been there—the very inference that the jury was concerned about. Had that evidence been adduced, it would have then been open to the jury not to entertain the inference and, as a result, we would then be left with evidence which, as I have already stated, while sufficient to support a conviction, would not make an acquittal unreasonable; therefore the Crown has

Dans notre système juridique, une personne dont la vie est en jeu a droit au verdict d'un jury informé correctement et suffisamment sur l'état du droit. L'interprétation de l'art. 592(1)*b*)(iii) invoquée par la Couronne en l'espèce conférerait non plus au jury mais à la Cour d'appel la question de savoir si les éléments de preuve ont démontré la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable. Pour reprendre les termes de lord Herschell dans l'arrêt *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 70, les juges se substitueraient véritablement au jury et ils rendraient leur propre verdict en examinant attentivement la preuve sans avoir la possibilité de voir le comportement des témoins et de peser la preuve et sans bénéficier des avantages qui en résultent.

La question de savoir si le verdict «aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite» est généralement tranchée après un examen de la preuve offerte au jury.

Mais lorsque l'erreur de droit consiste en l'exclusion d'une preuve disculpatoire, la décision doit être rendue compte tenu de l'ensemble de la preuve, cette preuve comprise, et en fonction de l'effet que la preuve exclue pourrait raisonnablement avoir eu sur la preuve soumise au jury. Aux fins de l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii), l'accusé doit bénéficier de tout effet raisonnable que la preuve exclue aurait pu avoir sur le jury. Lorsque la preuve exclue revêt, comme en l'espèce, une certaine importance et aurait normalement pu avoir un effet sur le jury, même si l'on présume que les membres de cette Cour auraient néanmoins rendu un verdict de culpabilité, je peux difficilement être convaincu que le jury aurait nécessairement été d'accord avec nous. Wildman doit bénéficier de tout effet raisonnable que cette preuve exclue aurait pu avoir sur le jury.

Le témoignage des McIsaac aurait eu pour effet de corroborer l'explication de l'accusé et, de ce fait, de faire obstacle à la déduction portant que l'accusé avait dû se trouver là, la déduction même dont se préoccupait le jury. Une fois cette preuve présentée, il était loisible au jury de ne plus faire cette déduction; le cas échéant, la preuve résiduelle, quoique suffisante pour justifier un verdict de culpabilité, ne serait par ailleurs pas suffisante pour rendre déraisonnable un verdict d'acquittement; par conséquent, le ministère public ne m'a

not, in my respectful view, met the onus of satisfying me "that the verdict would necessarily have been the same", had the defence been allowed, as was its right, to adduce the evidence of the telephone conversation of February 16 (see *Colpitts v. The Queen*, *supra*). I would, therefore, on this ground allow the appeal, and order a new trial.

The other grounds

The other two grounds for appeal can be disposed of together. Being of the view that a new trial should be ordered, I would normally, in order to avoid any further appeal arising out of those grounds, deal with the matter as to whether the spouse would, at the trial be a compellable witness under the circumstances of this case and, if not, whether and to what extent comment could be made by the Crown as to why she was not called to testify. But those problems will not arise at the new trial in view of the introduction to s. 4 of the *Canada Evidence Act supra*, of subs. (3.1), which covers the situation as follows:

(3.1) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 203, 204, 218, 219, 220, 222, 223, 245, 245.1, 245.2 or 245.3 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

The new trial will be governed by that section.

Indeed s. 36(*d*) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, states that:

36. 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,

. . .

(*d*) the procedure established by the new enactment shall be followed as far as it can be adapted thereto in the recovery or enforcement of penalties and forfeitures incurred, and in the enforcement of rights, existing or accruing under the former enactment or in a proceeding in relation to matters that have happened before the repeal;

pas convaincu, à mon humble avis, «que le verdict aurait nécessairement été le même», si l'accusé avait été autorisé, comme cela était son droit, à faire la preuve de la conversation téléphonique du 16 février (voir *Colpitts v. The Queen*, précité). Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'ordonner un nouveau procès.

Les autres moyens d'appel

Les deux autres moyens d'appel peuvent être traités ensemble. Étant d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès et afin d'éviter que ces moyens d'appel ne donnent ouverture à un autre pourvoi, je serais normalement d'avis d'examiner la question de savoir si le conjoint est, au cours du procès, un témoin contraignable dans les circonstances de l'espèce et, dans la négative, si et dans quelle mesure le ministère public peut commenter la raison pour laquelle elle n'a pas été citée comme témoin. Ces problèmes ne se poseront cependant pas au cours du nouveau procès, étant donné l'ajout du par. (3.1) à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, paragraphe qui vise la situation en l'espèce:

(3.1) La femme ou le mari d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 203, 204, 218, 219, 220, 222, 223, 245, 245.1, 245.2 ou 245.3 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgée de moins de quatorze ans, est un témoin compétent et contraignable pour la poursuite sans le consentement de la personne qui est accusée.

Cet article régira le nouveau procès.

En effet, l'al. 36*d*) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 prévoit:

36. Lorsqu'un texte législatif (au présent article appelé «texte antérieur») est abrogé et qu'un autre texte législatif (au présent article appelé «nouveau texte») y est substitué,

. . .

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, autant qu'elle peut y être adaptée, dans le recouvrement ou l'imposition des peines et confiscations encourues et pour faire valoir des droits existant ou naissant aux termes du texte antérieur, ou dans toute procédure concernant des choses survenues avant l'abrogation;

This is an enactment of the common law rule that there is no vested right in procedure along with a limitation to the effect that the following of the new procedure must be feasible (see *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221). Therefore, a new procedure applies to pending suits without breaching the "rule of interpretation to the effect that statutes ought, if possible, to be interpreted so as to respect vested rights" (see E.A. Driedger, "The Retrospective Operation of Statutes", *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, University of Toronto Press, 1953, pp. 5 *et seq.*) Section 36(*d*) of the *Interpretation Act* uses procedure in a wide sense and that expression includes the rules of evidence. On the point, *Phipson on Evidence*, 13th ed., 1982, at p. 1:

> Law is commonly divided into substantive law, which defines rights, duties and liabilities; and adjective law, which defines the procedure, pleading and proof by which the substantive law is applied in practice.
>
> The rules of procedure regulate the general conduct of litigation; the object of pleading is to ascertain for the guidance of the parties and the court the material facts in issue in each particular case; proof is the establishment of such facts by proper legal means to the satisfaction of the court, and in this sense includes disproof. The first-mentioned term is, however, often used to include the other two.

(Emphasis added.)

Some rules of evidence must nevertheless be excluded for they are not merely procedural, they create rights and not merely expectations and, as such, are not only adjectival but of a substantive nature. Such has been found to be the case for rules or laws creating presumptions arising out of certain facts. (See, for example, as regards the presumption of advancement in questions of ownership of property as between husband and wife, *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548.) P. Roubier, in *Le droit transitoire*, 2nd ed., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, at p. 237, rationalizes their exclusion because, says he, [TRANSLATION] "As these rules are independent of the existence of an issue, they are not affected by the fact that there is

Cette disposition énonce la règle de *common law* selon laquelle il n'existe pas de droit acquis en procédure, pour autant que la mise en oeuvre de la nouvelle procédure soit, en pratique, possible (voir *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221). Par conséquent, une nouvelle procédure s'applique aux poursuites en cours sans qu'il y ait atteinte à la [TRADUCTION] «règle d'interprétation selon laquelle les lois doivent, dans la mesure du possible, être interprétées de façon à respecter les droits acquis» (voir E.A. Driedger, «The Retrospective Operation of Statutes», *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, University of Toronto Press, 1953, aux pp. 5 et suiv.) L'alinéa 36*d*) de la *Loi d'interprétation* emploie le mot procédure dans son sens large et cette expression comprend les règles de preuve. Voici ce qu'on retrouve dans l'ouvrage *Phipson on Evidence*, 13e éd., 1982, à la p. 1:

> [TRADUCTION] Le droit se divise ordinairement en règles de fond, qui définissent les droits, les obligations et les responsabilités; et en règles de procédure qui définissent la procédure, les actes de procédure et la preuve qui permettent d'appliquer les règles de fond.
>
> Les règles de procédure régissent la conduite générale d'un procès; les actes de procédure ont pour objet de déterminer à l'intention des parties et de la cour les faits importants en litige dans un cas donné; la preuve consiste à établir ces faits par des moyens juridiques appropriés à la satisfaction de la cour et, en ce sens, elle comprend la réfutation d'une preuve. Cependant, le premier terme mentionné englobe souvent les deux autres.

(C'est moi qui souligne.)

Certaines règles de preuve doivent néanmoins être exclues car elles ne sont pas de simples règles de procédure, elles créent des droits et non simplement des expectatives et, comme telles, elles sont non seulement des règles de forme mais également des règles de fond. On a jugé qu'il en était ainsi des règles ou des lois créant des présomptions découlant de certains faits. (Voir par exemple l'arrêt *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548 en ce qui concerne la présomption d'avancement au sujet de la propriété de biens-fonds entre conjoints). Dans *Le droit transitoire*, 2e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, à la p. 237, P. Roubier rationalise l'exclusion de ces règles parce que, dit-il, «ces règles étant indépendantes de l'existence

litigation in progress". Such is also the case of the lawyer-client privilege resulting from a person's right to the confidentiality of his lawyer, irrespective of whether there is litigation, (see *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860). The courts, for obvious reasons of logic, have not excluded under new laws, for want of certain new prerequisites to its admissibility, evidence which had complied with the prerequisites of the previous. *R. v. Ali*, *supra*, is an illustration of this approach, using the proviso "as far as it can be adapted thereto" of s. 36(*d*) of the *Interpretation Act*. (For a more thorough review of the case law on the matter, see Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (1982), at pp. 155 *et seq.*) But such is not the case as regards a spouse's incompetence to testify.

Spouses do not have a substantive right to the confidentiality as to what either was seen doing by the other or to the confidentiality of what was to the other communicated by either.

The incompetence and uncompellability of s. 4 of the *Canada Evidence Act*, *supra*, is not the result of a substantive right to confidentiality and is merely procedural.

If a new trial ensues, Mrs. Wildman will be a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the accused.

To conclude, I would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: Robert J. Carter, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

d'un litige, ne sont pas modifiées par la survenance d'un procès». Il en est de même du secret professionnel entre avocat et client découlant du droit d'une personne aux rapports confidentiels avec son avocat, qu'il y ait ou non litige (voir *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S 860). Pour des raisons de logique évidentes, les tribunaux n'ont pas exclu, en vertu de lois nouvelles, la preuve qui respectait les conditions fixées par les lois antérieures mais où il manquait certaines conditions d'admissibilité exigées par la nouvelle loi. L'arrêt *R. c. Ali*, précité, qui emploie la réserve «autant qu'elle peut y être adaptée» de l'al. 36*d*) de la *Loi d'interprétation*, illustre ce point de vue. (Pour les fins d'un examen plus approfondi de la jurisprudence en la matière, voir Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (1982), aux pp. 155 et suiv.) Il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'inhabilité d'un conjoint à témoigner.

La confidentialité des rapports entre conjoints, lorsque l'un d'eux est témoin d'un acte de son conjoint ou lorsque l'un d'eux communique avec son conjoint, ne relève pas d'une règle de fond.

L'inhabilité et l'impossibilité de contraindre prévues à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, ne résultent pas d'une règle de fond en matière de confidentialité, il s'agit d'une simple règle de procédure.

S'il y a un nouveau procès, Mme Wildman sera un témoin compétent et contraignable pour la poursuite sans le consentement de l'accusé.

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelant: Robert J. Carter, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Gary Gordon Brese, Allan Richard Andrews, David Frederick Ritch, Robert Cody McCutcheon and Avora Ann Crawshaw *Respondents.*

File No.: 17243.

1984: October 31.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Interception of private communications — Order authorizing interception of telecommunications made by a named person and interception of telecommunications in respect of certain phone number at certain location — Validity of order authorizing interception.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, *sub nom. R. v. Ritch et al.* (1982), 69 C.C.C. (2d) 289, 21 Alta. L.R. (2d) 152, 37 A.R. 614, quashing the convictions of the accused persons on a charge of conspiracy to traffic in narcotics. Appeal dismissed.

Julius A. Isaac, Q.C., and *Shelagh R. Creagh*, for the appellant.

A. C. Rice, for the respondent Brese.

Howard Rubin, for the respondents Andrews and Ritch.

C. A. Kent, for the respondent McCutcheon.

B. Beresh, for the respondent Crawshaw.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you Mr. Rice, Mr. Beresh, Miss Kent. We are in substantial agreement with the majority of the Alberta Court of Appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Gary Gordon Brese, Allan Richard Andrews, David Frederick Ritch, Robert Cody McCutcheon et Avora Ann Crawshaw *Intimés.*

N° du greffe: 17243.

1984: 31 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Preuve — Recevabilité — Interception de communications privées — Ordonnance autorisant l'interception de télécommunications rendue à l'égard d'une personne nommée et interception de télécommunications à l'égard de certains numéros de téléphone et de certains endroits — Validité de l'ordonnance autorisant l'interception.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, *sub nom. R. v. Ritch et al.* (1982), 69 C.C.C. (2d) 289, 21 Alta. L.R. (2d) 152, 37 A.R. 614, qui a annulé la déclaration de culpabilité des accusés sur une accusation de complot en vue de faire le trafic de stupéfiants. Pourvoi rejeté.

Julius A. Isaac, c.r., et *Shelagh R. Creagh*, pour l'appelante.

A. C. Rice, pour l'intimé Brese.

Howard Rubin, pour les intimés Andrews et Ritch.

C. A. Kent, pour l'intimé McCutcheon.

B. Beresh, pour l'intimée Crawshaw.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Mes Rice, Beresh et Kent, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes en substance d'accord avec la majorité en Cour d'appel de l'Alberta. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent Brese: A. C. Rice, Edmonton.

Solicitor for the respondents Andrews and Ritch: Howard Rubin, Vancouver.

Solicitor for the respondent McCutcheon: C. A. Kent, Edmonton.

Solicitor for the respondent Crawshaw: B. Beresh, Edmonton.

Procureur de l'intimé Brese: A. C. Rice, Edmonton.

Procureur des intimés Andrews et Ritch: Howard Rubin, Vancouver.

Procureur de l'intimé McCutcheon: C. A. Kent, Edmonton.

Procureur de l'intimée Crawshaw: B. Beresh, Edmonton.

Delbert Guerin, Joseph Becker, Eddie Campbell, Marg Charles, Gertrude Guerin and Gail Sparrow suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Musqueam Indian Band *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The National Indian Brotherhood *Intervener.*

File No.: 17507.

1983: June 13, 14; 1984: November 1.

Present: Laskin C.J.* and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Reserve lands — Surrender — Lease entered by Crown on Band's behalf — Lease bearing little resemblance to terms approved at surrender meeting — Whether or not breach of fiduciary duty, breach of trust, or breach of agency — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1) — Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, s. 98 (now R.S.B.C. 1979, c. 414).

An Indian Band surrendered valuable surplus reserve lands to the Crown for lease to a golf club. The terms obtained by the Crown, however, were much less favourable than those approved by the Band at the surrender meeting. The surrender document did not refer to the lease or disclose the terms approved by the Band. The Indian Affairs Branch officials did not return to the Band for its approval of the revised terms. Indeed, they withheld pertinent information from both the Band and an appraiser assessing the adequacy of the proposed rent. The trial judge found the Crown in breach of trust in entering the lease and awarded damages as of the date of the trial on the basis of the loss of income which might reasonably have been anticipated from other possible uses of the land. The Federal Court of Appeal set aside that judgment and dismissed a cross-appeal seeking more damages.

* The Chief Justice took no part in the judgment.

Delbert Guerin, Joseph Becker, Eddie Campbell, Marg Charles, Gertrude Guerin et Gail Sparrow, en leur nom personnel et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Musqueam *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

The National Indian Brotherhood *Intervenante.*

N° du greffe: 17507.

1983: 13, 14 juin; 1984: 1er novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Terres d'une réserve — Cession — Bail conclu au nom de la bande par Sa Majesté — Conditions du bail conclu très différentes de celles approuvées à l'assemblée de la cession — Y a-t-il eu manquement à des obligations de fiduciaire ou manquement à des obligations de mandataire? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, chap. 149, art. 18(1) — Trustee Act, R.S.B.C. 1960, chap. 390, art. 98 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 414.)

Une bande indienne a cédé des surplus de terre de grande valeur à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un club de golf. Cependant, les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient beaucoup moins favorables que celles approuvées par la bande à l'assemblée de la cession. L'acte de cession ne mentionne ni le bail ni les conditions approuvées par la bande. Les fonctionnaires de la direction des Affaires indiennes ne sont pas retournés devant la bande pour qu'elle approuve les nouvelles conditions. En fait, ils ont caché des renseignements utiles à la bande et à un évaluateur chargé de déterminer si le loyer proposé était adéquat. Le juge de première instance a conclu que Sa Majesté avait manqué à ses obligations de fiduciaire en signant le bail et il a accordé des dommages-intérêts calculés à la date du procès en fonction de la perte du revenu qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre à tirer d'autres utilisations possibles des terres. La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement et rejeté l'appel incident visant à faire augmenter le montant des dommages-intérêts.

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.: The Indians' interest in their land is a pre-existing legal right not created by the Royal Proclamation of 1763, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision. The nature of the Indians' interest is best characterized by its inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered.

The nature of Indian title and the framework of the statutory scheme established for disposing of Indian land place upon the Crown an equitable obligation, enforceable by the courts, to deal with the land for the benefit of the Indians. Successive federal statutes including the present *Indian Act* provide for the general inalienability of Indian reserve land, except upon surrender to the Crown. The purpose of the surrender requirement is to interpose the Crown between the Indians and prospective purchasers or lessees of their land so as to prevent the Indians from being exploited. Through the confirmation in s. 18(1) of the *Indian Act* of the Crown's historic responsibility to protect the interests of the Indians in transactions with third parties, Parliament has conferred upon the Crown a discretion to decide for itself where the Indians' best interests lie. Where by statute, by agreement or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

Section 18(1) of the *Indian Act* confers upon the Crown a broad discretion in dealing with the surrendered land. In the present case, the document of surrender confirms this discretion in the clause conveying the land to the Crown. When, as here, an Indian Band surrenders its interest to the Crown, a fiduciary obligation takes hold to regulate the manner in which the Crown exercises its discretion in dealing with the land on the Indians' behalf. The Crown's agents promised the Band to lease the land in question on certain specified terms and then, after surrender, obtained a lease on different terms which was much less valuable. The Crown was not empowered by the surrender document to ignore the oral terms which the Band understood would be embodied in the lease. After the Crown's agents had induced the Band to surrender its land on the

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer: Le droit que les Indiens ont sur leurs terres est un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale de 1763, ni par le par 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif. Le droit des Indiens se distingue surtout par son inaliénabilité et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit.

La nature du titre des Indiens et les modalités prévues par la Loi relativement à l'aliénation de leurs terres imposent à Sa Majesté une obligation d'*equity*, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens. Des lois fédérales successives dont l'actuelle *Loi sur les Indiens* prévoient l'inaliénabilité générale des terres des réserves indiennes, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté. L'exigence d'une cession vise à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter. En confirmant au par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* la responsabilité historique qui incombe à Sa Majesté de protéger les droits des Indiens dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la partie investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la partie en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.

Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* confère à Sa Majesté un large pouvoir discrétionnaire relativement aux terres cédées. En la présente espèce, l'acte de cession confirme l'existence de ce pouvoir discrétionnaire dans la clause qui prévoit la cession des terres à Sa Majesté. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une bande indienne cède son droit à Sa Majesté, cela fait naître une obligation de fiduciaire qui impose des limites à la manière dont Sa Majesté peut exercer son pouvoir discrétionnaire en utilisant les terres pour le compte des Indiens. Les mandataires de Sa Majesté ont promis à la bande de louer les terres en cause à certaines conditions précises et, après la cession, ils ont conclu un bail dont les conditions étaient différentes et beaucoup moins avantageuses. L'acte de cession n'autorisait pas Sa Majesté à ignorer les conditions verbales qui, selon ce

understanding that the land would be leased on certain terms, it would be unconscionable to permit the Crown simply to ignore these terms. Equity will not countenance unconscionable behaviour in a fiduciary whose duty is that of utmost loyalty to his principal. In obtaining without consultation a much less valuable lease than that promised, the Crown breached the fiduciary obligation it owed to the Band and it must make good the loss suffered in consequence. The *quantum* of damages falls to be determined by analogy with principles of trust law. The trial judge considered all the relevant evidence and his judgment disclosed no error of principle: his award should therefore be adopted.

The Band's action is not barred by either the *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, or the equitable doctrine of laches.

Per Ritchie, McIntyre and Wilson JJ.: The Crown acted in breach of its fiduciary duty when it "barrelled ahead" with a lease unacceptable to its *cestui que trust*. The Crown owed a fiduciary duty—not a mere political obligation—to the Band arising from its control over the use to which reserve lands could be put. The Crown's discretion in deciding these uses was limited to those which were " ... for the benefit of the Band". This fiduciary duty, although recognized by s. 18(1), existed independently of the section. Although the limited nature of Indian title meant that the Crown was not a trustee of the lands themselves under s. 18(1) it did not preclude its owing a fiduciary duty to the Band with respect to their use. This fiduciary duty, upon surrender, crystallized into an express trust of the land for the purpose specified.

While the surrender document was silent as to the terms of the lease the Crown was well aware of these terms and could not hide behind the language of its own document.

Although there was a withholding of information by Indian Affairs personnel which amounted in the circumstances to equitable fraud, it did not, in the absence of dishonesty or moral turpitude, give rise to an action for deceit at common law or support a claim for punitive damages. It did, however, disentitle the Crown to relief

que la bande avait cru comprendre, seraient incluses dans le bail. Après que les mandataires de Sa Majesté eurent amené la bande à céder ses terres en lui laissant entendre qu'elles seraient louées à certaines conditions, il serait déraisonnable de permettre à Sa Majesté d'ignorer tout simplement ces conditions. L'*equity* ne sanctionnera pas une conduite peu scrupuleuse de la part d'un fiduciaire qui doit faire preuve d'une loyauté absolue envers son commettant. En signant, sans consultation, un bail beaucoup moins avantageux que celui promis, Sa Majesté a manqué à son obligation de fiduciaire envers la bande et elle doit donc réparer la perte subie par suite de ce manquement. Le montant des dommages-intérêts doit être déterminé par analogie avec les principes du droit des fiducies. Le juge de première instance a pris en considération tous les éléments de preuve pertinents et son jugement n'est entaché d'aucune erreur de principe: le montant des dommages-intérêts qu'il a fixé doit donc être adopté.

L'action de la bande n'est pas prescrite en vertu de la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, chap. 370, et il n'y a pas lieu de la rejeter en vertu de la doctrine d'*equity* du manque de diligence.

Les juges Ritchie, McIntyre et Wilson: Sa Majesté a manqué à ses obligations de fiduciaire en s'empressant de signer un bail à des conditions inacceptables pour son *cestui que trust*. Sa Majesté a une obligation de fiduciaire, et non une simple obligation politique, envers la bande à cause du contrôle qu'elle exerce sur l'utilisation qui peut être faite des terres des réserves. Le pouvoir discrétionnaire que possède Sa Majesté de décider de ces utilisations se limite à celles qui sont « ... au profit de la bande». Bien que le par. 18(1) reconnaisse cette obligation, celle-ci existe indépendamment de ce paragraphe. Même si la nature limitée du titre indien fait que Sa Majesté n'est pas fiduciaire des terres mêmes en vertu du par. 18(1), cela n'a pas pour effet d'écarter l'obligation de fiduciaire qu'elle a envers la bande relativement à l'utilisation de ces terres. Cette obligation de fiduciaire s'est cristallisée, par suite de la cession, en une fiducie explicite visant les terres pour les fins spécifiées.

Même si l'acte de cession était muet quant aux conditions du bail, Sa Majesté était parfaitement au courant de ces conditions et elle ne pouvait se réfugier derrière le texte de son propre document.

Même s'il y a eu dissimulation de renseignements par le personnel des Affaires indiennes, qui dans les circonstances équivaut à une fraude d'*equity*, elle ne peut, en l'absence de malhonnêteté ou de turpitude morale, donner lieu à une action pour tromperie en *common law* ni justifier une réclamation de dommages-intérêts punitifs. Elle empêche cependant Sa Majesté d'être exonérée

for breach of trust under s. 98 of the *Trustee Act*.

The lost opportunity to develop the land for a lengthy period was to be compensated as at the date of trial notwithstanding the fact that market values may have increased since the date of the breach. In equity, the presumption is that the Band would have wished to develop its land in the most advantageous way possible during the period covered by the unauthorized lease. The damage issue was properly approached on the basis of a lost opportunity for residential development and, absent an error of principle, this Court should not interfere with the *quantum* of damages. There was no reason to interfere with the decision to refuse pre-judgment interest and to award post-judgment interest at the statutory rate.

Per Estey J.: The essence of an agent's position is that he is only an intermediary between two other parties. Here, an agency prescribed by Parliament existed and the agent (the Crown) was bound in all its actions to serve only the interest of the native population whose rights alone are the subject of the protective measures of the statute. That the agent and principal were prescribed by statute neither detracted in law from the agent's legal capacity to act as agent nor diminished the rights of the principal to call upon the agent to account for the performance of the mandate. Indeed, the principal was even more secure in his rights than in situations absent a statutorily prescribed agency, for, although the statute restricts the choice of agent, it nowhere protects the agent from the consequence in law of a breach of the agency. The damages awarded by the trial judge were in no way affected by ascribing the resultant rights in the plaintiff to a breach of agency.

Calder v. Attorney General of British Columbia, [1973] S.C.R. 313, applied; *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), considered; *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; *Civilian War Claimants Association, Ltd. v. The King*, [1932] A.C. 14; *Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 S.C.R. 1, distinguished; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227; *Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London Borough Council*, [1971] 1 Q.B. 222; *Kitchen v. Royal Air*

du manquement à ses obligations de fiduciaire en application de l'art. 98 de la *Trustee Act*.

La perte de la possibilité d'aménager les terres pendant une longue période doit être compensée selon sa valeur à la date du procès même si la valeur marchande a pu augmenter depuis la date du manquement. En *equity*, il faut présumer que la bande aurait voulu aménager ses terres de la façon la plus avantageuse possible pendant la période visée par le bail non autorisé. La question des dommages-intérêts a été abordée, à juste titre, en fonction de la perte de la possibilité de procéder à un aménagement résidentiel et, en l'absence d'une erreur de principe, cette Cour ne doit pas modifier le montant des dommages-intérêts. Il n'y a pas de raison de modifier la décision de refuser des intérêts avant jugement et d'adjuger des intérêts après jugement au taux légal.

Le juge Estey: Le mandataire sert essentiellement d'intermédiaire entre deux autres parties. En l'espèce, il y avait un mandat prescrit par le Parlement et tous les actes du mandataire (savoir Sa Majesté) devaient servir uniquement les intérêts de la population autochtone dont les droits font seuls l'objet des dispositions protectrices de la Loi. Le fait que la Loi désigne le mandataire et le mandant ne diminue ni la capacité du mandataire d'agir en cette qualité ni le droit du mandant d'exiger que le mandataire rende compte de l'exécution du mandat. En fait, les droits du mandant sont même mieux garantis qu'ils ne le seraient en l'absence d'un mandat prescrit par la Loi, car même si la Loi limite le choix du mandataire, elle n'offre à ce dernier aucune protection contre les conséquences juridiques d'une violation des obligations découlant du mandat. Ce n'est pas parce qu'on impute le droit d'action des demandeurs à une violation des obligations du mandataire qu'il y a lieu de modifier le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; arrêts examinés: *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823); distinction faite avec les arrêts: *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; *Civilian War Claimants Association, Ltd. v. The King*, [1932] A.C. 14; *Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 R.C.S. 1; arrêts mentionnés: *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227; *Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London*

Force Association, [1958] 1 W.L.R. 563; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *Toronto-Dominion Bank v. Uhren* (1960), 32 W.W.R. 61; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92; *McNeil v. Fultz* (1906), 38 S.C.R. 198; *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267; *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832); *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *Attorney-General for Canada v. Giroux* (1916), 53 S.C.R. 172; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Western International Contractors Ltd. v. Sarcee Developments Ltd.*, [1979] 3 W.W.R. 631; *Miller v. The King*, [1950] S.C.R. 168; *Laskin v. Bache & Co. Inc.* (1971), 23 D.L.R. (3d) 385; *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. 216; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130; *In Re West of England and South Wales District Branch, ex parte Dale & Co.* (1879), 11 Ch. D. 772; *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73, affirming (1899), 31 O.R. 386; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Surrey (Corporation of) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380; *The King v. McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1982), 143 D.L.R. (3d) 416, allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a judgment of Collier J. Appeal allowed.

M. R. V. Storrow, J. I. Reynolds, and *L. F. Harvey*, for the appellants.

W. I. C. Binnie, Q.C., M. R. Taylor, and *M. Freeman*, for the respondent.

B. A. Crane, Q.C., W. Badcock, and *A. C. Pape*, for the intervener.

The reasons of Ritchie, McIntyre and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—The appellant, Delbert Guerin, is the Chief of the Musqueam Indian Band, the members of which are descended from the original inhabitants of Greater Vancouver. The other appellants are Band Councillors. In 1955 there were 235 members in the Band and they lived on a

Borough Council, [1971] 1 Q.B. 222; *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *Toronto-Dominion Bank v. Uhren* (1960), 32 W.W.R. 61; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92; *McNeil v. Fultz* (1906), 38 R.C.S. 198; *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267; *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832); *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *Attorney-General for Canada v. Giroux* (1916), 53 R.C.S. 172; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Western International Contractors Ltd. v. Sarcee Developments Ltd.*, [1979] 3 W.W.R. 631; *Miller v. The King*, [1950] R.C.S. 168; *Laskin v. Bache & Co. Inc.* (1971), 23 D.L.R. (3d) 385; *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. 216; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130; *In Re West of England and South Wales District Branch, ex parte Dale & Co.* (1879), 11 Ch. D. 772; *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73, confirmant (1899), 31 O.R. 386; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Surrey (Corporation of) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380; *The King v. McMaster*, [1926] R.C. de l'É. 68.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1982), 143 D.L.R. (3d) 416, qui a accueilli l'appel et rejeté l'appel incident interjetés relativement à un jugement du juge Collier. Pourvoi accueilli.

M. R. V. Storrow, J. I. Reynolds et *L. F. Harvey*, pour les appelants.

W. I. C. Binnie, c.r., M. R. Taylor et *M. Freeman*, pour l'intimée.

B. A. Crane, c.r., W. Badcock et *A. C. Pape*, pour l'intervenante.

Version française des motifs des juges Ritchie, McIntyre et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—L'appelant Delbert Guerin est le chef de la bande indienne Musqueam, dont les membres sont les descendants des premiers occupants du Vancouver métropolitain. Les autres appelants sont les conseillers de la bande. En 1955, la bande comptait 235 membres qui vivaient sur

reserve located within the charter area of the City of Vancouver which contained approximately 416.53 acres of very valuable land.

The subject of the litigation is a lease of 162 acres of the reserve land entered into on January 22, 1958 on behalf of the Band by the Indian Affairs Branch of the federal government with the Shaughnessy Heights Golf Club as lessee. The trial judge [[1982] 2 F.C. 385] found that the Crown was in breach of trust in entering into this lease and awarded the Band $10 million in damages. The Crown appealed to the Federal Court of Appeal to have the trial judgment set aside and the Band cross-appealed seeking an increase in the award of damages. By a unanimous judgment [(1982), 143 D.L.R. (3d) 416] the Crown's appeal was allowed and the cross-appeal dismissed. The Band sought and was granted leave to appeal to this Court.

There are four main grounds on which the appellants submit that the trial judge's finding of liability should have been upheld in the Court of Appeal. I paraphrase them from the appellants' factum as follows:

1. Section 18(1) of the *Indian Act,* R.S.C. 1952, c. 149, imposes a trust or, at a minimum, fiduciary duties on the Crown with respect to reserve lands held by it for the use and benefit of Indian Bands. This trust or those fiduciary duties are not merely political in nature but are enforceable in the courts like any other trust or fiduciary duty.

2. The Federal Court of Appeal should not have allowed the Crown to put forward the concept of "political trust" as a defence to the Band's claim since, as the learned trial judge pointed out, it was not specifically pleaded as required by Rule 409 of the Federal Court Rules.

3. The leased lands were surrendered by the Band to the Crown in trust for lease to the Golf Club on very specific terms and those terms were not

une réserve située dans les limites de la ville de Vancouver et ayant une superficie d'environ 416,53 acres de terre de très grande valeur.

L'objet du litige est un bail portant sur 162 acres de terre de la réserve, conclu le 22 janvier 1958 au nom de la bande par la direction des Affaires indiennes du gouvernement fédéral avec le Shaughnessy Heights Golf Club, en qualité de locataire. Le juge de première instance a conclu que Sa Majesté a manqué à ses obligations de fiduciaire en concluant ce bail et a accordé à la bande 10 millions de dollars de dommages-intérêts [[1982] 2 C.F. 385]. Sa Majesté a interjeté appel à la Cour d'appel fédérale pour faire infirmer la décision de première instance et la bande a interjeté un appel incident pour faire augmenter le montant des dommages-intérêts. Dans un arrêt unanime [(1982), 143 D.L.R. (3d) 416], la cour d'appel a accueilli l'appel de Sa Majesté et rejeté l'appel incident. La bande a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir en cette Cour.

Il y a quatre motifs principaux pour lesquels, selon les appelants, la cour d'appel aurait dû confirmer les conclusions du juge de première instance quant à la responsabilité. Je les énonce en paraphrasant le mémoire des appelants de la façon suivante:

[TRADUCTION] 1. Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, chap. 149, crée une fiducie ou, à tout le moins, impose des obligations de fiduciaire à Sa Majesté à l'égard des terres des réserves qu'elle détient à l'usage et au profit des bandes indiennes. Cette fiducie ou ces obligations de fiduciaire ne sont pas de nature purement politique, mais sont exécutoires en justice comme toute autre fiducie ou obligation de fiduciaire.

2. La Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû permettre à Sa Majesté d'opposer à la réclamation de la bande le concept de «fiducie politique» à titre de moyen de défense, puisque, comme l'a souligné le savant juge de première instance, cela n'a pas été expressément plaidé comme l'exige l'art. 409 des Règles de la Cour fédérale.

3. Les biens-fonds loués ont été cédés par la bande à Sa Majesté en fiducie pour qu'elle les loue au club de golf à des conditions très précises et ces

obtained. The terms which were obtained were much less favourable to the Band and the Band would not have surrendered the land for lease on those terms.

4. The Crown, by misrepresenting the terms it could and would obtain on the lease, induced the Band to surrender its land and thereby committed the tort of deceit.

In any case of alleged breach of trust the facts are extremely important and none more so than in this case. We are fortunate, however, in having very careful and extensive findings by the learned trial judge and, although counsel on both sides roamed at large through the transcript for evidence in support of their various propositions, I have considered it desirable to confine myself very closely to the trial judge's findings.

1. The Facts

There can be little doubt that by the mid '50s the Indian Affairs Branch was well aware that the appellants' reserve was a very valuable one because of its location. Indeed, offers to lease or buy large tracts of the reserve had already been received. We know this from a report dated October 11, 1955 made by Mr. Anfield who was in charge of the Vancouver agency at the time to Mr. Arneil, the Indian Commissioner for British Columbia. Both these men are since deceased which is unfortunate since Mr. Anfield played a lead role in the impugned lease transaction. In a later report to Mr. Arneil, Mr. Anfield suggested that a detailed study should be made of the Band's requirements of its reserve lands so that the surplus, if any, could be identified and turned to good account for the Band's benefit. He suggested that not only should they obtain an appraisal of land values but that a land use planning survey should be prepared aimed at maximum development in order to provide long-term revenue for the Band. He continued:

It seems to me that the real requirement here is the services of an expert estate planner with courage and vision and whose interest and concern would be as much

conditions n'ont pas été respectées. Les conditions stipulées sont beaucoup moins favorables à la bande et celle-ci n'aurait pas cédé les biens-fonds pour les louer à ces conditions.

4. En faisant des déclarations inexactes quant aux conditions qu'elle pouvait obtenir pour le bail, Sa Majesté a amené la bande à céder ses terres et a de ce fait commis un délit de tromperie.

Dans toutes les affaires fondées sur le manquement aux obligations de fiduciaire, les faits sont extrêmement importants et ils ne le sont pas moins en l'espèce. Nous avons cependant l'avantage de disposer des conclusions très détaillées et très complètes du savant juge de première instance et, même si les avocats des deux parties ont puisé ici et là dans la transcription de la preuve des éléments qui étayaient leurs diverses propositions, j'ai jugé préférable de me limiter strictement aux conclusions du juge de première instance.

1. Les faits

Il ne peut y avoir de doute que, dès le milieu des années 50, la direction des Affaires indiennes savait très bien que la réserve des appelants avait une très grande valeur à cause de sa situation. En effet, des offres de location ou d'achat de grandes étendues de terrain de la réserve avaient déjà été faites. C'est ce que nous apprend le rapport fait le 11 octobre 1955 à M. Arneil, le commissaire des Indiens pour la Colombie-Britannique, par M. Anfield qui, à l'époque, était responsable de l'agence de Vancouver. Ces deux hommes sont décédés depuis, et c'est malheureux puisque M. Anfield a joué un rôle de premier plan dans la négociation du bail contesté. Dans un rapport subséquent adressé à M. Arneil, M. Anfield propose de procéder à une étude détaillée des terrains de la réserve requis par la bande afin de déterminer s'il y a surplus et, dans l'affirmative, d'utiliser ces surplus de terre de façon profitable pour la bande. Il propose de faire procéder non seulement à une évaluation des terres, mais à une étude de planification foncière visant un plein aménagement qui procurera des revenus à long terme à la bande. Il poursuit:

[TRADUCTION] Il semble que ce qu'il faut surtout ici, ce sont les services d'un expert en planification foncière courageux, visionnaire et prenant à coeur tant l'avenir

the future of the Musqueam Indians as the revenue use of the lands unrequired by these Indians. It is essential that any new village be a model community. The present or any Agency staff set up could not possibly manage a project like this, and some very realistic and immediate plans must be formulated to bring about the stated wish of these Musqueam people, the fullest possible use and development for their benefit, of what is undoubtedly the most potentially valuable 400 acres in metropolitan Vancouver today.

Mr. Anfield went on to speak in terms of "another potential 'British Properties' " and suggested that all parties interested in the land should be advised that the land not required by the Band for its own use, when defined and surrendered, would be publicly advertised.

About this time the Shaughnessy Heights Golf Club was looking for a new site. Its lease from the Canadian Pacific Railway was due to expire in 1960 and the club had been told that it would not be renewed. The club turned its attention therefore to the Musqueam Reserve. At the same time an active interest in the reserve was being displayed by a representative of a prominent Vancouver real estate firm on behalf of a developer client interested in a long-term lease. Although his contact had been directly with the Indian Affairs Branch in Ottawa, Messrs. Arneil and Anfield were both aware of it. Indeed, when he suggested to them that he meet with the Chief and Councillors of the Band to try to work out some arrangement, he was told by Mr. Anfield not to do so but to deal only through Indian Affairs personnel. That he followed this advice is made clear from the evidence of the Band members who testified. They were told of no interest in their land other than that expressed by the golf club.

The learned trial judge dealt specifically with the issue of the credibility of the members of the Band because he was very conscious of the fact that neither Mr. Arneil nor Mr. Anfield was alive to testify. He found the Band members to be "honest, truthful witnesses" and accepted their testimony.

des indiens Musqueam que le revenu que pourraient générer les terrains dont les Indiens n'ont pas besoin. Il est essentiel que tout nouveau village soit un village modèle. Le personnel actuel ou futur de l'agence n'est pas à même de gérer un projet semblable; il importe de faire au plus tôt des plans on ne peut plus pratiques pour réaliser la volonté expresse des indiens Musqueam, faire le meilleur usage et le meilleur aménagement possible, à leur profit, de ce qui constitue sans doute les 400 acres ayant, potentiellement, la plus grande valeur dans le grand Vancouver d'aujourd'hui.

M. Anfield parle ensuite d'un «autre «British Properties» en puissance» et propose d'informer toutes les parties intéressées par ces terres que celles dont la bande n'a pas besoin pour son propre usage, seront offertes au public après avoir été délimitées et cédées.

Vers la même époque, le Shaughnessy Heights Golf Club était à la recherche d'un nouveau site. Le bail que lui avait consenti le Canadien Pacifique arrivait à échéance en 1960 et le club avait été informé qu'il ne serait pas reconduit. Le club s'est donc intéressé à la réserve Musqueam. À la même époque, un représentant d'une importante société immobilière de Vancouver s'intéressait activement à la réserve, pour le compte d'un client promoteur intéressé à conclure un bail à long terme. Même s'il s'était adressé directement à la direction des Affaires indiennes à Ottawa, MM. Arneil et Anfield étaient au courant de ses démarches. En fait, lorsqu'il a proposé de rencontrer le chef et les conseillers de la bande pour tenter de négocier un arrangement quelconque, M. Anfield lui a dit de ne pas le faire et de traiter uniquement avec le personnel des Affaires indiennes. Les témoignages des membres de la bande indiquent nettement qu'il a suivi ce conseil. On ne leur a fait part d'aucun intérêt pour leurs terres autre que celui manifesté par le club de golf.

Le savant juge de première instance a abordé explicitement la question de la crédibilité des membres de la bande parce qu'il était parfaitement conscient du fait que M. Arneil et M. Anfield n'étaient plus là pour témoigner, étant tous deux décédés. Il a conclu que les membres de la bande étaient des «témoins honnêtes et francs» et a accepté leur témoignage.

The Band agreed that its surplus land should be leased and authorized a land appraisal to be made and paid for out of Band funds. In fact the appraisal was done by Mr. Howell of the Veterans Land Act Administration. Although he was a qualified appraiser, he was not a land use expert. He divided the reserve for valuation purposes into four areas, the first of which included the 162 acres leased to the golf club. This area comprised 220 acres classified by Mr. Howell as "First Class Residential area" and valued at $5,500 per acre making a total of $1,209,120. The other three areas which were all low lying he valued at $625 per acre. The Band was not given a copy of his report and indeed Mr. Arneil and Mr. Anfield had difficulty getting copies. They were very anxious to get the report because they were considering a lease of 150 acres to the golf club at "a figure of say $20,000 to $25,000 a year". The documentary evidence at trial showed that meetings and discussions had taken place between Mr. Anfield and the president of the golf club in 1956 and in the early part of 1957. It is of interest to note that Mr. Anfield had told the president of the golf club about the appraisal which was being carried out and had subsequently reviewed Mr. Howell's report with them. The golf club was, of course, advised that any proposal made by it would have to be laid before the Band for its approval.

On April 7, 1957 the Band Council met, Mr. Anfield presiding. The trial judge found that the golf club proposal was put to the Chief and Councillors only in the most general terms. They were told the lease would be of approximately 160 acres, that it would be for an initial term of fifteen years with options to the club for additional fifteen year periods and that it would be "on terms to be agreed upon". In fact the rent that had been proposed by the club was $25,000 a year for the first fifteen years with the rent for each successive fifteen-year period being settled by mutual agreement or failing that by arbitration. However, under the proposal the rent for the renewal periods

La bande a accepté de louer ses terres en surplus et a autorisé une évaluation foncière payée à même ses fonds. En réalité, l'évaluation a été faite par M. Howell de l'administration de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants. Même s'il était un évaluateur compétent, il n'était pas expert en aménagement des terres. Pour fins d'évaluation, il a divisé la réserve en quatre secteurs dont le premier englobait les 162 acres loués au club de golf. Ce secteur avait une superficie de 220 acres que M. Howell a classée [TRADUCTION] «superficie résidentielle, première classe» et évaluée à 5 500 $ l'acre, soit un total de 1 209 120 $. Quant aux trois autres secteurs qui étaient tous constitués de basses terres, il les a évalués à 625 $ l'acre. La bande n'a pas reçu copie de son rapport et même MM. Arneil et Anfield ont eu de la difficulté à s'en procurer des copies. Ils étaient très impatients de se procurer le rapport parce qu'ils envisageaient de louer 150 acres au club de golf pour [TRADUCTION] «un prix, disons, de 20 000 $ à 25 000 $ par année». La preuve documentaire soumise en première instance démontre que des rencontres et des discussions ont eu lieu entre M. Anfield et le président du club de golf en 1956 et au début de 1957. Il y a lieu de souligner que M. Anfield avait dit au président du club de golf qu'on procédait à l'évaluation et qu'ils avaient, par la suite, examiné ensemble le rapport de M. Howell. Le club de golf avait bien sûr été prévenu que toute offre de sa part devrait être soumise à l'approbation de la bande.

Le 7 avril 1957, le Conseil de la bande s'est réuni sous la présidence de M. Anfield. Le juge de première instance a constaté que l'offre faite par le club de golf a été communiquée au chef et aux conseillers dans ses grandes lignes seulement. On leur a dit que le bail porterait sur environ 160 acres, qu'il serait signé pour une durée initiale de quinze ans et que le club de golf pourrait choisir de le reconduire pour d'autres périodes de quinze ans [TRADUCTION] «aux conditions qui seront convenues». En réalité, le loyer proposé par le club de golf était de 25 000 $ par année pour les quinze premières années et le loyer de chaque reconduction successive de quinze ans serait fixé de gré à gré ou, à défaut d'accord, par arbitrage. Toutefois, aux termes de l'offre, le loyer des périodes de

was subject to a ceiling increase of 15 per cent of the initial rent of $25,000.

The learned trial judge found that when Mr. Bethune, the Superintendent of Reserves and Trusts in Ottawa, was advised of the $25,000 rental figure he questioned its adequacy and suggested to Mr. Arneil that he consult with Mr. Howell, the appraiser, as to what a proper return on the 160 acres would be. Unfortunately, Mr. Howell was not given all the facts. He was not told of the 15 per cent ceiling on rent increases. He was not told that the golf club would have the right to remove all improvements on termination of the lease although he was told that the club proposed to spend up to a million dollars in buildings and improvements on the leased land. Mr. Howell therefore recommended acceptance of the golf club's offer stating: "These improvements will revert to the Band at the end of the lease" and "the Department will be in a much sounder position to negotiate an increase in rental in fifteen years' time when the club will have invested a considerable amount of capital in the property, which they will have to protect." Mr. Howell testified at trial that he would not have recommended acceptance of the golf club's offer had he known that the improvements would not revert to the Band and that the rental on renewal periods was subject to a 15 per cent ceiling increase.

Mr. Howell's letter was forwarded to Ottawa with the request that surrender documents be prepared for submission to the Band and this was done. It is interesting to note, however, that in the letter forwarding the surrender documents Mr. Bethune indicated to Mr. Arneil that he would like to see the 15 per cent ceiling on rent removed and rent for subsequent periods established either by mutual agreement or by arbitration.

A Band Council meeting was held on July 25, 1957 again with Mr. Anfield in the chair. There was further discussion of the proposed lease to the golf club and two Councillors expressed the view that the renewal period should be at ten year

reconduction était assujetti à une majoration maximale de 15 pour 100 du loyer initial établi à 25 000 $.

Le savant juge de première instance a conclu qu'en apprenant que le loyer serait de 25 000 $, M. Bethune, surintendant des Réserves et des Fidéicommis, à Ottawa, a douté du bien-fondé de ce montant et il a suggéré à M. Arneil de demander à M. Howell, l'évaluateur, ce que devraient normalement rapporter les 160 acres de terrain. Malheureusement, on n'a pas communiqué à M. Howell tous les faits. On ne lui a pas fait part de la limite de 15 pour 100 sur les augmentations de loyer. On ne lui a pas dit que le club de golf aurait le droit d'enlever toutes les améliorations à la fin du bail, quoiqu'on lui ait dit que le club projetait d'investir jusqu'à un million de dollars en bâtiments et améliorations sur les biens-fonds loués. M. Howell a donc recommandé d'accepter l'offre du club de golf en déclarant: [TRADUCTION] «Ces améliorations reviendront à la Bande à la fin du bail» et [TRADUCTION] «le Ministère sera dans une position beaucoup plus favorable pour négocier une hausse de loyer dans quinze ans, lorsque le club aura investi dans la propriété un capital considérable dont il devra assurer la protection.» Dans son témoignage au cours du procès, M. Howell a affirmé qu'il n'aurait pas recommandé d'accepter l'offre du club de golf s'il avait su que les améliorations ne reviendraient pas à la bande et que, pour les périodes de reconduction, l'augmentation de loyer était limitée à 15 pour 100.

La lettre de M. Howell a été envoyée à Ottawa avec une demande de préparer les actes de cession qui seraient soumis à la bande, ce qui a été fait. Il est intéressant de souligner cependant que, dans la lettre accompagnant les actes de cession demandés, M. Bethune a indiqué à M. Arneil qu'il aimerait que la limite de 15 pour 100 sur les augmentations de loyer soit supprimée et que le loyer relatif aux périodes de reconduction soit fixé de gré à gré ou par arbitrage.

Il y a eu réunion du Conseil de la bande le 25 juillet 1957, présidée de nouveau par M. Anfield. On y a encore discuté du projet de location au club de golf et deux conseillers ont exprimé l'avis que la période de reconduction devrait être de dix ans

intervals rather than fifteen. It was at this meeting that the resolution was passed to hold a general meeting of Band members to consider and vote on the surrender of the 162 acres to the Crown for purposes of the lease. The meeting of the Band was held on October 6, 1957 but prior to that there was another meeting of Councillors on September 27, 1957. Mr. Harrison and Mr. Jackson of the Shaughnessy Golf Club attended this meeting and Mr. Anfield, who had in the interval been promoted to Assistant Indian Commissioner for British Columbia, was there along with a Mr. Grant who was described as "Officer in charge—Vancouver Agency". In the presence of the golf club representatives Chief Sparrow took issue with the $25,000 per annum rental figure and stipulated for something in the neighbourhood of $44,000 to $44,500 per annum. The golf club representatives balked at this and they were asked to step outside while the Band Council and the Indian Affairs personnel had a private discussion.

Mr. Anfield expressed the view that the $44,000 figure was unreasonable and suggested $29,000 to which the Councillors agreed on the understanding that the first lease period would be for ten years and subsequent rental negotiations would take place every five years. Mr. Grant testified that Mr. Anfield advised the Council to go ahead with the lease at the $29,000 figure and in ten years demand a healthy increase from the golf club. Mr. Grant also testified that the Council objected to any ceiling on future rental and Mr. Anfield said that he would convey their concern to the Department of Indian Affairs. On that basis the Council, according to Mr. Grant, reluctantly accepted the $29,000 figure.

At the meeting of the Band on October 6, 1957 ("the surrender meeting") Chief Sparrow was present along with the Councillors and members. Mr. Anfield presided as usual. The learned trial judge made specific findings as to what occurred at the meeting and I reproduce them from his reasons:

> (a) Before the Band members voted, those present assumed or understood the golf club lease would be,

plutôt que de quinze ans. C'est à cette réunion qu'a été adoptée la résolution visant la tenue d'une assemblée générale des membres de la bande pour délibérer et voter sur la cession des 162 acres de terrain à Sa Majesté pour fins de location. L'assemblée de la bande a été tenue le 6 octobre 1957, mais avant cette assemblée une autre réunion des conseillers avait eu lieu le 27 septembre 1957. MM. Harrison et Jackson du Shaughnessy Golf Club étaient présents à cette réunion, de même que M. Anfield qui, entre-temps, avait été promu au poste de commissaire adjoint des Indiens pour la Colombie-Britannique, et un certain M. Grant décrit comme [TRADUCTION] «responsable de l'agence de Vancouver». En présence des représentants du club de golf, le chef Sparrow a soulevé la question du loyer annuel de 25 000 $ et demandé un loyer de l'ordre de 44 000 $ à 44 500 $ par année. Les représentants du club de golf se sont opposés à cela et on leur a demandé de quitter la salle pendant que le Conseil de la bande et le personnel des Affaires indiennes tenaient une discussion privée.

M. Anfield a exprimé l'avis que le montant de 44 000 $ était déraisonnable et il a proposé celui de 29 000 $ que les conseillers ont accepté à la condition que le premier terme du bail soit de dix ans et que le loyer soit renégocié tous les cinq ans. M. Grant a témoigné que M. Anfield a recommandé au Conseil de conclure le bail au montant de 29 000 $ et d'exiger, dans dix ans, du club de golf une augmentation substantielle. M. Grant a aussi témoigné que le Conseil s'est opposé à tout plafonnement du loyer futur et M. Anfield a dit qu'il transmettrait les préoccupations du Conseil au ministère des Affaires indiennes. Dans ces conditions, le Conseil a, selon M. Grant, accepté à contrecoeur le chiffre de 29 000 $.

Le chef Sparrow, les conseillers et les membres étaient présents à l'assemblée de la bande tenue le 6 octobre 1957 («l'assemblée de la cession»); M. Anfield présidait comme à l'habitude. Le savant juge de première instance a tiré des conclusions précises sur ce qui s'est produit à l'assemblée, dont voici le texte tiré de ses motifs:

> a) Avant que les membres de la bande ne votent, ceux qui étaient présents ont présumé ou cru comprendre

aside from the first term, for 10-year periods, not 15 years.

(b) Before the Band members voted, those present assumed or understood there would be no 15% limitation on rental increases.

(c) The meeting was not told the golf club proposed it should have the right, at any time during the lease and for a period of up to 6 months after termination, to remove any buildings or structures, and any course improvements and facilities.

(d) The meeting was not told that future rent on renewal periods was to be determined as if the land were still in an uncleared and unimproved condition and used as a golf club.

(e) The meeting was not told that the golf club would have the right at the end of each 15-year period to terminate the lease on six-month's prior notice.

Neither (d) nor (e) were in the original golf club proposal and first appeared in the draft lease following the surrender meeting. They were not brought before the Band Council or the Band at any time for comment or approval. The Band voted almost unanimously in favour of the surrender.

By the surrender document the Chief and Councillors of the Band acting on behalf of the Band surrendered 162 acres to the Crown:

TO HAVE AND TO HOLD the same unto Her said Majesty the Queen, her Heirs and Successors forever in trust to lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people.

AND upon the further condition that all moneys received from the leasing thereof, shall be credited to our revenue trust account at Ottawa.

AND WE, the said Chief and Councillors of the said Musqueam Band of Indians do on behalf of our people and for ourselves, hereby ratify and confirm, and promise to ratify and confirm, whatever the said Government may do, or cause to be lawfully done, in connection with the leasing thereof.

It will be noted that there is no reference in the surrender to the proposed lease to the golf club. The position of the Crown at trial was that once

que le bail du club de golf serait, le premier terme excepté, d'une durée de 10 ans, non de 15.

b) Avant que les membres de la bande ne votent, ceux qui étaient présents ont présumé ou cru comprendre qu'il n'y aurait aucun plafonnement à 15 % des hausses de loyer.

c) Il n'a pas été divulgué à l'assemblée que le club de golf proposait d'avoir le droit, à tout moment au cours du bail et, après son terme, pendant six autres mois, d'enlever tout bâtiment ou structure et toute amélioration et installation y érigés.

d) Il n'a pas été divulgué à l'assemblée que le loyer futur des périodes de reconduction serait fixé comme si le terrain n'avait été ni défriché ni amélioré et servait comme club de golf.

e) Il n'a pas été divulgué à l'assemblée que le club de golf aurait le droit, à la fin de chaque période de 15 ans, de mettre fin au bail moyennant un préavis de six mois.

Ni la condition en d) ni celle en e) ne se trouvaient dans l'offre initiale du club de golf et elles sont apparues pour la première fois dans le projet de bail rédigé après l'assemblée de la cession. Elles n'ont jamais été soumises au Conseil de la bande ou à la bande elle-même pour obtenir ses commentaires ou son approbation. La bande a voté presque à l'unanimité en faveur de la cession.

Par l'acte de cession, le chef et les conseillers de la bande, agissant pour le compte de celle-ci, ont cédé 162 acres de terrain à Sa Majesté:

[TRADUCTION] CÉDÉ ledit bien-fonds à Sa Majesté la Reine, ses hoirs et successeurs, définitivement, en fiducie, pour location à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple.

ET à la condition supplémentaire que tous les loyers perçus pour cette location soient versés à notre crédit dans notre compte en fidéicommis à Ottawa.

ET NOUS, lesdits chef et conseillers de ladite bande indienne Musqueam, au nom de notre peuple et en notre nom propre, par la présente, avalisons et donnons notre agrément, et promettons d'avaliser et de consentir, à tout ce que ledit gouvernement pourra faire, ou verra à faire faire, licitement, au sujet de ladite location.

On remarquera qu'il n'est fait mention nulle part, dans l'acte de cession, du projet de location au club de golf. La position de Sa Majesté au procès était

the surrender documents were signed the Crown could lease to anyone on whatever terms it saw fit.

After the surrender there was considerable correspondence between Mr. Anfield and personnel in the Indian Affairs Branch in Ottawa particularly over the more controversial provisions of the lease but none of this correspondence was communicated to the Band Council nor were they given a copy of the draft lease which would have drawn these controversial provisions to their attention. The trial judge states at p. 409:

> Put baldly, the band members, regardless of the whole history of dealings and the limited information imparted at the surrender meeting, were not consulted.
>
> But it was their land. It was their potential investment and revenue. It was their future.

The learned trial judge accepted that the Chief, the Councillors and the Band members were wholly excluded from any further discussions or negotiations among the Indian Affairs personnel, the golf club officers and their respective solicitors with respect to the terms of the lease. The trial judge found an explanation, although not a justification, for this in the possibility that Indian Affairs personnel at the time took a rather paternalistic attitude towards the Indian people whom they regarded as wards of the Crown.

I turn now to the essential terms of the lease as entered into in January 22, 1958 as described by the learned trial judge at p. 412:

> 1. The term is for 75 years, unless sooner terminated.
>
> 2. The rent for the first 15 years is $29,000 per annum.
>
> 3. For the 4 succeeding 15-year periods, annual rent is to be determined by mutual agreement, or failing such agreement, by arbitration
>
> > ... such rent to be equal to the fair rent for the demised premises as if the same were still in an uncleared and unimproved condition as at the date of each respective determination and considering the restricted use to which the Lessee may put the demised premises under the terms of this lease ....

qu'une fois les actes de cession signés, elle pouvait louer à ceux et aux conditions qu'elle jugeait convenables.

Après la cession, il y a eu échange considérable de correspondance entre M. Anfield et le personnel de la direction des Affaires indiennes à Ottawa, au sujet notamment des dispositions les plus controversées du bail, mais le Conseil de la bande ne s'est vu remettre aucune de ces lettre ni aucune copie du projet de bail qui leur aurait permis de prendre connaissance de ces dispositions controversées. Le juge de première instance affirme, à la p. 409:

> À dire vrai, les membres de la bande, hormis l'historique des tractations et l'information limitée fournie lors de l'assemblée de la cession, n'ont jamais été consultés.
>
> C'était pourtant leur terrain. C'était leur investissement et leur revenu; leur avenir.

Le savant juge de première instance a considéré comme avéré que le chef, les conseillers et les membres de la bande ont été complètement écartés de toute autre discussion ou négociation qui a eu lieu entre le personnel des Affaires indiennes, les dirigeants du club de golf et leurs avocats respectifs au sujet des conditions du bail. Selon le juge de première instance, cela s'explique, sans toutefois se justifier, par la possibilité que les fonctionnaires des Affaires indiennes aient alors adopté une attitude plutôt paternaliste envers les Indiens qu'ils considéraient comme les pupilles de Sa Majesté.

J'aborderai maintenant les conditions essentielles du bail signé le 22 janvier 1958, telles qu'énoncées par le savant juge de première instance, à la p. 412:

> 1. La durée du bail est de 75 ans sauf résiliation antérieure.
>
> 2. Le loyer pour les premiers 15 ans est de 29 000 $ l'an.
>
> 3. Pour les 4 reconductions suivantes de 15 ans, le loyer annuel devra être fixé par accord mutuel ou, à défaut, par arbitrage
>
> > [TRADUCTION] ... ce loyer devant être égal au juste loyer des lieux fournis s'ils étaient toujours non défrichés et non améliorés à la date de chaque fixation respective du loyer et en considérant que l'usage que le locataire peut en faire selon le bail est restreint ...

4. The maximum increase in rent for the second 15-year period (January 1, 1973 to January 1, 1988) is limited to 15% of $29,000, that is $4,350 per annum.

5. The golf club can terminate the lease at the end of any 15-year period by giving 6 months' prior notice.

6. The golf club can, at any time during the lease and up to 6 months after termination, remove any buildings or other structures, and any course improvements and facilities.

Mr. Grant stated in evidence that the terms of the lease ultimately entered into bore little resemblance to what was discussed and approved at the surrender meeting and the learned trial judge agreed. He found that had the Band been aware of the terms in fact contained in the lease they would never have surrendered their land.

So much for the facts as found by the learned trial judge. What recourse in law, if any, does the Band have in such circumstances?

2. Section 18 of the *Indian Act*

The appellants contend that the Federal Court of Appeal erred in failing to find that s. 18 of the *Indian Act* imposed on the Crown a fiduciary obligation enforceable in the courts. The section reads as follows:

18. (1) Subject to the provisions of this Act, reserves shall be held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart; and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

Mr. Justice Le Dain, after concluding on the authorities that there was nothing in principle to prevent the Crown from having the status of a trustee in equity, found that s. 18 nevertheless did not have that effect. It merely imposed on the Crown a governmental obligation of an administrative nature. It was a public law obligation rather than a private law obligation. Section 18 could not therefore afford a basis for an action for breach of trust.

While I am in agreement that s. 18 does not *per se* create a fiduciary obligation in the Crown with respect to Indian reserves, I believe that it recog-

4. La hausse maximale du loyer pour les seconds 15 ans (du 1er janvier 1973 au 1er janvier 1988), est limitée à 15% de 29 000 $, soit 4 350 $ l'an.

5. Le club de golf peut résilier le bail au terme de toute période de 15 ans en donnant un préavis de 6 mois.

6. Le club de golf peut, à tout moment en cours de bail, et jusqu'à 6 mois après l'arrivée de son terme, enlever tout bâtiment ou autre structure et toute amélioration et installation.

M. Grant a témoigné que les conditions du bail finalement conclu ne ressemblaient que fort peu à ce qui avait été débattu et approuvé à l'assemblée de la cession et le savant juge de première instance s'est dit d'accord avec lui. Il a conclu que si la bande avait connu les conditions réelles du bail, elle n'aurait jamais cédé ses terres.

Voilà pour les faits constatés par le savant juge de première instance. Quel recours en droit, s'il en est, la bande a-t-elle dans ces circonstances?

2. L'article 18 de la *Loi sur les Indiens*

Les appelants soutiennent que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en ne concluant pas que l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens* impose à Sa Majesté une obligation de fiduciaire exécutoire en justice. L'article est ainsi conçu:

18. (1) Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

Après avoir conclu que, d'après la jurisprudence, rien en principe n'empêche Sa Majesté d'avoir le statut de fiduciaire en *equity*, le juge Le Dain a conclu néanmoins que l'art. 18 n'a pas cet effet. Il impose simplement à Sa Majesté une obligation gouvernementale de nature administrative. C'est une obligation de droit public plutôt qu'une obligation de droit privé. L'article 18 ne peut donc servir de fondement à une action pour manquement aux obligations de fiduciaire.

Bien que je sois aussi d'avis que l'art. 18 n'impose pas en soi à Sa Majesté une obligation de fiduciaire à l'égard des réserves indiennes, je crois

nizes the existence of such an obligation. The obligation has its roots in the aboriginal title of Canada's Indians as discussed in *Calder v. Attorney General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. In that case the Court did not find it necessary to define the precise nature of Indian title because the issue was whether or not it had been extinguished. However, in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, Lord Watson, speaking for the Privy Council, had stated at p. 54 that "the tenure of the Indians ... [is] a personal and usufructuary right". That description of the Indian's interest in reserve lands was approved by this Court most recently in *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554. It should be noted that no constitutional issue such as arose in the *St. Catherine's* and *Smith* cases arises in this case since title to Indian reserve land in British Columbia was transferred to the Crown in right of Canada in 1938: see British Columbia Orders in Council 208 and 1036 passed pursuant to Article 13 of the Terms of Union of 1870.

I think that when s. 18 mandates that reserves be held by the Crown for the use and benefit of the Bands for which they are set apart, this is more than just an administrative direction to the Crown. I think it is the acknowledgment of a historic reality, namely that Indian Bands have a beneficial interest in their reserves and that the Crown has a responsibility to protect that interest and make sure that any purpose to which reserve land is put will not interfere with it. This is not to say that the Crown either historically or by s. 18 holds the land in trust for the Bands. The Bands do not have the fee in the lands; their interest is a limited one. But it is an interest which cannot be derogated from or interfered with by the Crown's utilization of the land for purposes incompatible with the Indian title unless, of course, the Indians agree. I believe that in this sense the Crown has a fiduciary obligation to the Indian Bands with respect to the uses to which reserve land may be put and that s. 18 is a statutory acknowledgment of that obligation. It is my view, therefore, that while the Crown

qu'il reconnaît l'existence d'une telle obligation. L'obligation a sa source dans le titre aborigène des Indiens du Canada analysé dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Dans cet arrêt, la Cour n'a pas estimé nécessaire de définir la nature précise du titre des Indiens parce que la question en cause était de savoir s'il était éteint ou non. Cependant, dans l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, lord Watson, s'exprimant au nom du Conseil privé, avait affirmé à la p. 54, que [TRADUCTION] «les Indiens [ont] un droit personnel, de la nature d'un usufruit.» Cette description du droit des Indiens sur les terres des réserves a été approuvée tout récemment par cette Cour dans l'arrêt *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554. Il faut observer qu'aucune question constitutionnelle du genre de celles qui se sont posées dans les arrêts *St. Catherine's* et *Smith* ne se pose en l'espèce puisque le titre de propriété sur les terres des réserves indiennes de la Colombie-Britannique a été cédé à Sa Majesté du chef du Canada en 1938: voir les arrêtés en conseil de la Colombie-Britannique n°s 208 et 1036, adoptés en application de l'art. 13 des Conditions de l'union de 1870.

Je crois qu'en disposant que les réserves seront détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des bandes pour lesquelles elles sont mises de côté, l'art. 18 fait plus que donner une directive administrative à Sa Majesté. Je crois qu'il s'agit de la reconnaissance d'une réalité historique, savoir que les Indiens ont un droit de bénéficiaire sur leurs réserves et qu'il incombe à Sa Majesté de protéger ce droit et de s'assurer que les fins auxquelles les terres des réserves sont utilisées ne portent pas atteinte à ce droit. Cela ne signifie pas que, soit historiquement soit en vertu de l'art. 18, Sa Majesté détient les terres en fiducie pour les bandes. Les bandes n'ont pas la propriété absolue des terres; leur droit est limité. C'est cependant un droit auquel Sa Majesté ne peut porter atteinte ou qu'elle ne peut diminuer par l'utilisation des terres à des fins incompatibles avec le titre indien, à moins évidemment que les Indiens y consentent. Je crois que, dans ce sens, Sa Majesté a une obligation de fiduciaire envers les bandes indiennes relativement à l'utilisation qui peut être faite des

does not hold reserve land under s. 18 of the Act in trust for the Bands because the Bands' interests are limited by the nature of Indian title, it does hold the lands subject to a fiduciary obligation to protect and preserve the Bands' interests from invasion or destruction.

The respondent submits, however, that any obligation imposed on the Crown by s. 18(1) of the *Indian Act* is political only and unenforceable in courts of equity. Section 18, he says, gives rise to a "trust in the higher sense" as discussed in *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.), and *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129 (Ch.) Mr. Justice Le Dain, delivering the judgment of the Federal Court of Appeal, adopted this approach. He expressed the view, at p. 467, that these cases indicate that "in a public law context neither the use of the words 'in trust' nor the fact that the property is to be held or dealt with in some manner for the benefit of others is conclusive of an intention to create a true trust". He found that the discretion conferred on the Crown by s. 18(1) evidenced an intention to exclude the equitable jurisdiction of the courts.

With respect, while I agree with the learned justice that s. 18 does not go so far as to create a trust of reserve lands for the reasons I have given, it does not in my opinion exclude the equitable jurisdiction of the courts. The discretion conferred on the Governor in Council is not an unfettered one to decide the use to which reserve lands may be put. It is to decide whether any use to which they are proposed to be put is "for the use and benefit of the band". This discretionary power must be exercised on proper principles and not in an arbitrary fashion. It is not, in my opinion, open to the Governor in Council to determine that a use of the land which defeats Indian title and affords the Band nothing in return is a "purpose" which could be "for the use and benefit of the band". To

terres des réserves, et que l'art. 18 constitue une reconnaissance légale de cette obligation. Par conséquent, je suis d'avis que, bien que Sa Majesté ne détienne pas les terres des réserves en fiducie pour les bandes en vertu de l'art. 18 de la Loi, parce que les droits des bandes sont limités par la nature du titre indien, elle les détient sous réserve de l'obligation qui incombe au fiduciaire de protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiétement.

L'intimée soutient cependant que si le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* impose une obligation quelconque à Sa Majesté, c'est une obligation purement politique dont les tribunaux d'*equity* ne peuvent forcer l'exécution. L'article 18, selon elle, engendre [TRADUCTION] «une fiducie au sens large» qui est analysée dans les arrêts *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.), et *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129 (Ch.) Le juge Le Dain, qui a rendu les motifs de jugement de la Cour d'appel fédérale, a adopté cette solution. Il a exprimé, à la p. 467, l'avis que ces causes indiquent que «dans un contexte de droit public, ni l'emploi de l'expression «en fiducie», ni la saisine d'un bien devant être employé de quelque manière au profit d'un tiers ne permettent de conclure à l'intention claire de créer une fiducie au sens strict». Il a conclu que le pouvoir discrétionnaire que le par. 18(1) accorde à Sa Majesté manifeste l'intention d'exclure la compétence en *equity* des tribunaux.

Avec égards, bien que je partage l'avis du savant juge que l'art. 18 ne va pas jusqu'à créer une fiducie à l'égard des terres des réserves pour les motifs que j'ai exposés, il n'écarte pas, à mon avis, la compétence en *equity* des tribunaux. Le pouvoir discrétionnaire accordé au gouverneur en conseil n'est pas un pouvoir illimité de déterminer l'utilisation qui peut être faite des terres des réserves. Il s'agit du pouvoir de décider si une utilisation quelconque qu'on propose d'en faire se trouve «à l'usage et au profit de la bande». Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé selon des principes appropriés et non d'une manière arbitraire. Il n'appartient pas, à mon avis, au gouverneur en conseil de décider qu'une utilisation des terres qui va à l'encontre du titre indien et n'apporte rien à la

so interpret the concluding part of s. 18 is to deprive the opening part of any substance.

Moreover, I do not think we are dealing with a purely public law context here. Mr. Justice Le Dain agrees that a Band has a beneficial interest in its reserve. I believe it is clear from s. 18 that that interest is to be respected and this is enough to make the so-called "political trust" cases inapplicable.

In *Kinloch, supra* in which Lord Selborne L.C. first advanced the idea of the political trust, the issue was whether a Royal Warrant that "granted" booty of war to the respondent Secretary of State for India "in trust" for the officers and men of certain forces created a trust enforceable in the courts. It was held that it did not, the effect of the Warrant being to constitute the Secretary of State an agent of the Crown for the distribution of the booty rather than a trustee. In *Civilian War Claimants Association, Ltd. v. The King*, [1932] A.C. 14, the plaintiffs, as the assignees of civilian claimants who had suffered loss at the hands of the Germans during World War I, alleged, *inter alia*, that money received by the Crown as war reparations from Germany pursuant to treaty was being held for the claimants on trust. Their claim was rejected by the House of Lords. In *Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 S.C.R. 1, money alleged by the plaintiff railway to have been granted by the legislature as a subsidy was held not to be subject to a trust enforceable in the courts. In all these cases the funds at issue were the property of the Crown (or, at least, as in *Kinloch, supra*, in the possession of the Crown) and none of those laying claim to them as beneficiaries could show a right to share in the funds independent of the treaty, statute or other instrument alleged to give rise to an enforceable trust.

bande en retour est un «objet» qui se trouve «à l'usage et au profit de la bande». Interpréter ainsi la fin de l'art. 18 équivaut à faire perdre tout son sens à la première partie de cet article.

De plus, je ne crois pas que nous soyons ici dans un contexte de droit purement public. Le juge Le Dain reconnaît qu'une bande a un droit de bénéficiaire sur sa réserve. Je crois qu'il est clair, d'après l'art. 18, que ce droit doit être respecté et que cela suffit à rendre inapplicables les affaires dites de «fiducie politique».

Dans l'arrêt *Kinloch* précité, où le lord chancelier Selborne a pour la première fois avancé l'idée de fiducie politique, il s'agissait de savoir si un brevet royal, qui «accordait» un butin de guerre au secrétaire d'État pour l'Inde intimé «en fiducie» pour les officiers et les hommes de certaines unités, créait une fiducie exécutoire en justice. La cour a décidé que ce n'était pas le cas, la portée du brevet étant de faire du secrétaire d'État un mandataire de Sa Majesté pour la distribution du butin plutôt qu'un fiduciaire. Dans l'affaire *Civilian War Claimants Association, Ltd. v. The King*, [1932] A.C. 14, les demandeurs, à titre de cessionnaires de demandeurs civils qui avaient subi des pertes causées par les Allemands pendant la Première Guerre mondiale, ont prétendu notamment que les sommes reçues de l'Allemagne par Sa Majesté à titre de dommages de guerre en exécution du Traité étaient détenues en fiducie pour les demandeurs. La Chambre des lords a rejeté leur demande. Dans l'arrêt *Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 R.C.S. 1, on a décidé que les sommes qui, selon la compagnie de chemins de fer demanderesse, lui avaient été attribuées par la législature à titre de subvention n'étaient pas assujetties à une fiducie exécutoire en justice. Dans toutes ces affaires, les sommes en cause appartenaient à Sa Majesté (ou, du moins, comme dans l'affaire *Kinloch* précitée, étaient en la possession de Sa Majesté) et aucun de ceux qui les réclamaient à titre de bénéficiaire ne pouvait démontrer l'existence d'un droit au partage de ces sommes, qui serait indépendante du traité, de la loi ou d'un autre acte juridique qui engendrerait une fiducie exécutoire.

In *Tito v. Waddell (No. 2), supra*, the plaintiff Banaban Islanders asserted that certain royalties payable to the local government Commissioner as a result of mining operations on their land gave rise to trusts in their favour. In rejecting their claims on the basis of a number of different considerations, Megarry V.C. found at pp. 225-26 that there was not a sufficient relationship between the land on which the mining operations took place and the royalties to give rise to a fair inference that a true trust of the royalties was intended. The royalties were exclusively Crown property and the fact that the Banaban Islanders owned the land did not give them an interest in the royalties. I believe it is implicit in Megarry V.C.'s reasons that if the Banaban Islanders could have shown an interest in the royalties themselves, a stronger case would have arisen in favour of a trust.

Dans l'affaire *Tito v. Waddell (No. 2)*, précitée, les habitants de l'île Banaba prétendaient que certaines redevances payables au commissaire du gouvernement local en raison de l'exploitation minière de leurs terres donnaient naissance à des fiducies en leur faveur. En rejetant leurs demandes pour un certain nombre de motifs différents, le vice-chancelier Megarry a conclu, aux pp. 225 et 226, qu'il n'y avait pas de rapport suffisant entre les biens-fonds visés par l'exploitation minière et les redevances pour pouvoir déduire qu'on a voulu soumettre celles-ci à une fiducie au sens strict. Les redevances appartenaient exclusivement à Sa Majesté et le fait que les terres appartenaient aux habitants de Banaba ne leur conférait pas de droit sur les redevances. Je crois qu'il est implicite, dans les motifs du vice-chancelier Megarry, que si les habitants de Banaba avaient pu démontrer l'existence d'un droit sur les redevances elles-mêmes, l'argumentation en faveur d'une fiducie aurait été plus convaincante.

It seems to me that the "political trust" line of authorities is clearly distinguishable from the present case because Indian title has an existence apart altogether from s. 18(1) of the *Indian Act*. It would fly in the face of the clear wording of the section to treat that interest as terminable at will by the Crown without recourse by the Band.

Il me semble que la jurisprudence relative à la «fiducie politique» se distingue nettement de l'espèce parce que le titre indien existe tout à fait indépendamment du par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*. Il serait contraire au texte précis cette disposition de considérer que Sa Majesté peut, à son gré, mettre fin à ce droit sans que la bande ne dispose d'aucun recours.

Continuing with the analysis of s. 18, it seems to me quite clear from the wording of the section that the Governor in Council's authority to determine in good faith whether any purpose to which reserve lands are proposed to be put is for the use and benefit of the Band is "subject to the terms of any treaty or surrender". I take this to mean that if a Band surrenders its beneficial interest in reserve lands for a specific purpose, then the Governor in Council's authority under the section to decide whether or not the purpose is for the use and benefit of the Band is pre-empted. The Band has itself agreed to the purpose and the Crown may rely upon that agreement. It will be necessary to consider this in greater detail in connection with the surrender which in fact took place in this case.

Je poursuis l'analyse de l'art. 18. Il me semble tout à fait clair d'après le texte de l'article que le pouvoir du gouverneur en conseil de déterminer, de bonne foi, si l'objet pour lequel on se propose d'utiliser des terres d'une réserve se trouve à l'usage et au profit de la bande est assujetti aux «stipulations de tout traité ou cession». J'estime que cela signifie que si une bande cède son droit de bénéficiaire sur les terres d'une réserve pour une fin précise, alors le pouvoir que possède le gouverneur en conseil, en vertu de l'article, de décider si l'objet se trouve à l'usage et au profit de la bande est écarté. La bande a elle-même acquiescé à l'objet et Sa Majesté peut invoquer cet acquiescement. Il sera nécessaire d'analyser cela plus en détail relativement à la cession qui a effectivement eu lieu en espèce.

3. The Failure to Plead the Defence of "Political Trust"

The second ground of appeal put forward by the appellants concerns the fact that the defence of "political trust" which was accepted by the Federal Court of Appeal and formed the basis of its decision was not specifically pleaded as required by Rule 409 of the Federal Court Rules.

I need say very little about this ground since I think the case falls to be decided on the substantive rather than the procedural issues. However, I agree with the appellants' submission that the Crown's tactics in this regard left a lot to be desired. It is quite apparent that when the trial judge indicated a willingness to permit an amendment at trial but went on to order discovery on the issue, the Crown renounced the defence both at trial and through ministerial statements made out of court. It nevertheless went ahead and sought and obtained leave to raise it in the Federal Court of Appeal. Even although, as the Court of Appeal pointed out, the defence is a strictly legal one and the Band was probably not prejudiced by the absence of discovery, the Crown's behaviour does not, in my view, exemplify the high standard of professionalism we have come to expect in the conduct of litigation.

4. The Surrender

Reference has already been made to the language of s. 18 and in particular to the fact that the Crown's fiduciary duty under it is "subject to the terms of any ... surrender". The implications of this have to be considered in the context of the learned trial judge's finding that the Band surrendered the 162 acres to the Crown for lease to the golf club on specific terms which were not obtained. The trial judge found that the surrender itself created a trust relationship between the Crown and the Band. The subject of the trust, the trust *res*, was not the Band's beneficial interest in the land but the land itself. The Crown prior to the

3. L'omission d'invoquer la «fiducie politique» comme moyen de défense

Le deuxième moyen d'appel proposé par les appelants concerne le fait que la notion de «fiducie politique» que la Cour d'appel fédérale a acceptée comme moyen de défense et qui a servi de fondement à son arrêt, n'a pas été expressément plaidée comme l'exige l'article 409 des Règles de la Cour fédérale.

Je n'ai pas besoin de m'étendre longuement sur ce moyen puisque je crois que l'affaire doit être tranchée en fonction des questions de fond plutôt que des questions de procédure. Toutefois, j'accepte la prétention des appelants que les tactiques auxquelles a eu recours Sa Majesté à cet égard laissent beaucoup à désirer. Il est tout à fait évident que, lorsque le juge de première instance a indiqué qu'il était prêt à permettre une modification au cours du procès, mais a ordonné un interrogatoire préalable sur le sujet, Sa Majesté a renoncé à ce moyen de défense au procès même et par des déclarations ministérielles extrajudiciaires. Elle a néanmoins persisté et a demandé et obtenu l'autorisation de soulever ce moyen de défense en Cour d'appel fédérale. Même si, comme la Cour d'appel l'a souligné, ce moyen de défense est strictement juridique et que l'absence d'interrogatoire préalable n'a probablement causé aucun préjudice à la bande, à mon avis le comportement de Sa Majesté ne constitue pas un exemple du haut degré de professionnalisme auquel nous nous attendons d'ordinaire dans les débats judiciaires.

4. La cession

J'ai déjà mentionné le texte de l'art. 18 et plus particulièrement le fait que l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté qui en découle est assujettie aux «stipulations de tout[e] ... cession». Les conséquences de cette situation doivent être examinées en fonction de la conclusion du savant juge de première instance portant que la bande a cédé 162 acres de terrain à Sa Majesté pour qu'elle les loue au club de golf à des conditions précises qui n'ont pas été respectées. Le juge de première instance a conclu que la cession elle-même a créé un rapport fiduciaire entre Sa Majesté et la bande. L'objet de la fiducie n'était pas le droit de bénéficiaire de la

surrender had title to the land subject to the Indian title. When the Band surrendered the land to the Crown, the Band's interest merged in the fee. The Crown then held the land free of the Indian title but subject to the trust for lease to the golf club on the terms approved by the Band at its meeting on October 6, 1957. This trust was breached by the Crown when it leased the land to the club on terms much less favourable to the Band.

It was submitted on behalf of the Crown that even if the surrender gave rise to a trust between the Crown and the Band, the terms of the trust must be found in the surrender document and it was silent both as to the lessee and the terms of the lease. Indeed, it expressly gave the government complete discretion both as to the lessee and the terms of the lease and contained a ratification by the Band of any lease the government might enter into.

I cannot accept the Crown's submission. The Crown was well aware that the terms of the lease were important to the Band. Indeed, we have the trial judge's finding that the Band would not have surrendered the land for the purpose of a lease on the terms obtained by the Crown. It ill becomes the Crown, therefore, to obtain a surrender of the Band's interest for lease on terms voted on and approved by the Band members at a meeting specially called for the purpose and then assert an overriding discretion to ignore those terms at will: see *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227; *Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London Borough Council*, [1971] 1 Q.B. 222 (C.A.) It makes a mockery of the Band's participation. The Crown well knew that the lease it made with the golf club was not the lease the Band surrendered its interest to get. Equity will not permit the Crown in such circumstances to hide behind the language of its own document.

I return to s. 18. What effect does the surrender of the 162 acres to the Crown in trust for lease on

bande sur le bien-fonds, mais le bien-fonds lui-même. Avant la cession, Sa Majesté détenait le titre de propriété sur les terres assujetties au titre indien. Lorsque la bande a cédé les terres à Sa Majesté, le droit de la bande s'est fondu dans la propriété absolue. Sa Majesté détenait alors les terres, libres du titre indien, mais elle était tenue en vertu de la fiducie de les louer au club de golf aux conditions approuvées par la bande à son assemblée du 6 octobre 1957. Sa Majesté a manqué à son obligation de fiduciaire lorsqu'elle a loué le bien-fonds au club à des conditions beaucoup moins favorables à la bande.

On a soutenu pour le compte de Sa Majesté que, même si la cession créait une fiducie entre Sa Majesté et la bande, les conditions de la fiducie devraient se trouver dans l'acte de cession et cet acte de cession est muet quant au locataire et aux conditions du bail. En fait, il confère expressément au gouvernement un pouvoir discrétionnaire absolu quant au locataire et aux conditions du bail et il comporte une ratification par la bande de tout bail que le gouvernement pourrait conclure.

Je ne puis accepter la prétention de Sa Majesté. Celle-ci savait très bien que les conditions du bail étaient importantes pour la bande. En réalité, le juge de première instance a conclu que la bande n'aurait pas cédé les terres pour les louer aux conditions négociées par Sa Majesté. Il sied mal à Sa Majesté, par conséquent, d'obtenir de la bande la cession de ses droits en vue d'un bail à des conditions approuvées par le vote de ses membres à une assemblée spécialement convoquée à cette fin, pour ensuite prétendre avoir un pouvoir discrétionnaire prépondérant d'ignorer ces conditions: voir *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227; *Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London Borough Council*, [1971] 1 Q.B. 222 (C.A.) C'est tourner la participation de la bande en dérision. Sa Majesté savait très bien que le bail qu'elle a consenti au club de golf n'était pas celui pour lequel la bande avait cédé ses droits. L'*equity* ne permet pas à Sa Majesté, dans ces circonstances, de se réfugier derrière le texte de son propre document.

Revenons à l'art. 18. Quel effet la cession de 162 acres de terrain à Sa Majesté en fiducie pour

specific terms have on the Crown's fiduciary duty under the section? It seems to me that s. 18 presents no barrier to a finding that the Crown became a full-blown trustee by virtue of the surrender. The surrender prevails over the s. 18 duty but in this case there is no incompatibility between them. Rather the fiduciary duty which existed at large under the section to hold the land in the reserve for the use and benefit of the Band crystallized upon the surrender into an express trust of specific land for a specific purpose.

location à des conditions précises a-t-elle sur l'obligation de fiduciaire qui incombe à Sa Majesté en vertu de cet article? Il me semble que l'art. 18 n'empêche pas de conclure que Sa Majesté est devenue fiduciaire à part entière par suite de la cession. La cession l'emporte sur l'obligation imposée par l'art. 18, mais, en l'espèce, il n'y a pas d'incompatibilité entre elles. Plus exactement, l'obligation de fiduciaire qui existait généralement en vertu de l'article de détenir les terres d'une réserve pour l'usage et le bénéfice de la bande s'est cristallisée, par suite de la cession, en une fiducie explicite visant des terres précises pour une fin précise.

There is no magic to the creation of a trust. A trust arises, as I understand it, whenever a person is compelled in equity to hold property over which he has control for the benefit of others (the beneficiaries) in such a way that the benefit of the property accrues not to the trustee, but to the beneficiaries. I think that in the circumstances of this case as found by the learned trial judge the Crown was compelled in equity upon the surrender to hold the surrendered land in trust for the purpose of the lease which the Band members had approved as being for their benefit. The Crown was no longer free to decide that a lease on some other terms would do. Its hands were tied.

La création d'une fiducie ne relève pas de la magie. Il y a fiducie, si je comprends bien, chaque fois qu'une personne est obligée, en *equity*, de détenir un bien dont elle assume la garde au profit de tiers (les bénéficiaires) de façon que les avantages tirés du bien échoient non pas au fiduciaire, mais aux bénéficiaires. À mon avis, dans les circonstances de l'espèce telles que constatées par le savant juge de première instance, Sa Majesté était tenue, en *equity*, dès la cession de détenir en fiducie les terres cédées aux fins du bail que les membres de la bande avaient approuvé comme étant à leur avantage. Sa Majesté n'avait plus le loisir de décider qu'un bail à d'autres conditions ferait l'affaire. Elle avait les mains liées.

What then should the Crown have done when the golf club refused to enter into a lease on the approved terms? It seems to me that it should have returned to the Band and told them. It was certainly not open to it at that point of time to go ahead with the less favourable lease on the basis that the Governor in Council considered it for the benefit of the Band. The Governor in Council's discretion in that regard was pre-empted by the surrender. I think the learned trial judge was right in finding that the Crown acted in breach of trust when it barrelled ahead with a lease on terms which, according to the learned trial judge, were wholly unacceptable to its *cestui que trust*.

Qu'aurait alors dû faire Sa Majesté lorsque le club de golf a refusé de signer le bail aux conditions approuvées? Il me semble qu'elle aurait dû retourner devant la bande et lui faire part de ce refus. Il ne lui était certainement pas loisible, à ce moment, de consentir un bail moins avantageux parce que le gouverneur en conseil estimait qu'il était à l'avantage de la bande. La cession a écarté le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil à cet égard. Je crois que le savant juge de première instance a eu raison de conclure que Sa Majesté a manqué à ses obligations de fiduciaire en s'empressant de signer un bail à des conditions que, selon lui, son *cestui que trust* ne pouvait absolument pas accepter.

5. The Claim in Deceit

The appellants base their claim against the Crown in deceit as well as in trust. They were unsuccessful on this aspect of their claim at trial but have raised it again on appeal to this Court. While the learned trial judge found that the conduct of the Indian Affairs personnel amounted to equitable fraud, it was not such as to give rise to an action for deceit at common law. He found no dishonesty or moral turpitude on the part of Mr. Anfield, Mr. Arneil and the others. Their failure to go back to the Band and indicate that the terms it had approved were unobtainable, their entry into the lease on less favourable terms and their failure to report to the Band what those terms were all flowed, he found, from their paternalistic attitude to the Band rather than from any intent to deceive them or cause them harm.

Nevertheless, there was a concealment amounting to equitable fraud. It was "conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other" (*Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563, *per* Lord Evershed M.R., at p. 573). The effect of the finding of equitable fraud was to disentitle the Crown to relief for breach of trust under s. 98 of the *Trustee Act*, R.S.B.C. 1960, c. 390, now R.S.B.C. 1979, c. 414. A trustee cannot be exonerated from liability for breach of trust under that section unless he has acted "honestly and reasonably".

The trial judge's findings on this aspect of the Band's claim are, I believe, sufficient to dispose of this ground of appeal.

6. The Measure of Damages

I come now to one of the most difficult issues on the appeal, namely the principles applicable to determine the measure of damages. No assistance

5. La réclamation pour tromperie

Les appelants fondent leur réclamation contre Sa Majesté autant sur la tromperie que sur la fiducie. Ils n'ont pas eu gain de cause sur cet aspect de leur réclamation en première instance, mais ils l'ont invoqué de nouveau en cette Cour. Bien que le savant juge de première instance ait conclu que la conduite des fonctionnaires des Affaires indiennes équivalait à une fraude d'*equity*, elle ne pouvait donner lieu à une action pour tromperie en *common law*. Il a conclu qu'il n'y avait eu aucune malhonnêteté ou turpitude morale de la part de MM. Anfield, Arneil et des autres. Leur omission de retourner devant la bande et de lui faire part qu'il était impossible d'obtenir les conditions qu'elle avait approuvées, leur signature du bail à des conditions moins favorables et leur omission de révéler à la bande la nature de ces conditions découlaient toutes, selon le juge, de leur attitude paternaliste envers la bande plutôt que d'une intention de tromper les Indiens ou de leur causer un préjudice.

Néanmoins, il y a eu dissimulation équivalant à une fraude d'*equity*. C'était [TRADUCTION] «une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est fort peu scrupuleuse de la part de l'une envers l'autre» (*Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563, le maître des rôles, lord Evershed, à la p. 573). La constatation de la fraude d'*equity* a eu pour effet d'empêcher Sa Majesté d'être exonérée du manquement à ses obligations de fiduciaire en application de l'art. 98 de la *Trustee Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 390, maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 414. Un fiduciaire ne peut être dégagé de responsabilité pour manquement à ses obligations de fiduciaire en vertu de cet article à moins d'avoir agi «de façon honnête et raisonnable».

Les conclusions du juge de première instance sur cet aspect de la réclamation de la bande sont, je crois, suffisantes pour statuer sur ce moyen d'appel.

6. Le montant des dommages-intérêts

J'arrive maintenant à l'une des questions les plus épineuses du pourvoi, celle des principes applicables à la détermination du montant des dommages-

is to be derived on this issue from the Federal Court of Appeal which exonerated the Crown from any liability. I turn therefore to the approach taken by the learned trial judge.

The trial judge, at p. 430, stated as general principles that the measure of damages is "the actual loss which the acts or omissions have caused to the trust estate": *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, *per* Dickson J. at p. 320, and that the beneficiary is "entitled to be placed in the same position so far as possible as if there had been no breach of trust": *Toronto-Dominion Bank v. Uhren* (1960), 32 W.W.R. 61 (Sask. C.A.), *per* Gordon J.A. at p. 66; Culliton J.A. at p. 73. The learned trial judge then considered whether the proper measure of damages might not be the difference in value between a lease on the terms approved by the Band and the lease which was in fact obtained from the golf club. He discarded this measure on the basis that the evidence of the witnesses for the golf club satisfied him that the club would never have entered into a lease on the terms approved by the Band. It was his conclusion that the difference in the value of the two leases could not be used as the proper measure in face of the evidence of the golf club witnesses that caused the learned trial judge to consider other approaches based on other uses of the land. Was he correct in this?

Viewed from one perspective it may be said that he was wrong. The Band authorized and was prepared to accept a lease of a certain value and received a lease of lesser value. *Prima facie* then, its loss was the difference between the two. On the other hand, how can it be said that the breach of trust cost the Band a lease which the club would never have entered into? The problem here seems to be one of causation. The breach of trust undoubtedly cost the Band something because they are fixed with a lease which is worth substantially less than the one they surrendered their land to receive. But against what is their loss to be mea-

intérêts. La Cour d'appel fédérale ne nous est d'aucun secours à cet égard puisqu'elle a dégagé Sa Majesté de toute responsabilité. J'analyserai donc le point de vue adopté par le savant juge de première instance.

Le juge de première instance a énoncé comme principes généraux, à la p. 430, que le montant des dommages-intérêts correspond à «la perte réelle que les actes ou omissions ont fait subir» au patrimoine confié en fiducie: *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, le juge Dickson à la p. 320, et que les bénéficiaires ont le [TRADUCTION] «droit d'être replacés dans la même situation, autant que faire se peut, que s'il n'y avait pas eu manquement à la fiducie»: *Toronto-Dominion Bank v. Uhren* (1960), 32 W.W.R. 61 (C.A. Sask.), le juge Gordon à la p. 66; le juge Culliton à la p. 73. Le savant juge de première instance s'est ensuite demandé si le montant approprié des dommages-intérêts ne devrait pas être la différence de valeur entre un bail conclu aux conditions approuvées par la bande et le bail effectivement conclu avec le club de golf. Il a écarté cette méthode d'évaluation parce que les dépositions des témoins cités pour le compte du club de golf l'ont convaincu que celui-ci n'aurait jamais signé le bail aux conditions approuvées par la bande. Il a conclu que la différence de valeur entre les deux baux ne pouvait servir de méthode d'évaluation, vu les dépositions des témoins du club de golf qui l'ont amené à étudier d'autres solutions fondées sur d'autres utilisations des terres. A-t-il eu raison de le faire?

Dans un certain sens, on peut dire qu'il a eu tort. La bande a autorisé un bail d'une certaine valeur qu'elle était prête à accepter, mais elle a obtenu un bail d'une valeur moindre. Alors, à première vue, la perte qu'elle a subie est la différence entre les deux. D'autre part, comment peut-on dire que le manquement aux obligations de fiduciaire a occasionné à la bande la perte d'un bail auquel le club n'aurait jamais consenti? Le problème en l'espèce semble en être un de causalité. Le manquement aux obligations de fiduciaire a certainement entraîné une perte pour la bande parce qu'elle est coincée avec un bail qui vaut beaucoup moins que

sured if not against the value of the lease they expected to get?

The learned trial judge reviewed the evidence adduced by experts as to what would have been a fair return from a golf club lease over the period from 1958 to the date of trial based on the capital value attributed to the land over that period by these experts. This method of assessment made it clear that the golf club lease actually entered into did not yield a fair return. The learned trial judge, however, rejected the concept that the Band's loss was the difference in value between a "fair and reasonable" lease and the actual lease. He said, at p. 435:

> My problem, unfortunately, is not whether the present golf club lease is reasonable or not. It is to determine the amount of loss suffered on the basis a golf course lease would probably not have been entered into. I have outlined the evidence, on this one aspect of value, merely to illustrate, among other things, the remarkable increase in value of this and other land since 1957 and 1958. [Emphasis added.]

In other words, just as he had found that the lease the Band wanted would not have been entered into and therefore the value of that lease could not be used in assessing the Band's damages, he likewise found that no golf club lease would have been entered into, presumably on the basis that a so-called "fair" lease could not have been obtained. The value of the land in 1957 and 1958 and its increase in value subsequently made use as a golf course uneconomic.

The trial judge therefore moved to other potential uses and concluded on the evidence that the 162 acres would at some point of time have been successfully marketed as pre-paid ninety-nine-year leasehold lots for residential development. He found, however, that such a development would not have got underway for some years following the date of the golf club lease. Time would have been required for planning, for tenders and for negotiation. Moreover, development might have

celui pour lequel elle a cédé ses terres. Mais en fonction de quoi faut-il évaluer sa perte si ce n'est en fonction de la valeur du bail qu'elle s'attendait d'obtenir?

Le savant juge de première instance a étudié les témoignages présentés par des experts sur ce qui aurait constitué un rendement raisonnable d'un bail de club de golf depuis 1958 jusqu'à la date du procès, en fonction de la valeur en capital que ces experts ont attribuée aux terres pour cette période. Cette méthode d'évaluation révèle clairement que le bail du club de golf réellement intervenu n'a pas produit un rendement raisonnable. Le savant juge de première instance a toutefois rejeté l'idée que la perte subie par la bande équivalait à la différence de valeur entre un bail «juste et raisonnable» et le bail réellement consenti. Il a affirmé, à la p. 435:

> Malheureusement, il ne s'agit pas de savoir si le bail du club de golf en vigueur est raisonnable ou non, mais bien de connaître l'ampleur de la perte subie, compte tenu que le bail du club de golf n'aurait probablement pas été conclu. J'ai résumé la preuve administrée à ce sujet de la valeur uniquement pour illustrer, entre autres choses, la hausse considérable du prix des terrains, celui en cause comme les autres, depuis 1957 et 1958. [C'est moi qui souligne.]

En d'autres termes, tout comme il a conclu que le bail que la bande souhaitait obtenir n'aurait pas été conclu et qu'en conséquence sa valeur ne pouvait servir à évaluer les dommages subis par la bande, il a également conclu que le bail du club de golf n'aurait pas été conclu, probablement en raison de l'impossibilité d'obtenir un bail soi-disant «raisonnable». La valeur du bien-fonds en 1957 et 1958 et l'augmentation de sa valeur par la suite en ont rendu l'utilisation comme terrain de golf peu rentable.

Le juge de première instance a donc considéré d'autres utilisations possibles et conclu, d'après la preuve, que les 162 acres de terrain auraient pu, à un moment donné, être avantageusement mis sur le marché, lotis et loués pour quatre-vingt-dix-neuf ans d'avance, à des fins d'aménagement résidentiel. Il a toutefois conclu qu'un tel aménagement ne se serait réalisé que quelques années après la conclusion du bail avec le club de golf. Il aurait fallu du temps pour procéder à la planification,

been slow at first. However, based on the evidence before him as to economic, business and population trends, real estate values, housing accommodation demand and raw land shortages over the period 1958 to 1973, he concluded that the area would probably have been well on the way to full development on a residential, leasehold basis by 1968 to 1971. He noted in passing that this type of development had taken place on other parts of the reserve and he made due allowance for the fact that those developments were probably assisted by the presence of the golf course.

Based then on the possibility that this type of development might have taken place on the 162 acres and applying the anticipated return from such development against the return from the golf club lease, the learned trial judge came up with a global assessment of $10 million. He acknowledged that this figure could not be mathematically documented but stated, at p. 441, that it was "a considered reaction based on the evidence, the opinions, the arguments and, in the end, my conclusions of fact". However, he did go on to set out the various factors and contingencies that he had taken into account in reaching his assessment. He did not allocate percentages to these contingencies.

It seems to me that what the trial judge was doing once he rejected the value of a golf club lease (either the one the Band authorized or one which could be described objectively as "fair") as the value against which the Band's loss was to be measured was to put a value as of the date of trial on the Band's lost opportunity to develop the land for residential purposes and assess the Band's damages in terms of the difference between that figure and the value of the golf club lease. Is this a proper approach to compensation for breach of trust?

The Crown submits that it is not. It points out that the Band was prepared to settle for a golf club lease and the lease it obtained was the best golf

aux appels d'offres et aux négociations. De plus l'aménagement aurait pu démarrer lentement. Toutefois, compte tenu des témoignages qui lui ont été soumis relativement aux tendances économiques, commerciales et démographiques, aux valeurs immobilières, à la demande de logements et à la rareté des terrains pendant la période de 1958 à 1973, il a conclu que le secteur aurait probablement été sur la voie du lotissement complet, pour location résidentielle à long terme, entre 1968 et 1971. Il a souligné, au passage, que ce genre d'aménagement a eu lieu dans d'autres parties de la réserve et il a dûment pris en considération le fait que la présence du terrain de golf a probablement concouru à ces aménagements.

Après avoir pris en considération le fait que ce genre d'aménagement aurait pu avoir lieu sur les 162 acres de terrain et après avoir comparé le rendement anticipé d'un tel aménagement avec le rendement du bail du club de golf, le savant juge de première instance est alors arrivé à une évaluation globale de 10 millions de dollars. Il a reconnu qu'on ne pouvait étayer ce chiffre de façon mathématique, mais il a affirmé, à la p. 441, que c'était «une réaction éduquée, fondée sur la preuve administrée, les opinions fournies, les moyens soulevés et, finalement, mes conclusions quant aux faits». Il a toutefois énoncé les divers facteurs et éventualités dont il avait tenu compte pour arriver à son évaluation. Il n'a attribué aucun pourcentage à ces éventualités.

Après avoir rejeté la valeur d'un bail de club de golf (soit celui que la bande avait autorisé ou celui qu'on peut objectivement qualifier de «raisonnable») comme norme servant à établir l'étendue de la perte de la bande, le juge de première instance a, me semble-t-il, déterminé la valeur, à la date du procès, de l'occasion ratée par la bande d'aménager les terres à des fins résidentielles et évalué les dommages subis par la bande en fonction de la différence entre ce chiffre et la valeur du bail consenti au club de golf. Est-ce une façon appropriée d'aborder l'indemnisation pour manquement aux obligations de fiduciaire?

Sa Majesté prétend que non. Elle souligne que la bande était prête à s'accommoder d'un bail de club de golf et que le bail qu'elle a obtenu était le

club lease available in 1958. The Band therefore suffered no loss. It seems to me, however, that this completely overlooks the terms of the trust and the failure of the Crown to return to the Band and tell them that those terms were not available. At that point the Band might well have abandoned the idea of a golf club lease entirely and canvassed other options. I do not think that that reality can be ignored. What the Crown did, therefore, was to commit the Band to an unauthorized long-term lease which deprived it of the opportunity to use the land for any other purpose. I do not think it is open to the Crown to say: "You wanted a golf club lease and you got one: your only loss arises from the fact that you didn't get as good a one as you wanted".

The position at common law concerning damages for breach of trust and, in particular, the difference between the principles in trust law from those applicable in tort and contract, are well summarized in the following passages from Mr. Justice Street's judgment in the Australian case of *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399, at pp. 404-06:

> The obligation of a defaulting trustee is essentially one of effecting a restitution to the estate. The obligation is of a personal character and its extent is not to be limited by common law principles governing remoteness of damage.
>
> . . .
>
> *Caffrey* v. *Darby* (1801) 6 Ves. Jun. 488; 31 E.R. 1159 is consistent with the proposition that if a breach has been committed then the trustee is liable to place the trust estate in the same position as it would have been in if no breach had been committed. Considerations of causation, foreseeability and remoteness do not readily enter into the matter.
>
> . . .
>
> The principles embodied in this approach do not appear to involve any inquiry as to whether the loss was caused by or flowed from the breach. Rather the inquiry in each instance would appear to be whether the loss would have happened if there had been no breach.
>
> . . .

meilleur bail de club de golf qu'elle pouvait obtenir en 1958. La bande n'a donc subi aucune perte. Il me semble cependant que cela revient à ignorer complètement les conditions de la fiducie et l'omission de Sa Majesté de retourner devant la bande pour l'informer que ces conditions étaient impossibles à obtenir. À ce moment, la bande aurait bien pu abandonner complètement l'idée d'un bail de club de golf et examiner d'autres possibilités. Je ne crois pas qu'on puisse ne pas tenir compte de cette réalité. Sa Majesté a donc lié la bande par un bail à long terme auquel cette dernière n'a pas consenti et qui lui a enlevé la possibilité d'utiliser les terres à d'autres fins. Je ne crois pas qu'il est loisible à Sa Majesté de dire: «Vous vous vouliez un bail de club de golf, vous en avez un: la seule perte que vous subissez tient au fait que vous n'en avez pas obtenu un aussi avantageux que celui que vous vouliez».

La situation en *common law* quant aux dommages-intérêts à accorder pour un manquement aux obligations de fiduciaire et, plus particulièrement, la différence entre les principes applicables en droit des fiducies et ceux applicables en matière délictuelle et contractuelle sont bien résumées dans les extraits suivants des motifs rendus par le juge Street dans la décision australienne *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399, aux pp. 404 à 406:

> [TRADUCTION] L'obligation d'un fiduciaire en défaut consiste essentiellement à effectuer une restitution au patrimoine. L'obligation est de nature personnelle et son étendue n'est pas limitée par les principes de *common law* applicables aux dommages indirects.
>
> . . .
>
> L'arrêt *Caffrey* v. *Darby* (1801) 6 Ves. Jun. 488; 31 E.R. 1159, est compatible avec la proposition portant que s'il y a eu manquement, alors le fiduciaire est tenu de remettre le patrimoine administré dans l'état où il aurait été en l'absence de manquement. Les considérations de causalité et de prévisibilité n'entrent pas aisément en ligne de compte.
>
> . . .
>
> Les principes compris dans cette façon de voir ne semblent pas soulever la question de savoir si la perte a été causée par le manquement ou si elle en découle. Il semblerait plutôt qu'il faille, dans chaque cas, déterminer si la perte se serait produite s'il n'y avait pas eu de manquement.
>
> . . .

The cases to which I have referred demonstrate that the obligation to make restitution, which courts of equity have from very early times imposed on defaulting trustees and other fiduciaries, is of a more absolute nature than the common-law obligation to pay damages for tort or breach of contract. It is on this fundamental ground that I regard the principles in *Tomkinson's* case [*Tomkinson* v. *First Pennsylvania Banking and Trust Co.* [1961] A.C. 1007] as distinguishable. Moreover the distinction between common-law damages and relief against a defaulting trustee is strikingly demonstrated by reference to the actual form of relief granted in equity in respect of breaches of trust. The form of relief is couched in terms appropriate to require the defaulting trustee to restore to the estate the assets of which he deprived it. Increases in market values between the date of breach and the date of recoupment are for the trustee's account; the effect of such increases would, at common law, be excluded from the computation of damages but in equity a defaulting trustee must make good the loss by restoring to the estate the assets of which he deprived it notwithstanding that market values may have increased in the meantime. The obligation to restore to the estate the assets of which he deprived it necessarily connotes that, where a monetary compensation is to be paid in lieu of restoring assets, that compensation is to be assessed by reference to the value of the assets at the date of restoration and not at the date of deprivation. In this sense the obligation is a continuing one and ordinarily, if the assets are for some reason not restored in specie, it will fall for quantification at the date when recoupment is to be effected, and not before.

Les décisions que j'ai mentionnées démontrent que l'obligation de restituer, que les tribunaux d'*equity* ont depuis le tout début imposée aux fiduciaires en défaut et aux autres fiduciaires, est une obligation de nature plus absolue que l'obligation de *common law* de payer des dommages-intérêts pour un délit ou une inexécution de contrat. Pour ce motif fondamental, je considère qu'on peut faire la distinction avec les principes énoncés dans l'arrêt *Tomkinson* [*Tomkinson* v. *First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007]. De plus la distinction entre les dommages-intérêts de *common law* et le redressement imposé aux fiduciaires en défaut ressort très nettement de la forme de redressement accordée en *equity* pour les manquements aux obligations de fiduciaire. La forme de redressement est formulée en termes suffisants pour exiger du fiduciaire en défaut qu'il restitue au patrimoine administré les biens dont il l'a privé. Les augmentations de la valeur marchande depuis le moment du manquement jusqu'à la date de la restitution sont à la charge du fiduciaire; en *common law*, l'effet de telles augmentations serait exclu du calcul des dommages-intérêts, mais en *equity* le fiduciaire en défaut doit compenser la perte en restituant au patrimoine les biens dont il l'a privé même si leur valeur marchande peut avoir augmenté dans l'intervalle. L'obligation de restituer au patrimoine les biens dont il l'a privé sous-entend nécessairement que, si une indemnité pécuniaire doit être versée au lieu de restituer des biens, cette indemnité doit être évaluée en fonction de la valeur des biens au moment de la restitution et non au moment de leur perte. En ce sens, l'obligation est permanente et, d'ordinaire, si pour une raison quelconque les biens ne sont pas restitués en nature, leur évaluation se fait en fonction du moment où la restitution doit être effectuée et pas avant.

The reasoning which the House of Lords adopted in *Tomkinson's* case proceeds upon the basis that damages at common law are ordinarily not affected by subsequent fluctuations in currency exchange rates any more than ordinarily they are affected by subsequent fluctuations in market values. This reasoning is not available in a claim against a defaulting trustee as his obligation has always been regarded as tantamount to an obligation to effect restitution in specie; such an obligation must necessarily be measured in the light of market fluctuations since the breach of trust; and in my view it must also necessarily be affected, where relevant, by currency fluctuations since the breach. [Emphasis added.]

Le raisonnement adopté par la Chambre des lords dans l'arrêt *Tomkinson* tient pour acquis qu'en *common law*, ordinairement, ni les fluctuations subséquentes des taux de change ni celles de la valeur marchande n'influent sur les dommages-intérêts. Ce raisonnement ne s'applique pas à une réclamation contre un fiduciaire en défaut parce que son obligation a toujours été considérée comme équivalant à l'obligation de restituer en nature; une telle obligation doit nécessairement s'évaluer en fonction des fluctuations du marché depuis le manquement aux obligations de fiduciaire; et à mon sens, elle doit nécessairement être modifiée par les fluctuations de monnaie depuis le manquement aux obligations de fiduciaire, s'il y a lieu. [C'est moi qui souligne.]

This statement of the law has been cited with approval in *Underhill's Law of Trusts and Trus-*

Cet énoncé de la règle applicable a été cité et approuvé dans *Underhill's Law of Trusts and*

tees (13th ed. 1979), at pp. 702-03, and was also recently adopted by Brightman L.J. in *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92 (Ch.), at p. 93: see also Waters, *Law of Trusts in Canada* (1974), at pp. 843-45.

In this case the Band surrendered the land to the Crown for lease on certain specified terms. The trial judge found as a fact that such a lease was impossible to obtain. The Crown's duty at that point was to go back to the Band, consult with it, and obtain further instructions. Instead of doing that it went ahead and leased the land on unauthorized terms. In my view it thereby committed a breach of trust and damages are to be assessed on the basis of the principles enunciated by Mr. Justice Street. The lost opportunity to develop the land for a period of up to seventy-five years in duration is to be compensated as at the date of trial notwithstanding that market values may have increased since the date of breach. The beneficiary gets the benefit of any such increase. It seems to me that there is no merit in the Crown's submission that "if a trustee is under a duty to alienate land by lease or otherwise, the date to assess compensation for breach of that duty is the date when the alienation should have taken place not the date of trial or judgment". Since the lease that was authorized by the Band was impossible to obtain, the Crown's breach of duty in this case was not in failing to lease the land, but in leasing it when it could not lease it on the terms approved by the Band. The Band was thereby deprived of its land and any use to which it might have wanted to put it. Just as it is to be presumed that a beneficiary would have wished to sell his securities at the highest price available during the period they were wrongfully withheld from him by the trustee (see *McNeil v. Fultz* (1906), 38 S.C.R. 198,) so also it should be presumed that the Band would have wished to develop its land in the most advantageous way possible during the period covered by the unauthorized lease. In this respect also the principles applicable to determine damages for breach of trust are to be contrasted with the principles applicable to determine damages for breach of contract. In contract it would have been necessary for the Band to prove that it would have

Trustees (13e éd. 1979), aux pp. 702 et 703, et il a aussi été adopté récemment par le lord juge Brightman dans l'arrêt *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92 (Ch.), à la p. 93: voir également Waters, *Law of Trusts in Canada* (1974), aux pp. 843 à 845.

En l'espèce, la bande a cédé les terres à Sa Majesté pour qu'elle les loue à des conditions précises. Le juge de première instance a conclu qu'en réalité un tel bail était impossible à obtenir. Sa Majesté aurait dû, à ce moment-là, retourner devant la bande, la consulter et obtenir d'autres directives. Plutôt que de le faire, elle est allée de l'avant et a loué les terres à des conditions non autorisées. À mon avis, elle a, de ce fait, manqué à ses obligations de fiduciaire et les dommages-intérêts doivent être évalués en fonction des principes énoncés par le juge Street. La perte de possibilité d'aménager les terres pendant une période allant jusqu'à soixante-quinze ans doit être compensée selon sa valeur à la date du procès même si la valeur marchande a pu augmenter depuis la date du manquement. Les bénéficiaires profitent d'une telle augmentation. Je considère non fondé l'argument de Sa Majesté selon lequel [TRADUCTION] «si un fiduciaire a l'obligation de céder des terres par bail ou autrement, la date à considérer pour évaluer l'indemnisation d'un manquement à cette obligation est celle où la cession aurait dû avoir lieu et non celle du procès ou du jugement». Puisque le bail autorisé par la bande était impossible à obtenir, le manquement de Sa Majesté à ses obligations en l'espèce n'est pas de ne pas avoir loué les terres, mais de les avoir louées alors qu'elle ne pouvait pas le faire aux conditions approuvées par la bande. La bande a ainsi été privée de ses terres et de toute utilisation qu'elle aurait pu vouloir en faire. Tout comme il faut présumer qu'un bénéficiaire aurait voulu vendre ses valeurs mobilières au meilleur prix possible pendant la période où le fiduciaire les détenait illégitimement (voir *McNeil v. Fultz* (1906), 38 R.C.S. 198), de même il faut présumer que la bande aurait voulu aménager ses terres de la façon la plus avantageuse possible pendant la période visée par le bail non autorisé. À cet égard aussi, les principes applicables à la détermination des dommages-intérêts pour le manquement à des obligations de fiduciaire

developed the land; in equity a presumption is made to that effect: see Waters, *Law of Trusts in Canada*, at p. 845.

I cannot find that the learned trial judge committed any error in principle in approaching the damage issue on the basis of a lost opportunity for residential development. It was urged upon us by counsel for the Band that the $10 million figure was inordinately low because the learned trial judge took into consideration the contingency that the golf club would decide to exercise its right to terminate the lease which it could do at any time. Counsel for the Band submitted that there was no evidence to suggest that the golf club would terminate the lease before the year 2033 and that indeed there was evidence to the contrary. The golf club had only recently expended $750,000 on capital improvements. There was no other land available in Vancouver to which the golf club could move. Even if there were, relocation would require the golf club to spend substantial amounts of money in creating a new golf course quite apart from the cost of acquisition of the land.

Be that as it may, I do not think it is the function of this Court to interfere with the *quantum* of damages awarded by the trial judge if no error in principle in determining the measure of damages has been demonstrated. The trial judge was entitled to treat the termination of the lease by the club as a contingency tending towards diminution of the Band's damages and it is not for this Court to substitute the value it would have put upon that contingency for his. I would not, therefore, interfere with the *quantum*. The trial judge's task was not an easy one but I think he "did the best he could": (see *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267, at pp. 279-80).

doivent être différenciés de ceux applicables à la détermination des dommages-intérêts pour l'inexécution d'un contrat. En droit des contrats, la bande aurait dû prouver qu'elle aurait aménagé les terres; en *equity*, il y a présomption qu'elle l'aurait fait: voir Waters, *Law of Trusts in Canada*, à la p. 845.

Je ne puis conclure que le savant juge de première instance a commis une erreur de principe quelconque en abordant la question des dommages-intérêts en fonction de la perte de la possibilité de procéder à un aménagement résidentiel. Les avocats de la bande ont insisté devant nous sur le fait que le chiffre de 10 millions de dollars était excessivement bas parce que le savant juge de première instance a tenu compte de la possibilité que le club de golf décide d'exercer son droit de résilier le bail, ce qu'il pouvait faire n'importe quand. Les avocats de la bande ont soutenu qu'aucun élément de preuve ne laissait supposer que le club de golf résilierait le bail avant l'an 2033 et qu'en réalité des éléments de preuve indiquaient le contraire. Ce n'est que récemment que le club de golf a dépensé 750 000 $ pour des améliorations au bien-fonds. Il n'y avait pas d'autres terrains disponibles dans Vancouver où le club de golf pourrait s'installer. Même s'il y en avait, le club de golf devrait dépenser des sommes importantes pour aménager ailleurs un nouveau parcours, sans compter le coût d'acquisition des terrains.

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas qu'il appartienne à cette Cour de modifier le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance si on n'a pas démontré l'existence d'une erreur de principe dans leur évaluation. Le juge de première instance pouvait considérer la résiliation du bail par le club comme une éventualité militant en faveur d'une diminution des dommages-intérêts de la bande et il n'appartient pas à cette Cour de substituer la valeur qu'elle aurait attribuée à cette éventualité à celle qu'il lui a accordée. En conséquence, je suis d'avis de ne pas modifier le montant des dommages-intérêts. La tâche du juge de première instance n'était pas facile, mais je crois qu'il a «agi de son mieux»: (voir *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267, aux pp. 279 et 280).

7. Punitive Damages, Interest and Costs

The Court advised Crown counsel at the hearing of the appeal that it was not necessary to hear from him on the subject of punitive damages. That claim falls on the same grounds as the claim for damages in deceit.

I would not interfere with the trial judge's refusal to award pre-judgment interest. The award was made for breach of trust not tort. Section 3(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, has therefore no application. Moreover, damages were assessed as of the date of trial and took the form of a global award.

The trial judge committed no error in awarding post-judgment interest at the statutory rate. I would not interfere with the discretion he exercised in relation to costs.

Disposition

For the reasons given, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and re-instate the judgment of the learned trial judge. I would award the appellants their costs both here and in the Federal Court of Appeal.

The judgment of Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—The question is whether the appellants, the Chief and Councillors of the Musqueam Indian Band, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Band, are entitled to recover damages from the federal Crown in respect of the leasing to a golf club of land on the Musqueam Indian Reserve. Collier J., of the Trial Division of the Federal Court, declared that the Crown was in breach of trust. He assessed damages at $10,000,000. The Federal Court of Appeal allowed a Crown appeal, set aside the judgment of the Trial Division and dismissed the action.

7. Dommages-intérêts punitifs, intérêts et dépens

La Cour a informé l'avocat de Sa Majesté à l'audition du pourvoi qu'il n'était pas nécessaire de l'entendre à propos des dommages-intérêts punitifs. Cette réclamation est rejetée pour les mêmes motifs qu'est rejetée la réclamation de dommages-intérêts pour tromperie.

Je suis d'avis de ne pas modifier le refus du juge de première instance d'adjuger des intérêts avant jugement. L'adjudication est faite pour un manquement aux obligations de fiduciaire et non pour un délit civil. Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, chap. C-38, ne s'applique donc pas. De plus, les dommages ont été évalués en fonction de la date du procès et ont pris la forme d'une somme globale.

Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en adjugeant des intérêts après jugement au taux légal. Je suis d'avis de ne pas toucher aux dépens fixés par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du savant juge de première instance. Je suis d'avis d'adjuger aux appelants leurs dépens tant en cette Cour qu'en Cour d'appel fédérale.

Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—La question en litige est de savoir si les appelants, le chef et les conseillers de la bande indienne Musqueam, en leur nom personnel et au nom de tous les autres membres de la bande, peuvent obtenir de Sa Majesté du chef du Canada des dommages-intérêts concernant la location à un club de golf de terres situées dans la réserve indienne Musqueam. Le juge Collier de la Division de première instance de la Cour fédérale a déclaré que Sa Majesté avait manqué à ses obligations de fiduciaire et a accordé des dommages-intérêts de 10 millions de dollars. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par Sa Majesté, infirmé la décision de la Division de première instance et rejeté l'action.

I General

Before adverting to the facts, reference should be made to several of the relevant sections of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, as amended. Section 18(1) provides in part that reserves shall be held by Her Majesty for the use of the respective Indian Bands for which they were set apart. Generally, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the Band for whose use and benefit in common the reserve was set apart (s. 37). A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional (s. 38(2)). To be valid, a surrender must be made to Her Majesty, assented to by a majority of the electors of the Band, and accepted by the Governor in Council (s. 39(1)).

The gist of the present action is a claim that the federal Crown was in breach of its trust obligations in respect of the leasing of approximately 162 acres of reserve land to the Shaughnessy Heights Golf Club of Vancouver. The Band alleged that a number of the terms and conditions of the lease were different from those disclosed to them before the surrender vote and that some of the lease terms were not disclosed to them at all. The Band also claimed failure on the part of the federal Crown to exercise the requisite degree of care and management as a trustee.

II The Facts

The Crown does not attack the findings of fact made by the trial judge. The Crown simply says that on those facts no cause of action has been made out. The following summary of the facts derives directly from the judgment at trial. Musqueam Indian Reserve (No. 2) in 1955 contained 416.53 acres, situated within the charter area of the City of Vancouver. The Indian Affairs Branch recognized that the reserve was a valuable one, "the most potentially valuable 400 acres in metropolitan Vancouver today". In 1956 the Shaughnessy Heights Golf Club was interested in obtaining land on the Musqueam Reserve. There were others interested in developing the land,

I Considérations d'ordre général

Avant d'aborder les faits, mentionnons quelques articles pertinents de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, chap. 149, et ses modifications. Le paragraphe 18(1) dispose notamment que Sa Majesté détient des réserves à l'usage des bandes indiennes respectives pour lesquelles elles ont été mises de côté. De manière générale, les terres d'une réserve ne doivent être vendues, aliénées ou louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté (art. 37). Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition (par. 38(2)). Pour être valide, une cession doit être faite à Sa Majesté, sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande et acceptée par le gouverneur en conseil (par. 39(1)).

On allègue essentiellement en l'espèce que Sa Majesté a manqué à ses obligations de fiduciaire en louant au Shaughnessy Heights Golf Club de Vancouver environ 162 acres de terre de la réserve. La bande fait valoir qu'un certain nombre de conditions du bail sont différentes de celles qui lui ont été révélées avant le vote sur la cession et que certaines ne lui ont même pas été divulguées. De plus, la bande reproche à Sa Majesté de ne pas avoir fait preuve de la diligence et de la prudence requises d'un fiduciaire.

II Les faits

Sa Majesté ne conteste pas les conclusions de fait du juge de première instance. Elle prétend simplement que ces faits n'établissent pas une cause d'action. Le résumé des faits qui suit s'inspire directement des motifs du jugement de première instance. En 1955, la réserve indienne Musqueam (nº 2) avait une superficie de 416,53 acres situés dans les limites de la ville de Vancouver. La direction des Affaires indiennes reconnaissait la valeur de la réserve; elle estimait en fait qu'il s'agissait des [TRADUCTION] «400 acres ayant, potentiellement, la plus grande valeur dans le grand Vancouver d'aujourd'hui». En 1956, le Shaughnessy Heights Golf Club était intéressé à

although the Band was never told of the proposals for development.

On April 4, 1957, the President of the golf club wrote to Mr. Anfield, District Superintendent of the Indian Affairs Branch, setting forth a proposal for the lease of 160 acres of the Indian Reserve, the relevant terms of which were as follows:

1. The club was to have the right to construct on the leased area a golf course and country club and such other buildings and facilities as it considered appropriate for its membership.

2. The initial term of the lease was to be for fifteen years commencing May 1, 1957, with the club to have options to extend the term for four successive periods of fifteen years each, giving a maximum term of seventy-five years.

3. The rental for the first fifteen year term was to be $25,000 per annum.

4. The rental for each successive fifteen year period was to be determined by mutual agreement between the Department and the club and failing agreement, by arbitration, but the rental for any of the fifteen year renewal periods was in no event to be increased or decreased by over that payable for the preceding fifteen year period by more than 15% of the initial rent.

5. At any time during the term of the lease, and for a period of up to six months after termination, the club was to have the right to remove any buildings and other structures it had constructed or placed upon the leased area, and any course improvements and facilities.

On April 7, 1957 a Band Council meeting was held. Mr. Anfield presided. The trial judge accepted evidence on behalf of the plaintiffs that not all of the terms of the Shaughnessy proposal were put before the Band Council at the meeting. William Guerin, a Councillor, said copies of the proposal were not given to them; he did not recall any mention of $25,000 per year for rental; he described it as a vague general presentation with reference to fifteen-year periods. Chief Edward Sparrow said he did not recall the golf club proposal being read out in full. At the meeting the Band Council passed a resolution which the trial

obtenir des terres sur la réserve Musqueam. D'autres parties étaient intéressées à aménager ces terres, mais la bande n'a jamais été mise au courant de ces projets d'aménagement.

Le 4 avril 1957, le président du club de golf a soumis, dans une lettre à M. Anfield, le surintendant de district de la direction des Affaires indiennes, une offre de location de 160 acres de la réserve indienne, dont les conditions pertinentes sont les suivantes:

[TRADUCTION] 1. Le club aurait le droit d'aménager sur le terrain loué un terrain de golf, des locaux et les autres bâtiments et installations qu'il jugerait appropriés pour ses membres.

2. La durée initiale du bail serait de quinze ans à compter du 1er mai 1957, mais le club pourrait opter pour quatre reconductions de quinze ans chacune, soit une durée globale de soixante-quinze ans.

3. Le loyer pour les premiers quinze ans serait de 25 000 $ l'an.

4. Le loyer pour chaque reconduction de quinze ans serait fixé de gré à gré entre le Ministère et le club ou, à défaut d'accord, par arbitrage, mais ce loyer, pour toute reconduction de quinze ans, ne serait en aucun cas haussé ou abaissé par rapport aux précédents quinze ans, de plus de 15 % du loyer initial.

5. À tout moment au cours du bail, et jusqu'à six mois après l'arrivée du terme définitif, le club conserverait le droit d'enlever tout bâtiment et autre structure construits ou érigés par lui sur la superficie louée ainsi que toute amélioration et autres installations.

Le 7 avril 1957, le Conseil de la bande s'est réuni sous la présidence de M. Anfield. Le juge de première instance a retenu la preuve administrée par les demandeurs, qui tendait à démontrer que toutes les conditions de l'offre Shaughnessy n'ont pas été soumises au Conseil de la bande au cours de cette réunion. William Guerin, un membre du Conseil, a affirmé qu'aucune copie de l'offre ne leur a été transmise. Il ne se souvenait pas qu'on ait mentionné un loyer de 25 000 $ l'an. Il a décrit la réunion comme une présentation vague et générale où il était question de périodes de quinze ans. Le chef Edward Sparrow a dit ne pas se rappeler que l'offre du club de golf ait été lue en entier. Au cours de la réunion, le Conseil de la bande a

judge presumed to have been drawn up by Mr. Anfield. The relevant part of the resolution reads:

That we do approve the leasing of unrequired lands on our Musqueam I.R. 2 and that in connection with the application of the Shaughnessy Golf Club, we do approve the submission to our Musqueam Band of surrender documents for leasing 160 acres approximately as generally outlined on the McGuigan survey in red pencil.

These events followed the Band Council meeting:

(a) Mr. Bethune, Superintendent of Reserves and Trusts of the Indian Affairs Branch, in Ottawa, questioned the adequacy of the $25,000 annual rental for the first fifteen years. At an investment return of 5 to 6 per cent, the annual rental value would be between $40,000 and $48,000 per year for the first fifteen years. The golf club proposal meant an investment return of approximately 3 per cent. Mr. Bethune suggested that the opinion of Mr. Alfred Howell be obtained. Mr. Howell, with the *Veterans Land Act* administration, had earlier made an appraisal of the reserve lands at the request of the Indian Affairs Branch.

(b) On May 16, 1957 Mr. Anfield wrote Mr. Howell asking for the latter's opinion as to whether the $25,000 per year rental for the first fifteen years was "just and equitable". Mr. Howell was not given all the details of the Shaughnessy proposal. He was not told that rent increases would be limited to 15 per cent. Nor was he made aware that the golf club proposed to have the right to remove any buildings or improvements.

(c) In this reply to Mr. Anfield, Mr. Howell expressed the view that a seventy-five-year lease, adjustable over fifteen years and made with a financially sound tenant, eliminated any risk factor. On that basis he felt the then government bond rate of 3.75 per cent was the most that could be expected.

adopté une résolution qui, a présumé le juge de première instance, avait été rédigée par M. Anfield. La partie de cette résolution qui nous intéresse est la suivante:

[TRADUCTION] Que nous approuvons la location des terrains non requis de notre réserve indienne Musqueam nº 2 et, au sujet de la demande du club de golf Shaughnessy, que nous approuvons la soumission à notre bande indienne Musqueam d'actes de cession pour la location de 160 acres environ tels que délimités, grosso modo, par l'arpentage McGuigan au crayon rouge . . .

À la suite de la réunion du Conseil de la bande, les événements suivants se sont produits:

a) M. Bethune, le surintendant des Réserves et des Fidéicommis de la direction des Affaires indiennes à Ottawa, a douté du bien-fondé d'un loyer annuel de 25 000 $ pour les premiers quinze ans. Pour un rendement de 5 à 6 pour 100, la valeur locative se situerait entre 40 000 $ et 48 000 $ l'an pour les premiers quinze ans. L'offre du club de golf signifiait un rendement d'environ 3 pour 100 de l'investissement. Bethune a proposé de consulter M. Alfred Howell. Ce dernier faisait partie de l'Office de l'établissement agricole des anciens combattants et avait déjà procédé à l'évaluation des terres de la réserve à la demande de la direction des Affaires indiennes.

b) Le 16 mai 1957, M. Anfield a écrit à M. Howell afin de lui demander si, à son avis, les loyers de 25 000 $ l'an pour les premiers quinze ans étaient [TRADUCTION] «justes et équitables». Toutefois, on n'a pas communiqué à M. Howell tous les détails de l'offre de Shaughnessy. On ne lui a pas dit que les augmentations de loyer seraient limitées à 15 pour 100. On ne lui a pas dit non plus que le club de golf voulait obtenir le droit d'enlever tout bâtiment ou toute amélioration.

c) Dans sa réponse à M. Anfield, M. Howell a exprimé l'avis qu'un bail de soixante-quinze ans, modifiable tous les quinze ans, conclu avec un locataire solvable, éliminait tout facteur de risque. En ce cas, selon M. Howell, le taux des obligations gouvernementales qui était alors de 3,75 pour 100 était le meilleur que l'on pouvait s'attendre à obtenir.

At trial Mr. Howell said that if he had known the improvements would not revert to the Band, he would have recommended a rate of return of 4 to 6 per cent. He expressed shock at the 15 per cent clause. He had assumed that at the end of the initial term the rental could be renegotiated on the basis of "highest and best use" without any limitation on rental increase.

(d) On September 27, 1957 a Band Council meeting was held at the reserve, attended by members of the Band Council, Mr. Anfield, two other officials of the Department of Indian Affairs and representatives of the golf club. Chief Sparrow stipulated for 5 per cent income on the value of 162 acres, amounting to $44,000 per annum. The golf club people balked. They were asked to step outside while the Band Council and the Indian Affairs personnel had a private discussion. Mr. Anfield said the demand of $44,000 was unreasonable. Eventually, the Band Council reluctantly agreed to a figure of $29,000. William Guerin testified the Councillors agreed to $29,000 because they understood the first lease period was to be ten years; subsequent rental negotiations would be every five years; and the Band Council felt it could negotiate for 5 per cent of the subsequent values.

Mr. Grant, officer in charge of the Vancouver agency of the Department of Indian Affairs, testified that there was "absolutely no question that the vote was for a specific lease to a specific tenant on specific terms" and that the Band did not give Mr. Anfield "authority to change things around".

(e) On October 6, 1957, a meeting of members of the Band was held at the reserve, the so-called "surrender meeting". The trial judge made these findings: (i) those present assumed or understood the golf club lease would be, aside from the first term, for ten-year periods, not fifteen years; (ii) those present assumed or understood there would be no 15 per cent limitation on rental increases;

Au procès, M. Howell a témoigné que, s'il avait su que les améliorations ne reviendraient pas à la bande, il aurait recommandé un taux de rendement de 4 à 6 pour 100. Il s'est dit choqué de la clause de 15 pour 100. Il avait présumé qu'à l'expiration de la période initiale, le loyer pourrait être renégocié en fonction du principe de «l'usage le plus rémunérateur et le plus rationnel», sans aucune restriction quant au montant de l'augmentation.

d) Le 27 septembre 1957, une réunion du Conseil de la bande a été tenue dans la réserve, à laquelle ont assisté des conseillers de la bande, M. Anfield, deux autres fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et des représentants du club de golf. Le chef Sparrow a demandé un rendement de 5 pour 100 de la valeur des 162 acres, soit 44 000 $ l'an. Les représentants du club de golf s'y sont opposés. On leur a demandé de quitter la salle pendant que le Conseil de la bande et le personnel des Affaires indiennes tenaient une discussion privée. M. Anfield a qualifié de déraisonnable les 44 000 $ demandés. Finalement, le Conseil de la bande a accepté à contrecoeur le chiffre de 29 000 $. Dans son témoignage, William Guerin a affirmé que les conseillers ont accepté ce chiffre de 29 000 $ parce qu'ils croyaient comprendre que la durée du premier bail serait de dix ans, que le loyer serait renégocié tous les cinq ans et que le Conseil de la bande pensait pouvoir obtenir un rendement de 5 pour 100 de la valeur subséquente des terrains.

M. Grant, le responsable de l'agence de Vancouver du ministère des Affaires indiennes, a témoigné qu'il était [TRADUCTION] «absolument certain que le vote concernait un bail précis, avec un locataire précis, à des conditions précises» et que la bande n'a pas donné à M. Anfield [TRADUCTION] «le pouvoir de changer les choses».

e) Le 6 octobre 1957, une assemblée des membres de la bande, dite «assemblée de la cession», a été tenue dans la réserve. Le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes: (i) ceux qui étaient présents ont présumé ou cru comprendre que le bail du club de golf serait, le premier terme excepté, d'une durée de dix ans, non de quinze; (ii) ceux qui étaient présents ont présumé ou cru com-

(iii) the meeting was not told that the golf club had proposed that it should have the right to remove any buildings, structures, course improvements and facilities.

The trial judge found further that two matters which subsequently found their way into the lease were not even put before the surrender meeting. They were not in the original golf club proposal. They first appeared in draft leases, after the meeting. The first of these terms was the method of determining future rents; failing mutual agreement, the matter was to be submitted to arbitration; the new rent would be the fair rent as if the land were still in an uncleared and unimproved condition and used as a golf club. The second term gave the golf club, but not the Crown, the right at the end of each fifteen-year period to terminate the lease on six month's prior notice. These two terms were not subsequently brought before the Band Council or the Band for comment or approval.

The surrender, which was approved by a vote of forty-one to two, gave the land in question to Her Majesty the Queen on the following terms:

TO HAVE AND TO HOLD the same unto Her said Majesty the Queen, her Heirs and Successors forever in trust to lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people.

AND upon the further condition that all moneys received from the leasing thereof, shall be credited to our revenue trust account at Ottawa.

AND WE, the said Chief and Councillors of the said Musqueam Band of Indians do on behalf of our people and for ourselves, hereby ratify and confirm, and promise to ratify and confirm, whatever the said Government may do, or cause to be lawfully done, in connection with the leasing thereof.

(f) On December 6, 1957 the surrender of the lands was accepted by the federal Crown by

prendre qu'il n'y aurait aucun plafonnement à 15 pour 100 des hausses de loyer; (iii) il n'a pas été divulgué à l'assemblée que le club de golf proposait d'avoir le droit d'enlever tout bâtiment, toute structure, toute amélioration et toutes installations y érigés.

Le juge de première instance a conclu en outre que deux conditions, incluses par la suite dans le bail, n'ont même pas été soumises à l'assemblée de la cession. Elles ne se trouvaient pas non plus dans l'offre initiale du club de golf. Elles sont apparues pour la première fois dans les projets de bail rédigés après l'assemblée. La première de ces conditions concernait la fixation de loyers futurs; à défaut d'accord, la question devrait être soumise à l'arbitrage; le nouveau loyer serait le juste loyer du terrain comme s'il était toujours non défriché et non amélioré et utilisé comme club de golf. La seconde condition accordait au club de golf, mais non à Sa Majesté, un droit de résiliation du bail au terme de chaque période de quinze ans moyennant un préavis de six mois. Ces deux conditions n'ont pas été, par la suite, soumises au Conseil de la bande ni à la bande elle-même pour obtenir ses commentaires ou son approbation.

La cession, approuvée par une majorité de quarante et une voix contre deux, a eu pour effet de transférer les terres en question à Sa Majesté la Reine aux conditions suivantes:

[TRADUCTION] CÉDÉ ledit bien-fonds à Sa Majesté la Reine, ses hoirs et successeurs, définitivement, en fiducie, pour location à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple.

ET à la condition supplémentaire que tous les loyers perçus pour cette location soient versés à notre crédit dans notre compte en fidéicommis à Ottawa.

ET nous, lesdits chef et conseillers de ladite bande indienne Musqueam, au nom de notre peuple et en notre nom propre, par la présente, avalisons et donnons notre agrément, et promettons d'avaliser et de consentir, à tout ce que ledit gouvernement pourra faire, ou verra à faire faire, licitement, au sujet de ladite location.

f) Le 6 décembre 1957, par le décret C.P. 1957-1606, Sa Majesté a accepté la cession «en vue de la

Order-in-Council P.C. 1957-1606, "in order that the lands covered thereby may be leased".

(g) On January 9, 1958, a Band Council meeting was held. A letter was read regarding the proposed golf club lease. The letter indicated the renewal periods were to be fifteen years instead of ten years. Chief Sparrow pointed out that the Band had demanded ten-year periods. William Guerin said the council members were "flabbergasted" to learn about the fifteen-year terms. Guerin testified the Band was told it was "stuck" with the fifteen-year terms. The Band Council then passed a resolution agreeing the first term should be fifteen years, but insisting the renewal periods be ten-year terms.

(h) The lease was signed January 22, 1958. It provided, *inter alia*:

1. The term is for 75 years, unless sooner terminated.

2. The rent for the first 15 years is $29,000 per annum.

3. For the 4 succeeding 15-year periods, annual rent is to be determined by mutual agreement, or failing such agreement, by arbitration

> ... such rent to be equal to the fair rent for the demised premises as if the same were still in an uncleared and unimproved condition [and used as a golf course.]

4. The maximum increase in rent for the second 15-year period (January 1, 1973 to January 1, 1988) is limited to 15% of $29,000, that is $4,350 per annum.

5. The golf club can terminate the lease at the end of any 15-year period by giving 6 months' prior notice.

6. The golf club can at any time during the lease and up to 6 months after termination, remove any buildings or other structures, and any course improvements and facilities.

The Band was not given a copy of the lease, and did not receive one until twelve years later, in March 1970.

(i) Mr. Grant testified that the terms of the lease ultimately entered into bore little resemblance to what was discussed at the surrender meeting. The judge agreed. He found that the majority of those

location d'une partie de la réserve indienne Musqueam n° 2».

g) Le 9 janvier 1958, il y a eu une réunion du Conseil de la bande. Lecture a été faite d'une lettre relative au bail qu'on projetait de consentir au club de golf. Cette lettre indiquait que les périodes de reconduction seraient de quinze ans au lieu de dix. Le chef Sparrow a fait remarquer que la bande avait demandé des périodes de reconduction de dix ans. William Guerin a affirmé que le Conseil avait été «abasourdi» d'apprendre que les périodes de reconduction seraient de quinze ans. Guerin a témoigné qu'on avait dit à la bande qu'elle était «prise» avec les périodes de reconduction de quinze ans. Le Conseil de la bande a alors adopté une résolution dans laquelle il acceptait que la première période soit de quinze ans, mais insistait pour que les périodes de reconduction soient de dix ans.

h) Le bail, qui a été signé le 22 janvier 1958, prévoit notamment:

1. La durée du bail est de 75 ans sauf résiliation antérieure.

2. Le loyer pour les premiers 15 ans est de 29 000 $ l'an.

3. Pour les 4 reconductions suivantes de 15 ans, le loyer annuel devra être fixé par accord mutuel ou, à défaut, par arbitrage

> ... ce loyer devant être égal au juste loyer des lieux fournis comme s'ils étaient toujours non défrichés et non améliorés [et utilisés comme terrain de golf.]

4. La hausse maximale du loyer pour les seconds 15 ans (du 1er janvier 1973 au 1er janvier 1988), est limitée à 15 % de 29 000 $, soit 4 350 $ l'an.

5. Le club de golf peut résilier le bail au terme de toute période de 15 ans en donnant un préavis de 6 mois.

6. Le club de golf peut, à tout moment en cours de bail, et jusqu'à 6 mois après l'arrivée de son terme, enlever tout bâtiment ou autre structure et toute amélioration et installation.

Ce n'est que douze ans plus tard, soit en mars 1970, que la bande a reçu copie du bail.

i) M. Grant a témoigné que les conditions du bail finalement conclu ne ressemblaient que fort peu à ce qui avait été débattu à l'assemblée de la cession. Le juge de première instance s'est dit d'accord

who voted on October 6, 1957 would not have assented to a surrender of the 162 acres if they had known all the terms of the lease of January 22, 1958.

III Assessment at Trial and on Appeal of the Legal Effects of the Facts as Found

The plaintiffs based their case on breach of trust. They asserted that the federal Crown was a trustee of the surrendered lands. The trial judge agreed.

The Crown attempted to argue that if there was a trust it was, at best, a "political trust", enforceable only in Parliament and not a "true trust", enforceable in the courts. This distinction was recognized in two leading English cases dealing with the position of the Crown as trustee: *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619.

In *Kinloch* Lord Selborne L.C. said at pp. 625-26:

> Now the words "in trust for" are quite consistent with, and indeed are the proper manner of expressing, every species of trust—a trust not only as regards those matters which are the proper subjects for an equitable jurisdiction to administer, but as respects higher matters, such as might take place between the Crown and public officers discharging, under the directions of the Crown, duties or functions belonging to the prerogative and to the authority of the Crown. In the lower sense they are matters within the jurisdiction of, and to be administered by, the ordinary Courts of Equity; in the higher sense they are not. What their sense is here, is the question to be determined, looking at the whole instrument and at its nature and effect.

Counsel for the Band objected to any argument on the "political trust" defence because the Crown had failed to plead it. Collier J. gave leave, on terms, to amend the defence to raise the point but the Crown chose not to take advantage of the opportunity to amend. Collier J. therefore refused to consider the point.

avec lui. Il a conclu que la majorité de ceux qui ont voté le 6 octobre 1957 n'auraient pas consenti à la cession des 162 acres s'ils avaient connu toutes les conditions du bail du 22 janvier 1958.

III L'appréciation faite en première instance et en appel des conséquences juridiques des conclusions de fait

Les demandeurs ont fondé leur action sur le manquement aux obligations de fiduciaire, en prétendant que Sa Majesté du chef du Canada était fiduciaire des terres cédées. Le juge de première instance a partagé ce point de vue.

Sa Majesté a tenté de faire valoir que s'il y avait fiducie, il s'agissait tout au plus d'une «fiducie politique» dont l'exécution relevait exclusivement du législateur, et non pas d'une «fiducie au sens strict» exécutoire en justice. Cette distinction a été reconnue dans deux arrêts de principe anglais qui traitent de la situation de Sa Majesté en tant que fiduciaire: *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129; *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619.

Dans l'arrêt *Kinloch*, le lord chancelier Selborne affirme, aux pp. 625 et 626:

> [TRADUCTION] Les termes «*in trust for*» [«en fiducie»] conviennent à toutes sortes de fiducies (*trust*) et constituent même la meilleure façon de les décrire—non seulement les fiducies sur des domaines dont peut connaître une juridiction d'*equity* mais aussi celles qui concernent des affaires d'une importance plus grande, comme la relation qu'il peut y avoir entre la Couronne et certains officiers publics exerçant, sous l'égide de la Couronne, des fonctions relevant de la prérogative et de l'autorité de la Couronne. Au sens strict de ces termes, ces questions sont du ressort et de la compétence des juridictions d'*equity* de droit commun; au sens large, elles ne le sont pas. Il faut déterminer dans quel sens ils sont employés en l'espèce, en examinant l'ensemble de l'acte, sa nature et son effet.

L'avocat de la bande s'est opposé à toute argumentation relative au moyen de défense fondé sur la «fiducie politique» pour le motif qu'il n'a pas été plaidé par Sa Majesté. Le juge Collier a autorisé, à certaines conditions, la modification de la défense de manière à soulever cette question, mais Sa Majesté a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité. Par conséquent, le juge Collier a refusé d'examiner le point.

The Crown then argued that if there were a legally enforceable trust its terms were those set out in the surrender document, permitting it to lease the 162 acres to anyone, for any purpose, and upon any terms which the Crown deemed most conducive to the welfare of the Band. In the Crown's submission the surrender document imposed on it no obligation to lease to the golf club on the terms discussed at the surrender meeting; nor did it impose any duty on the Crown to obtain the approval of the Band in respect of the terms of the lease ultimately entered into.

The trial judge rejected these submissions. He held, citing the *Tito* case, *supra*, that the Crown can, if it chooses, act as a trustee. He held also that the surrender of October 6, 1957 imposed on the Crown, as trustee, a duty as of that date, to lease the surrendered land to the golf club on the conditions contemplated by the Band. Substantial changes were made to these conditions, in respect of which no instruction or authorization was sought by the Crown, as trustee, from the members of the Band, the *cestuis que trust*. The judge found the Crown liable for breach of trust.

In respect of damages, there was a great deal of evidence at trial, most of it by experts. Citing *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 320, the judge held that the measure of damages is the actual loss which the acts or omissions have caused to the trust estate, the plaintiffs being entitled to be placed in the same position so far as possible as if there had been no breach of trust. The judge proceeded on the basis that the Band would not have agreed to the terms of the lease as signed and the club would not have agreed to a lease on the terms found by the judge to be the terms of the trust. Therefore it would have been possible for the Band at some point to have leased the land for residential purposes on a ninety-nine-year leasehold basis on extremely favourable terms. In quantifying the award, the judge confessed to being unable to set out a precise *rationale* or approach, mathematical or otherwise. He said that the award was obviously

Sa Majesté a alors fait valoir que, s'il y avait une fiducie exécutoire en justice, ses conditions étaient celles énoncées dans l'acte de cession et l'autorisaient à louer les 162 acres aux personnes, aux fins et aux conditions qu'elle jugeait les plus favorables au bien-être de la bande. Selon Sa Majesté, l'acte de cession ne lui imposait aucune obligation de consentir au club de golf un bail aux conditions discutées lors de l'assemblée de la cession, pas plus qu'il ne l'obligeait à obtenir l'approbation de la bande au sujet des conditions du bail finalement conclu.

Le juge de première instance a rejeté ces arguments. Il a conclu, en citant l'arrêt *Tito*, précité, que Sa Majesté peut, à son gré, faire fonction de fiduciaire. Il a conclu également que la cession du 6 octobre 1957 a imposé à Sa Majesté, en sa qualité de fiduciaire, l'obligation, à partir de cette date, de louer au club de golf les terres cédées, aux conditions prévues par la bande. D'importantes modifications ont été apportées à ces conditions, sans que Sa Majesté n'ait cherché à obtenir, en tant que fiduciaire, aucune directive ou autorisation de la part des membres de la bande, les *cestuis que trust*. Le juge de première instance a conclu que Sa Majesté avait manqué à ses obligations de fiduciaire.

Au procès, un grand nombre de témoins, pour la plupart des experts, ont traité de la question des dommages-intérêts. Citant l'arrêt *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, à la p. 320, le juge de première instance a conclu que le montant des dommages-intérêts correspond à la perte réelle que les actes ou omissions ont fait subir au patrimoine confié en fiducie et que les demandeurs ont le droit, autant que faire se peut, d'être replacés dans la même situation que s'il n'y avait pas eu manquement aux obligations de fiduciaire. Le juge a tenu pour acquis que la bande n'aurait pas accepté les conditions du bail qui a été signé et que le club n'aurait pas signé de bail aux conditions qui, a-t-il conclu, étaient celles de la fiducie. Il aurait donc été possible à la bande, à un moment donné, de louer les terres à des fins résidentielles pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, à des conditions extrêmement avantageuses. En déterminant le montant des dommages-inté-

a "global" figure: a considered reaction based on the evidence, the opinions, the arguments and, in the end, his own conclusions of fact. The judge assessed the plaintiffs' damages at $10,000,000.

The Federal Court of Appeal, speaking through Mr. Justice Le Dain, proceeded on the premise that the case presented on behalf of the Band rested on the existence of a statutory trust in the private law sense based primarily on the terms of s. 18(1) of the *Indian Act*. Section 18(1) reads:

18. (1) Subject to the provisions of this Act, reserves shall be held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart; and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

Le Dain J. scrutinized this section and concluded that it was not consistent with a "true trust" in the sense of an equitable obligation enforceable in a court of law. Especially telling, in his opinion, was the discretion vested by s. 18(1) in the Governor in Council to determine whether a particular purpose to which reserve land is being put, or is proposed to be put, is "for the use and benefit of the Band". In his view this discretion indicated it was for the government, not the courts, to determine what was for the use and benefit of the Band. Such a discretion, in his opinion, was incompatible with an intention to impose an equitable obligation, enforceable in court, to deal with the land in a certain manner. Section 18(1) was therefore incapable of making the Crown a true trustee of those lands:

The extent to which the government assumes an administrative or management responsibility for the reserves of some positive scope is a matter of governmental discretion, not legal or equitable obligation. I am, therefore, of the opinion that s. 18 of the *Indian Act*

rêts, le juge a reconnu qu'il était incapable d'énoncer une raison précise ou un mode précis, mathématique ou autre, à cet égard. Il a affirmé qu'il s'agissait manifestement d'une somme «globale»: une appréciation réfléchie fondée sur la preuve administrée, les opinions fournies, les moyens soulevés et, finalement, ses propres conclusions de fait. Le juge a évalué les dommages des demandeurs à 10 000 000 $.

Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, est parti de la prémisse que la preuve soumise pour le compte de la bande reposait sur l'existence d'une fiducie légale au sens du droit privé, fondée principalement sur le texte du par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*. Le paragraphe 18(1) est ainsi rédigé:

18. (1) Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

Le juge Le Dain a examiné à fond ce paragraphe et il a conclu qu'il est incompatible avec une «fiducie au sens strict», c'est à dire une obligation d'*equity* exécutoire en justice. Il a jugé particulièrement significatif le pouvoir discrétionnaire que le par. 18(1) confère au gouverneur en conseil de décider si l'objet pour lequel on utilise ou on se propose d'utiliser les terres d'une réserve se trouve «à l'usage et au profit de la bande». À son avis, ce pouvoir discrétionnaire montre bien qu'il appartient au gouvernement et non pas aux tribunaux de déterminer ce qui est à l'usage et au profit de la bande. Il a jugé qu'un tel pouvoir discrétionnaire est incompatible avec l'intention d'imposer une obligation d'*equity*, exécutoire en justice, d'utiliser les terres d'une certaine manière. Par conséquent, le par. 18(1) ne pouvait avoir pour effet de constituer Sa Majesté fiduciaire, au sens strict, de ces terres:

L'étendue de la responsabilité administrative ou de gestion que le gouvernement assume envers les réserves est une question de discrétion gouvernementale, non une obligation de *common law* ou d'*equity*. Je suis donc d'avis que l'article 18 de la *Loi sur les Indiens* ne saurait

does not afford a basis for an action for breach of trust in the management or disposition of reserve lands.

Le Dain J. also rejected the alternative contention on behalf of the Band that a trust was created by the terms of the surrender document, especially the words "in trust to lease the same . . . " and that the Crown was in breach of that trust by its alleged failure to exercise ordinary skill and prudence in leasing the land:

> . . . it is my opinion that the words "in trust" in the surrender document were intended to do no more than indicate that the surrender was for the benefit of the Indians and conferred an authority to deal with the land in a certain manner for their benefit. They were not intended to impose an equitable obligation or duty to deal with the land in a certain manner. For these reasons I am of the opinion that the surrender did not create a true trust and does not, therefore, afford a basis for liability based on a breach of trust.

Even if he had been able to find a "true trust", Le Dain J. would have refused to follow Collier J. in concluding that the terms of such a trust were defined by the Indians' understanding of conditions the Crown was to secure in the lease. These conditions did not appear in the surrender document and they did not comply with ss. 37 to 41 of the *Indian Act*, governing the conditions of a surrender:

> From these provisions it is argued that the conditions of a surrender, in order to be valid, must be voted on and approved by a majority of the electors of a band, be certified by the superintendent or other officer who attended the meeting and by the chief or a member of the council of the band, and be submitted to and approved by the Governor in Council, all of which presuppose that the conditions will be in written form. I agree with these contentions. These solemn formalities have been prescribed as a matter of public policy for the protection of a band and the proper discharge of the government's responsibility for the Indians. They are also important as ensuring certainty as to the effect of a surrender and the validity of a subsequent disposition of surrendered land. It is to be noted that they are the only provisions of the Act excluded from the power of the Governor in Council under s. 4(2) to declare by proclamation that particular provisions of the Act shall not apply in certain cases. The oral terms found by the trial

constituer le fondement d'une action pour manquement à une fiducie dans l'administration ou l'aliénation de terrains réservés.

Le juge Le Dain a également rejeté l'argument subsidiaire mis de l'avant au nom de la bande, selon lequel l'acte de cession, particulièrement les mots «en fiducie, pour location . . .», a créé une fiducie et Sa Majesté a manqué à cette fiducie parce qu'elle n'a pas apporté la diligence et le soin requis à la location du terrain:

> . . . je suis d'avis que les termes «en fiducie» dans l'acte de cession n'avaient d'autre but que d'indiquer que celle-ci était faite pour le profit des Indiens et qu'elle conférait le pouvoir d'employer le bien-fonds d'une manière ou d'une autre à leur profit. On n'entendait pas imposer une obligation ou un devoir en *equity* d'employer le terrain d'une certaine façon. Pour ces raisons, je suis d'avis que la cession n'a pas créé de fiducie au sens strict et qu'en conséquence elle ne saurait autoriser la reconnaissance d'une responsabilité quelconque fondée sur un manquement à cette fiducie.

Même s'il avait pu conclure à l'existence d'une «fiducie au sens strict», le juge Le Dain aurait quand même refusé de faire sienne la conclusion du juge Collier que les conditions de cette fiducie étaient celles que, d'après ce que les Indiens avaient cru comprendre, Sa Majesté ferait inscrire dans le bail. Ces conditions ne figurent pas dans l'acte de cession et, de l'avis du juge Le Dain, elles n'étaient pas conformes aux art. 37 à 41 de la *Loi sur les Indiens*, régissant les cessions:

> On prétend qu'aux termes de ces dispositions les conditions d'une cession, pour être valides, doivent être votées et approuvées par la majorité des électeurs d'une bande indienne, attestées par le surintendant ou autre fonctionnaire assistant à l'assemblée, et par le chef ou un membre du conseil de bande, puis être soumises et acceptées par le gouverneur en conseil; ces formalités supposent que les conditions ont été mises par écrit. Je souscris à ces arguments. Ces formalités solennelles, d'intérêt public, ont été prévues pour la protection de la bande indienne et pour assurer que le gouvernement s'acquitte de ses responsabilités envers les Indiens selon la procédure régulière. Elles permettent aussi de connaître avec certitude l'effet de la cession et assurent la validité de l'aliénation subséquente du bien-fonds cédé. On remarquera que ce sont les seules dispositions de la Loi à être exclues du pouvoir du gouverneur en conseil, prévu au paragraphe 4(2), de déclarer, par proclamation, que certaines dispositions de la Loi ne s'applique-

judge were not voted on and approved by a majority of the band. They were deduced by the trial judge from the testimony of three members of the band and a former official of the Indian Affairs branch as to what was said at the meetings, and in some cases as to what was not said. The oral terms of the surrender found by the trial judge were not accepted by the Governor in Council, as required by the Act. What was accepted by Order in Council P.C. 1957-1606 of December 6, 1957, was the "attached surrender dated the sixth day of October, 1957". It was an unqualified acceptance of the written surrender, with no reference, express or implied, to other terms or conditions.

Le Dain J. concluded that the oral conditions of the surrender found by the trial judge could not afford a basis in law for finding liability and awarding damages.

Having found no basis for the trust alleged, the Federal Court of Appeal allowed the Crown's appeal.

IV Fiduciary Relationship

The issue of the Crown's liability was dealt with in the courts below on the basis of the existence or non-existence of a trust. In dealing with the different consequences of a "true" trust, as opposed to a "political" trust, Le Dain J. noted that the Crown could be liable only if it were subject to an "equitable obligation enforceable in a court of law". I have some doubt as to the cogency of the terminology of "higher" and "lower" trusts, but I do agree that the existence of an equitable obligation is the *sine qua non* for liability. Such an obligation is not, however, limited to relationships which can be strictly defined as "trusts". As will presently appear, it is my view that the Crown's obligations *vis-à-vis* the Indians cannot be defined as a trust. That does not, however, mean that the Crown owes no enforceable duty to the Indians in the way in which it deals with Indian land.

ront pas dans certains cas. Les conditions verbales retenues par le juge de première instance n'ont été ni votées ni approuvées par une majorité de la bande indienne. Elles ont été déduites par le premier juge du témoignage de trois membres de la bande et d'un ancien fonctionnaire de la Direction des affaires indiennes sur ce qui avait été dit aux assemblées et, en certains cas, sur ce qui n'avait pas été dit. Les conditions verbales de la cession constatées par le juge de première instance n'ont pas été acceptées non plus par le gouverneur en conseil comme l'exige la Loi. Ce qui a été accepté par le décret C.P. 1957-1606, du 6 décembre 1957, c'est «l'acte de cession en date du 6 octobre 1957, ci-annexé». Il s'agit donc d'une acceptation inconditionnelle de l'acte de cession écrit, sans référence, expresse ou tacite, à d'autres conditions.

Le juge Le Dain a conclu que les conditions verbales de la cession constatées par le juge de première instance ne pouvaient pas permettre, en droit, de conclure à la responsabilité et d'accorder des dommages-intérêts.

Ayant conclu que rien ne prouvait l'existence de la fiducie invoquée, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par Sa Majesté.

IV Le rapport fiduciaire

Les cours d'instance inférieure ont abordé la question de la responsabilité de Sa Majesté en fonction de l'existence ou de l'inexistence d'une fiducie. Dans son analyse de la différence quant à leurs effets entre une fiducie «au sens strict» et une fiducie «politique», le juge Le Dain a fait remarquer que Sa Majesté ne pouvait être responsable que si elle était soumise à une «obligation d'*equity* sanctionnée par les tribunaux». Tout en ayant des doutes quant à la justesse des expressions «au sens strict» et «au sens large» appliquées aux fiducies, je suis d'accord pour dire que l'existence d'une obligation d'*equity* constitue une condition sine qua non de la responsabilité. Cette obligation ne se limite toutefois pas aux rapports qui peuvent se définir comme des «fiducies» proprement dites. Comme nous allons le constater, j'estime que les obligations de Sa Majesté envers les Indiens ne peuvent se définir comme une fiducie. Cependant, cela ne signifie pas que Sa Majesté n'a envers les Indiens aucune obligation exécutoire dans sa façon d'utiliser leurs terres.

In my view, the nature of Indian title and the framework of the statutory scheme established for disposing of Indian land places upon the Crown an equitable obligation, enforceable by the courts, to deal with the land for the benefit of the Indians. This obligation does not amount to a trust in the private law sense. It is rather a fiduciary duty. If, however, the Crown breaches this fiduciary duty it will be liable to the Indians in the same way and to the same extent as if such a trust were in effect.

The fiduciary relationship between the Crown and the Indians has its roots in the concept of aboriginal, native or Indian title. The fact that Indian Bands have a certain interest in lands does not, however, in itself give rise to a fiduciary relationship between the Indians and the Crown. The conclusion that the Crown is a fiduciary depends upon the further proposition that the Indian interest in the land is inalienable except upon surrender to the Crown.

An Indian Band is prohibited from directly transferring its interest to a third party. Any sale or lease of land can only be carried out after a surrender has taken place, with the Crown then acting on the Band's behalf. The Crown first took this responsibility upon itself in the Royal Proclamation of 1763. It is still recognized in the surrender provisions of the *Indian Act*. The surrender requirement, and the responsibility it entails, are the source of a distinct fiduciary obligation owed by the Crown to the Indians. In order to explore the character of this obligation, however, it is first necessary to consider the basis of aboriginal title and the nature of the interest in land which it represents.

(a) The Existence of Indian Title

In *Calder v. Attorney General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, this Court recognized aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands. With Judson and Hall JJ. writing the principal judgments, the Court split three-three on the major issue of whether the Nishga Indians' aboriginal title to their ancient tribal ter-

À mon avis, la nature du titre des Indiens et les modalités prévues par la Loi relativement à l'aliénation de leurs terres imposent à Sa Majesté une obligation d'*equity*, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens. Cette obligation ne constitue pas une fiducie au sens du droit privé. Il s'agit plutôt d'une obligation de fiduciaire. Si, toutefois, Sa Majesté manque à cette obligation de fiduciaire, elle assumera envers les Indiens exactement la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie.

Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept du titre aborigène, autochtone ou indien. Cependant, le fait que les bandes indiennes possèdent un certain droit sur des terres n'engendre pas en soi un rapport fiduciaire entre les Indiens et Sa Majesté. Pour conclure que Sa Majesté est fiduciaire, il faut aussi que le droit des Indiens sur les terres soit inaliénable, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté.

Il est interdit à une bande indienne de céder son droit directement à un tiers. La vente ou la location de terres ne peut avoir lieu qu'à la suite d'une cession et c'est alors Sa Majesté qui agit au nom de la bande. C'est dans la Proclamation royale de 1763 que Sa Majesté a pour la première fois endossé cette responsabilité qui lui est encore reconnue dans les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux cessions. L'exigence d'une cession et la responsabilité qui en découle ont pour effet d'imposer à Sa Majesté une obligation de fiduciaire distincte envers les Indiens. Toutefois, avant d'examiner la nature de cette obligation, il est nécessaire d'analyser le fondement du titre aborigène et la nature du droit qu'il comporte sur le bien-fonds.

a) L'existence du titre indien

Dans l'arrêt *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en *common law*, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales. Les motifs principaux ont été rédigés par les juges Judson et Hall et il y a eu partage trois contre trois sur la question importante de

ritory had been extinguished by general land enactments in British Columbia. The Court also split on the issue of whether the Royal Proclamation of 1763 was applicable to Indian lands in that province. Judson and Hall JJ. were in agreement, however, that aboriginal title existed in Canada (at least where it had not been extinguished by appropriate legislative action) independently of the Royal Proclamation. Judson J. stated expressly that the Proclamation was not the "exclusive" source of Indian title (pp. 322-23, 328). Hall J. said (at p. 390) that "aboriginal Indian title does not depend on treaty, executive order or legislative enactment".

The Royal Proclamation of 1763 reserved "under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid" (R.S.C. 1970, Appendices, p. 123, at p. 127). In recognizing that the Proclamation is not the sole source of Indian title the *Calder* decision went beyond the judgment of the Privy Council in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46. In that case Lord Watson acknowledged the existence of aboriginal title but said it had its origin in the Royal Proclamation. In this respect *Calder* is consistent with the position of Chief Justice Marshall in the leading American cases of *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), and *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), cited by Judson and Hall JJ. in their respective judgments.

In *Johnson v. M'Intosh* Marshall C.J., although he acknowledged the Proclamation of 1763 as one basis for recognition of Indian title, was nonetheless of opinion that the rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to Euro-

savoir si le titre aborigène que détiennent les indiens Nishga sur leur territoire tribal ancien a été éteint par certaines lois générales en matière de biens-fonds qui ont été adoptées en Colombie-Britannique. Il y a eu partage également sur la question de l'applicabilité de la Proclamation royale de 1763 aux terres indiennes situées dans cette province. Les juges Judson et Hall ont cependant tous deux estimé que le titre aborigène existait au Canada (du moins dans le cas où il n'avait pas été éteint par une mesure législative appropriée) indépendamment de la Proclamation royale. Le juge Judson a déclaré explicitement que la Proclamation n'était pas l'«unique» fondement du titre indien (aux pp. 322, 323 et 328). Le juge Hall a affirmé (à la p. 390) que le «titre aborigène indien ne dépend d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative».

La Proclamation royale de 1763 a réservé «sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer» (S.R.C. 1970, Appendices, p. 123, à la p. 127). En reconnaissant que la Proclamation ne constitue pas l'unique fondement du titre indien, l'arrêt *Calder* va plus loin que l'arrêt du Conseil privé *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson a reconnu l'existence du titre aborigène, mais a affirmé que celui-ci avait son origine dans la Proclamation royale. À cet égard, l'arrêt *Calder* est compatible avec le point de vue exprimé par le juge en chef Marshall dans les arrêts de principe américains *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), et *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), que les juges Judson et Hall ont cités dans leurs motifs respectifs.

Dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, le juge en chef Marshall, tout en reconnaissant que la Proclamation royale de 1763 constitue l'un des fondements du titre indien, a néanmoins estimé que les droits des Indiens sur les terres qu'ils avaient

pean colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European nations in the territories of the North American continent. The principle of discovery which justified these claims gave the ultimate title in the land in a particular area to the nation which had discovered and claimed it. In that respect at least the Indians' rights in the land were obviously diminished; but their rights of occupancy and possession remained unaffected. Marshall C.J. explained this principle as follows, at pp. 573-74:

> The exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans would interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.
>
> Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.
>
> In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle, that discovery gave exclusive title to those who made it. [Emphasis is mine.]

The principle that a change in sovereignty over a particular territory does not in general affect the presumptive title of the inhabitants was approved by the Privy Council in *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399. That principle supports the assumption implicit in *Calder* that Indian title is an independent legal right which, although recognized by the Royal Proclamation of 1763, nonetheless predates it. For this reason *Kinloch v. Secretary of State for India in*

traditionnellement occupées avant la colonisation européenne existaient avant les revendications de souveraineté de différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et qu'ils ont continué d'exister après ces revendications. Selon le principe de la découverte, sur lequel reposaient ces revendications, les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. Sous ce rapport du moins, les droits des Indiens sur leurs terres ont été manifestement diminués, mais leurs droits d'occupation et de possession sont restés inchangés. Le juge en chef Marshall explique ce principe, aux pp. 573 et 574:

> [TRADUCTION] L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'établir des colonies. Il s'agissait là d'un droit qu'aucun Européen ne pouvait entraver. C'était un droit que chacun faisait valoir pour lui-même, tout en reconnaissant ce droit aux autres.
>
> Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.
>
> Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, le Conseil privé a approuvé le principe voulant qu'un changement de la souveraineté sur un territoire particulier n'a, en règle générale, aucune incidence sur le titre présumé de ses habitants. Ce principe vient étayer l'idée qui se dégage implicitement de l'arrêt *Calder*, selon laquelle le titre indien est un droit qui a une existence juridique indépendante et qui, bien que reconnu dans la Proclamation royale de

Council, *supra*; *Tito v. Waddell (No. 2)*, *supra*, and the other "political trust" decisions are inapplicable to the present case. The "political trust" cases concerned essentially the distribution of public funds or other property held by the government. In each case the party claiming to be beneficiary under a trust depended entirely on statute, ordinance or treaty as the basis for its claim to an interest in the funds in question. The situation of the Indians is entirely different. Their interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision.

1763, existait néanmoins avant celle-ci. C'est pourquoi les arrêts *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* et *Tito v. Waddell (N° 2)*, précités, ainsi que les autres décisions concernant les «fiducies politiques» ne s'appliquent pas en l'espèce. La jurisprudence en matière de «fiducies politiques» porte essentiellement sur la distribution de deniers publics ou d'autres biens détenus par le gouvernement. Dans chaque cas, la partie qui revendiquait le statut de bénéficiaire d'une fiducie s'appuyait entièrement sur une loi, une ordonnance ou un traité pour réclamer un droit sur les deniers en question. La situation des Indiens est tout à fait différente. Le droit qu'ils ont sur leurs terres est un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif.

It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases: see *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, at pp. 410-11 (the *Star Chrome* case). It is worth noting, however, that the reserve in question here was created out of the ancient tribal territory of the Musqueam Band by the unilateral action of the Colony of British Columbia, prior to Confederation.

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas: voir l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, aux pp. 410 et 411 (l'affaire *Star Chrome*). Il est à noter toutefois que la réserve présentement en cause a été créée unilatéralement par la colonie de la Colombie-Britannique avant la Confédération et à partir du territoire tribal ancien de la bande Musqueam.

(b) The Nature of Indian Title

b) La nature du titre indien

In the *St. Catherine's Milling* case, *supra*, the Privy Council held that the Indians had a "personal and usufructuary right" in the lands which they had traditionally occupied. Lord Watson said that "there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title, which became a plenum dominium whenever the title was surrendered or otherwise extinguished" (at p. 55). He reiterated this idea, stating that the Crown "has all along had a present proprietary estate in the land, upon which the Indian title was a mere burden" (at p. 58). This view of aboriginal title was affirmed by the Privy Council in the *Star Chrome* case. In *Amodu*

Dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, précité, le Conseil privé a conclu que les Indiens avaient un [TRADUCTION] «droit personnel, de la nature d'un usufruit» sur les terres traditionnellement occupées par eux. Lord Watson a affirmé que [TRADUCTION] «la Couronne a toujours eu un droit fondamental et suprême sous-jacent au titre indien, qui est devenu un *plenum dominium* dès que le titre indien a été cédé ou autrement éteint» (à la p. 55). Il a repris cette idée en affirmant que Sa Majesté [TRADUCTION] «a toujours eu un droit de propriété actuel sur les terres et le titre des Indiens ne faisait que le grever» (à la p. 58). Le Conseil privé a confirmé ce point de vue quant au titre aborigène

Tijani, supra, Viscount Haldane, adverting to the *St. Catherine's Milling* and *Star Chrome* decisions, explained the concept of a usufructuary right as "a mere qualification of or burden on the radical or final title of the Sovereign . . . " (p. 403). He described the title of the Sovereign as a pure legal estate, but one which could be qualified by a right of "beneficial user" that did not necessarily take the form of an estate in land. Indian title in Canada was said to be one illustration "of the necessity for getting rid of the assumption that the ownership of land naturally breaks itself up into estates, conceived as creatures of inherent legal principle." Chief Justice Marshall took a similar view in *Johnson v. M'Intosh, supra*, saying, "All our institutions recognize the absolute title of the crown, subject only to the Indian right of occupancy . . . " (p. 588).

dans l'affaire *Star Chrome*. Dans l'arrêt *Amodu Tijani*, précité, le vicomte Haldane, se référant aux arrêts *St. Catherine's Milling* et *Star Chrome*, a qualifié la notion d'usufruit de [TRADUCTION] «simple restriction ou charge sur le titre radical ou final du Souverain . . . » (à la p. 403). Il décrit ce titre comme étant purement un droit de tenure en *common law*, qui peut toutefois être restreint par un droit d'usage à titre bénéficiaire qui ne prend pas nécessairement la forme d'un droit de tenure sur le bien-fonds. Puis on dit que le titre des Indiens du Canada constitue un exemple [TRADUCTION] «de la nécessité de se débarrasser de la présomption que la propriété du bien-fonds se subdivise naturellement en droits distincts, conçus comme créés en vertu de principes juridiques inhérents». Le juge en chef Marshall a adopté un point de vue semblable dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, précité, où il affirme: [TRADUCTION] «Toutes nos institutions reconnaissent le titre absolu de Sa Majesté, sous la seule réserve du droit d'occupation indien . . . » (à la p. 588).

It should be noted that the Privy Council's emphasis on the personal nature of aboriginal title stemmed in part from constitutional arrangements peculiar to Canada. The Indian territory at issue in *St. Catherine's Milling* was land which in 1867 had been vested in the Crown subject to the interest of the Indians. The Indians' interest was "an interest other than that of the Province", within the meaning of s. 109 of the *Constitution Act, 1867*. Section 109 provides:

109. All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Soulignons ici que, si le Conseil privé a insisté sur le caractère personnel du titre aborigène, cela est attribuable en partie aux arrangements constitutionnels propres au Canada. Le territoire indien en cause dans l'arrêt *St. Catherine's Milling* était en 1867 dévolu à Sa Majesté, sous réserve du droit des Indiens. Ce droit des Indiens constituait un «intérêt autre que celui de la province» au sens de l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont voici le texte:

109. Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'Union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux ou redevances, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard.

When the land in question in *St. Catherine's Milling* was subsequently disencumbered of the native title upon its surrender to the federal government by the Indian occupants in 1873, the entire beneficial interest in the land was held to have passed, because of the personal and usufruc-

Lorsque, par suite de leur cession au gouvernement fédéral en 1873 par les Indiens qui les occupaient, les terres en question dans l'arrêt *St. Catherine's Milling* ont été dégrevées du titre autochtone, on a conclu que, parce que le droit des Indiens était un droit personnel de la nature d'un

tuary nature of the Indians' right, to the Province of Ontario under s. 109 rather than to Canada. The same constitutional issue arose recently in this Court in *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, in which the Court held that the Indian right in a reserve, being personal, could not be transferred to a grantee, whether an individual or the Crown. Upon surrender the right disappeared "in the process of release".

No such constitutional problem arises in the present case, since in 1938 the title to all Indian reserves in British Columbia was transferred by the provincial government to the Crown in right of Canada.

It is true that in contexts other than constitutional the characterization of Indian title as "a personal and usufructuary right" has sometimes been questioned. In *Calder*, *supra*, for example, Judson J. intimated at p. 328 that this characterization was not helpful in determining the nature of Indian title. In *Attorney-General for Canada v. Giroux* (1916), 53 S.C.R. 172, Duff J., speaking for himself and Anglin J., distinguished *St. Catherine's Milling* on the ground that the statutory provisions in accordance with which the reserve in question in *Giroux* had been created conferred beneficial ownership on the Indian Band which occupied the reserve. In *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695, Laskin J., dissenting on another point, accepted the possibility that Indians may have a beneficial interest in a reserve. The Alberta Court of Appeal in *Western International Contractors Ltd. v. Sarcee Developments Ltd.*, [1979] 3 W.W.R. 631, accepted the proposition that an Indian Band does indeed have a beneficial interest in its reserve. In the present case this was the view as well of Le Dain J. in the Federal Court of Appeal. See also the judgment of Kellock J. in *Miller v. The King*, [1950] S.C.R. 168, in which he seems implicitly to adopt a similar position. None of these judgments mentioned the *Star Chrome* case, however, in which the Indian interest in land specifically set aside as a reserve was held to be the same as the "personal

usufruit, leur droit de bénéficiaire sur les terres est passé en entier à la province de l'Ontario en vertu de l'art. 109, plutôt qu'au Canada. La même question constitutionnelle a été soulevée récemment en cette Cour dans l'affaire *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que, parce que le droit des Indiens sur une réserve est un droit personnel, il ne peut être transféré à un cessionnaire, que ce soit Sa Majesté ou un particulier. La «cession» entraîne l'extinction de ce droit.

Aucun problème constitutionnel de cet ordre ne se pose en l'espèce, puisque, en 1938, le gouvernement provincial a transféré à Sa Majesté du chef du Canada le titre de propriété relatif à l'ensemble des réserves indiennes de la Colombie-Britannique.

Il est exact que, dans des contextes autres que constitutionnels, on a parfois mis en doute la caractérisation du titre indien de «droit personnel, de la nature d'un usufruit». Dans l'arrêt *Calder*, précité, par exemple, le juge Judson laisse entendre, à la p. 328, que cette caractérisation n'aide pas à déterminer la nature du titre indien. Dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Giroux* (1916), 53 R.C.S. 172, le juge Duff, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Anglin, a fait la distinction avec l'arrêt *St. Catherine's Milling* en faisant valoir que les dispositions législatives en vertu desquelles la réserve en question dans l'arrêt *Giroux* avait été créée avaient eu pour effet de conférer à la bande indienne qui occupait la réserve un droit de propriété à titre bénéficiaire. Dans l'arrêt *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, le juge Laskin, dissident sur un autre point, a reconnu que des Indiens pouvaient avoir un droit de bénéficiaire sur une réserve. La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *Western International Contractors Ltd. v. Sarcee Developments Ltd.*, [1979] 3 W.W.R. 631, a retenu l'argument selon lequel une bande indienne possède réellement un droit de bénéficiaire sur sa réserve. Tel a été également l'avis du juge Le Dain de la Cour d'appel fédérale en la présente espèce. Voir aussi les motifs du juge Kellock dans l'arrêt *Miller v. The King*, [1950] R.C.S. 168, où il semble adopter implicitement un point de vue sem-

and usufructuary right" which was discussed in *St. Catherine's Milling.*

It appears to me that there is no real conflict between the cases which characterize Indian title as a beneficial interest of some sort, and those which characterize it a personal, usufructuary right. Any apparent inconsistency derives from the fact that in describing what constitutes a unique interest in land the courts have almost inevitably found themselves applying a somewhat inappropriate terminology drawn from general property law. There is a core of truth in the way that each of the two lines of authority has described native title, but an appearance of conflict has nonetheless arisen because in neither case is the categorization quite accurate.

Indians have a legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown. While their interest does not, strictly speaking, amount to beneficial ownership, neither is its nature completely exhausted by the concept of a personal right. It is true that the *sui generis* interest which the Indians have in the land is personal in the sense that it cannot be transferred to a grantee, but it is also true, as will presently appear, that the interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown to deal with the land for the benefit of the surrendering Indians. These two aspects of Indian title go together, since the Crown's original purpose in declaring the Indians' interest to be inalienable otherwise than to the Crown was to facilitate the Crown's ability to represent the Indians in dealings with third parties. The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered. Any description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading.

blable. Cependant, aucun de ces jugements ne mentionne l'affaire *Star Chrome* où on a conclu que le droit des Indiens sur les terres expressément désignées comme réserve correspond au «droit personnel, de la nature d'un usufruit» qui a été analysé dans l'arrêt *St. Catherine's Milling.*

Il me semble qu'il n'y a pas de conflit véritable entre les décisions qui qualifient le titre indien de sorte de droit de bénéficiaire et celles qui le qualifient de droit personnel, de la nature d'un usufruit. Toute apparence d'incompatibilité découle du fait que les tribunaux, en décrivant ce qui constitue un droit unique sur des terres, ont presque inévitablement appliqué une terminologie quelque peu inadéquate tirée du droit général des biens. Il y a un élément de vérité dans la description du titre indien qui se dégage de chacun des deux courants de jurisprudence, mais il y a tout de même apparence de conflit parce que dans ni l'un ni l'autre cas la catégorisation n'est tout à fait exacte.

Les Indiens ont le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel. Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées. Ces deux aspects du titre indien vont de pair, car, en stipulant que le droit des Indiens ne peut être aliéné qu'à elle-même, Sa Majesté voulait au départ être mieux en mesure de représenter les Indiens dans les négociations avec des tiers. Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur.

(c) The Crown's Fiduciary Obligation

The concept of fiduciary obligation originated long ago in the notion of breach of confidence, one of the original heads of jurisdiction in Chancery. In the present appeal its relevance is based on the requirement of a "surrender" before Indian land can be alienated.

The Royal Proclamation of 1763 provided that no private person could purchase from the Indians any lands that the Proclamation had reserved to them, and provided further that all purchases had to be by and in the name of the Crown, in a public assembly of the Indians held by the governor or commander-in-chief of the colony in which the lands in question lay. As Lord Watson pointed out in *St. Catherine's Milling*, *supra*, at p. 54, this policy with respect to the sale or transfer of the Indians' interest in land has been continuously maintained by the British Crown, by the governments of the colonies when they became responsible for the administration of Indian affairs, and, after 1867, by the federal government of Canada. Successive federal statutes, predecessors to the present *Indian Act*, have all provided for the general inalienability of Indian reserve land except upon surrender to the Crown, the relevant provisions is the present Act being ss. 37-41.

The purpose of this surrender requirement is clearly to interpose the Crown between the Indians and prospective purchasers or lessees of their land, so as to prevent the Indians from being exploited. This is made clear in the Royal Proclamation itself, which prefaces the provision making the Crown an intermediary with a declaration that "great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians . . . ." Through the confirmation in the *Indian Act* of the historic responsibility which the Crown has undertaken, to act on behalf of the Indians so as to protect their interests in transactions with third parties, Parliament has conferred upon the Crown a discretion to

c) L'obligation de fiduciaire de Sa Majesté

Le concept de l'obligation de fiduciaire est issu depuis bien longtemps de la notion de l'abus de confiance, l'un des premiers chefs de compétence de la *Chancery*. Dans le présent pourvoi, l'importance de ce concept repose sur l'exigence qu'il y ait eu «cession» pour que des terres indiennes puissent être aliénées.

La Proclamation royale de 1763 prévoyait qu'aucun particulier ne pouvait acheter aux Indiens des terres qu'elle réservait à ces derniers et, de plus, que tout achat devait être effectué par et au nom de Sa Majesté au cours d'une assemblée publique des Indiens convoquée par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie dans laquelle se trouvaient les terres en question. Comme le fait remarquer lord Watson, à la p. 54 de l'arrêt *St. Catherine's Milling*, précité, cette politique concernant la vente ou le transfert du droit que possèdent les Indiens sur leurs terres a été maintenue de façon non interrompue par la Couronne britannique, par les gouvernements des colonies à partir du moment où ceux-ci sont devenus responsables de l'administration des affaires indiennes et, après 1867, par le gouvernement fédéral du Canada. Les lois fédérales successives qui ont précédé l'actuelle *Loi sur les Indiens* prévoyaient toutes l'inaliénabilité générale des terres des réserves indiennes, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté. Les dispositions pertinentes de la Loi actuelle sont les art. 37 à 41.

Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter. Cet objet ressort nettement de la Proclamation royale elle-même qui porte, au début de la disposition qui fait de Sa Majesté un intermédiaire, «qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers . . . » En confirmant dans la *Loi sur les Indiens* cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vrai-

decide for itself where the Indians' best interests really lie. This is the effect of s. 18(1) of the Act.

This discretion on the part of the Crown, far from ousting, as the Crown contends, the jurisdiction of the courts to regulate the relationship between the Crown and the Indians, has the effect of transforming the Crown's obligation into a fiduciary one. Professor Ernest Weinrib maintains in his article *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, at p. 7, that "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion." Earlier, at p. 4, he puts the point in the following way:

> [Where there is a fiduciary obligation] there is a relation in which the principal's interests can be affected by, and are therefore dependent on, the manner in which the fiduciary uses the discretion which has been delegated to him. The fiduciary obligation is the law's blunt tool for the control of this discretion.

I make no comment upon whether this description is broad enough to embrace all fiduciary obligations. I do agree, however, that where by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

It is sometimes said that the nature of fiduciary relationships is both established and exhausted by the standard categories of agent, trustee, partner, director, and the like. I do not agree. It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed. See, *e.g. Laskin v. Bache & Co. Inc.* (1971), 23 D.L.R.

ment le plus avantageux pour les Indiens. Tel est l'effet du par. 18(1) de la Loi.

Ce pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire. Le professeur Ernest Weinrib soutient dans son article intitulé *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, à la p. 7, que [TRADUCTION] «la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre». À la page 4, il exprime ce point de vue de la manière suivante:

> [TRADUCTION] [Lorsqu'il y a une obligation de fiduciaire] il existe un rapport dans lequel la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir. L'obligation de fiduciaire est le moyen brutal employé en droit pour contrôler ce pouvoir discrétionnaire.

Je ne me prononce pas sur la question de savoir si cette description est de portée assez large pour comprendre toutes les obligations de fiduciaire. J'estime toutefois que, lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives. Voir,

(3d) 385 (Ont.C.A.), at p. 392: *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. 216 (Ont.C.A.), at p. 224.

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians' behalf does not of itself remove the Crown's obligation from the scope of the fiduciary principle. As was pointed out earlier, the Indians' interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.

Section 18(1) of the *Indian Act* confers upon the Crown a broad discretion in dealing with surrendered land. In the present case, the document of surrender, set out in part earlier in these reasons, by which the Musqueam Band surrendered the land at issue, confirms this discretion in the clause conveying the land to the Crown "in trust to lease ... upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people". When, as here, an Indian Band surrenders its interest to the Crown, a fiduciary obligation takes hold to regulate the manner in which the Crown exercises its discretion in dealing with the land on the Indians' behalf.

par exemple, les arrêts *Laskin v. Bache & Co. Inc.* (1971), 23 D.L.R. (3d) 385 (C.A. Ont.), à la p. 392; *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. 216 (C.A. Ont.), à la p. 224.

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquittement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les «fiducies politiques», on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n'est pas parce que c'est à Sa Majesté qu'incombe l'obligation d'agir pour le compte des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire.

Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les indiens* confère à Sa Majesté un large pouvoir discrétionnaire relativement aux terres cédées. En la présente espèce, l'acte de cession, reproduit en partie précédemment, par lequel la bande Musqueam a cédé les terres en cause, confirme l'existence de ce pouvoir discrétionnaire dans la clause qui prévoit la cession des terres à Sa Majesté [TRADUCTION] «en fiducie, pour location ... aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple.» Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une bande indienne cède son droit à Sa Majesté, cela fait naître une obligation de fiduciaire qui impose des limites à la manière dont Sa Majesté peut exercer son pouvoir discrétionnaire en utilisant les terres pour le compte des Indiens.

I agree with Le Dain J. that before surrender the Crown does not hold the land in trust for the Indians. I also agree that the Crown's obligation does not somehow crystallize into a trust, express or implied, at the time of surrender. The law of trusts is a highly developed, specialized branch of the law. An express trust requires a settlor, a beneficiary, a trust corpus, words of settlement, certainty of object and certainty of obligation. Not all of these elements are present here. Indeed, there is not even a trust corpus. As the *Smith* decision, *supra*, makes clear, upon unconditional surrender the Indians' right in the land disappears. No property interest is transferred which could constitute the trust *res*, so that even if the other *indicia* of an express or implied trust could be made out, the basic requirement of a settlement of property has not been met. Accordingly, although the nature of Indian title coupled with the discretion vested in the Crown are sufficient to give rise to a fiduciary obligation, neither an express nor an implied trust arises upon surrender.

Nor does surrender give rise to a constructive trust. As was said by this Court in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 847, "The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust." See also *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436. Any similarity between a constructive trust and the Crown's fiduciary obligation to the Indians is limited to the fact that both arise by operation of law; the former is an essentially restitutionary remedy, while the latter is not. In the present case, for example, the Crown has in no way been enriched by the surrender transaction, whether unjustly or otherwise, but the fact that this is so cannot alter either the existence or the nature of the obligation which the Crown owes.

The Crown's fiduciary obligation to the Indians is therefore not a trust. To say as much is not to deny that the obligation is trust-like in character.

Je suis d'accord avec le juge Le Dain pour dire qu'avant une cession, Sa Majesté ne possède pas les terres en fiducie pour les Indiens. Je suis également d'accord pour dire qu'au moment de la cession l'obligation de Sa Majesté ne se cristallise pas d'une manière ou d'une autre en fiducie explicite ou implicite. Le droit des fiducies constitue un domaine juridique très perfectionné et spécialisé. Pour qu'il y ait fiducie explicite, il faut un disposant, un bénéficiaire, une masse fiduciaire, des mots portant disposition, certitude quant à l'objet et certitude quant à l'obligation. Ces éléments ne sont pas tous présents en l'espèce. En fait, il n'y a même pas de masse fiduciaire. Il ressort clairement de l'arrêt *Smith*, précité, qu'à la suite d'une cession inconditionnelle il y a disparition du droit des Indiens sur le bien-fonds. Aucun droit de propriété pouvant constituer l'objet de la fiducie n'est transféré, de sorte que, même s'il est possible d'établir l'existence des autres indices d'une fiducie explicite ou implicite, on ne satisfait pas à l'exigence fondamentale d'une disposition de biens. Par conséquent, bien que la nature du titre indien ainsi que le pouvoir discrétionnaire conféré à Sa Majesté suffisent pour donner naissance à une obligation de fiduciaire, la cession ne crée ni une fiducie explicite ni une fiducie implicite.

La cession n'engendre pas non plus de fiducie par interprétation. Comme l'a affirmé cette Cour dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, à la p. 847, «Le principe de l'enrichissement sans cause est au coeur de la fiducie par interprétation.» Voir aussi l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436. Toute ressemblance entre une fiducie par interprétation et l'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers les Indiens tient uniquement à ce que les deux résultent de la loi; la première vise essentiellement la restitution, alors que ce n'est pas le cas de la dernière. Dans la présente instance, par exemple, la cession n'a procuré à Sa Majesté aucun enrichissement de manière injuste ou autrement, mais le fait qu'il en soit ainsi ne change rien à l'existence ou à la nature de l'obligation qui lui incombe.

L'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers des Indiens ne constitue donc pas une fiducie. Toutefois, cela ne revient pas à dire que, de

As would be the case with a trust, the Crown must hold surrendered land for the use and benefit of the surrendering Band. The obligation is thus subject to principles very similar to those which govern the law of trusts concerning, for example, the measure of damages for breach. The fiduciary relationship between the Crown and the Indians also bears a certain resemblance to agency, since the obligation can be characterized as a duty to act on behalf of the Indian Bands who have surrendered lands, by negotiating for the sale or lease of the land to third parties. But just as the Crown is not a trustee for the Indians, neither is it their agent; not only does the Crown's authority to act on the Band's behalf lack a basis in contract, but the Band is not a party to the ultimate sale or lease, as it would be if it were the Crown's principal. I repeat, the fiduciary obligation which is owed to the Indians by the Crown is *sui generis*. Given the unique character both of the Indians' interest in land and of their historical relationship with the Crown, the fact that this is so should occasion no surprise.

The discretion which is the hallmark of any fiduciary relationship is capable of being considerably narrowed in a particular case. This is as true of the Crown's discretion *vis-à-vis* the Indians as it is of the discretion of trustees, agents, and other traditional categories of fiduciary. The *Indian Act* makes specific provision for such narrowing in ss.18(1) and 38(2). A fiduciary obligation will not, of course, be eliminated by the imposition of conditions that have the effect of restricting the fiduciary's discretion. A failure to adhere to the imposed conditions will simply itself be a *prima facie* breach of the obligation. In the present case both the surrender and the Order in Council accepting the surrender referred to the Crown's leasing the land on the Band's behalf. Prior to the surrender the Band had also been given to understand that a lease was to be entered into with the Shaughnessy Heights Golf Club upon certain terms, but this understanding was not incorporated into the surrender document itself. The effect of

par sa nature même, l'obligation n'est pas semblable à une fiducie. Comme ce serait le cas s'il y avait fiducie, Sa Majesté doit détenir les terres à l'usage et au profit de la bande qui les a cédées. L'obligation est donc soumise à des principes très semblables à ceux qui régissent le droit des fiducies, en ce qui concerne notamment le montant des dommages-intérêts en cas de manquement. Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens présente aussi une certaine analogie avec le mandat, puisque l'obligation imposée peut être qualifiée de devoir d'agir pour le compte des bandes indiennes qui ont cédé des terres, en engageant des négociations en vue de leur vente ou de leur location à des tiers. Mais Sa Majesté n'est pas le mandataire pas plus qu'elle n'est le fiduciaire des Indiens; non seulement le pouvoir qu'a Sa Majesté d'agir pour le compte de la bande est-il dépourvu de tout fondement contractuel, mais encore la bande n'est partie ni à la vente ou ni au bail finalement conclus, comme ce serait le cas si elle était le mandant de Sa Majesté. L'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers les Indiens est, je le répète, *sui generis*. Vu la nature unique à la fois du droit des Indiens sur leurs terres et de leurs rapports historiques avec Sa Majesté, cela n'est guère surprenant.

Le pouvoir discrétionnaire qui constitue la marque distinctive de tout rapport fiduciaire peut, dans un cas donné, être considérablement restreint. Cela s'applique aussi bien au pouvoir discrétionnaire que possède Sa Majesté à l'égard des Indiens qu'au pouvoir discrétionnaire des fiduciaires, des mandataires et des personnes qui relèvent des autres catégories traditionnelles de fiduciaire. Les paragraphes 18(1) et 38(2) de la *Loi sur les Indiens* prévoient expressément une telle restriction. Il va toutefois sans dire que l'obligation de fiduciaire n'est pas supprimée par l'imposition de conditions ayant pour effet de restreindre le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire. Le défaut de remplir ces conditions constitue tout simplement, à première vue, un manquement à l'obligation. En l'espèce, l'acte de cession et le décret acceptant la cession parlent tous les deux de la location des terres par Sa Majesté au nom de la bande. Avant la cession, on avait aussi laissé entendre à la bande qu'un bail serait conclu avec le Shaughnessy

these so-called oral terms will be considered in the next section.

(d) Breach of the Fiduciary Obligation

The trial judge found that the Crown's agents promised the Band to lease the land in question on certain specified terms and then, after surrender, obtained a lease on different terms. The lease obtained was much less valuable. As already mentioned, the surrender document did not make reference to the "oral" terms. I would not wish to say that those terms had nonetheless somehow been incorporated as conditions into the surrender. They were not formally assented to by a majority of the electors of the Band, nor were they accepted by the Governor in Council, as required by subss. 39(1)(*b*) and (*c*). I agree with Le Dain J. that there is no merit in the appellants' submission that for purposes of s. 39 a surrender can be considered independently of its terms. This makes no more sense than would a claim that a contract can have an existence which in no way depends on the terms and conditions that comprise it.

Nonetheless, the Crown, in my view, was not empowered by the surrender document to ignore the oral terms which the Band understood would be embodied in the lease. The oral representations form the backdrop against which the Crown's conduct in discharging its fiduciary obligation must be measured. They inform and confine the field of discretion within which the Crown was free to act. After the Crown's agents had induced the Band to surrender its land on the understanding that the land would be leased on certain terms, it would be unconscionable to permit the Crown simply to ignore those terms. When the promised lease proved impossible to obtain, the Crown, instead of proceeding to lease the land on different, unfavourable terms, should have returned to the Band to explain what had occurred and seek the Band's counsel on how to proceed. The existence of such unconscionability is the key to a conclusion that the Crown breached its fiduciary duty. Equity will not countenance unconscionable

Heights Golf Club à certaines conditions, mais ces conditions n'ont pas été inscrites dans l'acte de cession lui-même. Nous allons examiner sous la rubrique suivante l'effet de ces conditions dites verbales.

d) Manquement à l'obligation de fiduciaire

Le juge de première instance a conclu que les mandataires de Sa Majesté ont promis à la bande de louer les terres en cause à certaines conditions précises et qu'après la cession ils ont conclu un bail dont les conditions étaient différentes. Le bail qui a été conclu est beaucoup moins avantageux. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'acte de cession ne mentionne pas les conditions «verbales». Or, je refuse de conclure que ces conditions ont néanmoins été incluses de quelque manière dans l'acte de cession. Elles n'ont pas été formellement sanctionnées par une majorité des électeurs de la bande, ni acceptées par le gouverneur en conseil, conformément aux al. 39 (1)*b*) et *c*). À l'instar du juge Le Dain, je considère non fondé l'argument des appelants selon lequel, aux fins de l'art. 39, une cession peut être examinée indépendamment de ses conditions. Cela n'est pas plus logique que de prétendre qu'un contrat peut avoir une existence tout à fait indépendante de ses modalités.

J'estime néanmoins que l'acte de cession n'autorisait pas Sa Majesté à ignorer les conditions verbales qui, selon ce que la bande avait cru comprendre, seraient incluses dans le bail. C'est en fonction de ces représentations verbales que doit être appréciée la conduite adoptée par Sa Majesté en s'acquittant de son obligation de fiduciaire. Elles définissent et limitent la latitude dont jouissait Sa Majesté dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Après que les mandataires de Sa Majesté eurent amené la bande à céder ses terres en lui laissant entendre qu'elles seraient louées à certaines conditions, il serait déraisonnable de permettre à Sa Majesté d'ignorer tout simplement ces conditions. Lorsqu'il s'est révélé impossible d'obtenir le bail promis, Sa Majesté, au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, aurait dû retourner devant la bande pour lui expliquer ce qui s'était passé et demander son avis sur ce qu'il lui fallait faire. L'existence de cette conduite peu scrupuleuse est

behaviour in a fiduciary, whose duty is that of utmost loyalty to his principal.

While the existence of the fiduciary obligation which the Crown owes to the Indians is dependent on the nature of the surrender process, the standard of conduct which the obligation imports is both more general and more exacting than the terms of any particular surrender. In the present case the relevant aspect of the required standard of conduct is defined by a principle analogous to that which underlies the doctrine of promissory or equitable estoppel. The Crown cannot promise the Band that it will obtain a lease of the latter's land on certain stated terms, thereby inducing the Band to alter its legal position by surrendering the land, and then simply ignore that promise to the Bands detriment. See, *e.g. Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130; *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227 (C.A.)

In obtaining without consultation a much less valuable lease than that promised, the Crown breached the fiduciary obligation it owed the Band. It must make good the loss suffered in consequence.

VI Limitation of Action and Laches

The Crown contends that the Band's claim is barred by the *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, because it was not filed by January 22, 1964, six years from the date the lease was signed. The trial judge, however, found that the Band and its members were not aware of the actual terms of the lease, and therefore of the breach of fiduciary duty, until March of 1970. This was not for lack of effort on the Band's part. The Indian Affairs Branch, in conformity with its then policy, had refused to give a copy of the lease to the Band, despite repeated requests.

primordiale pour qu'on puisse conclure que Sa Majesté a manqué à son obligation de fiduciaire. L'*equity* ne sanctionnera pas une conduite peu scrupuleuse de la part d'un fiduciaire qui doit faire preuve d'une loyauté absolue envers son commettant.

Bien que l'existence de l'obligation de fiduciaire que Sa Majesté a envers les Indiens dépende de la nature du processus de cession, la norme de conduite que comporte cette obligation est à la fois plus générale et plus exigeante que les conditions de n'importe quelle autre cession. Dans la présence instance, l'aspect pertinent de la norme de conduite requise est défini par un principe analogue à celui qui sous-tend la doctrine de l'exception promissoire ou reconnue en *equity*. Sa Majesté ne peut promettre à la bande qu'elle louera ses terres à certaines conditions précises, incitant ainsi la bande à modifier sa situation juridique en cédant lesdites terres, et ensuite simplement ignorer cette promesse au détriment de la bande. Voir, par exemple, les affaires *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130; *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227 (C.A.)

En signant, sans consultation, un bail beaucoup moins avantageux que celui promis, Sa Majesté a manqué à son obligation de fiduciaire envers la bande. Elle doit donc réparer la perte subie par suite de ce manquement.

VI Prescription et manque de diligence

Sa Majesté soutient que l'action de la bande est prescrite en vertu de la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, chap. 370, parce qu'elle n'avait pas été intentée le 22 janvier 1964, soit dans les six ans de la signature du bail. Le juge de première instance a toutefois conclu que la bande et ses membres n'ont pris connaissance des conditions véritables du bail et, par conséquent, du manquement à l'obligation de fiduciaire, qu'en mars 1970. S'il en a été ainsi, ce n'est pas par manque d'effort de leur part. La direction des Affaires indiennes, conformément à la politique qu'elle pratiquait à l'époque, avait refusé de remettre une copie du bail à la bande, et ce, malgré des demandes répétées.

It is well established that where there has been a fraudulent concealment of the existence of a cause of action, the limitation period will not start to run until the plaintiff discovers the fraud, or until the time when, with reasonable diligence, he ought to have discovered it. The fraudulent concealment necessary to toll or suspend the operation of the statute need not amount to deceit or common law fraud. Equitable fraud, defined in *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563, as "conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other", is sufficient. I agree with the trial judge that the conduct of the Indian Affairs Branch toward the Band amounted to equitable fraud. Although the Branch officials did not act dishonestly or for improper motives in concealing the terms of the lease from the Band, in my view their conduct was nevertheless unconscionable, having regard to the fiduciary relationship between the Branch and the Band. The limitations period did not therefore start to run until March 1970. The action was thus timely when filed on December 22, 1975.

Little need be said about the Crown's alternative contention that the Band's claim is barred by laches. Since the conduct of the Indian Affairs Branch personnel amounted to equitable fraud; since the Band did not have actual or constructive knowledge of the actual terms of the golf club lease until March 1970; and since the Crown was not prejudiced by reason of the delay between March 1970 until suit was filed in December 1975, there is no ground for application of the equitable doctrine of laches.

VII Measure of Damages

In my opinion the *quantum* of damages is to be determined by analogy with the principles of trust law: see, *e.g. In Re West of England and South Wales District Branch, ex parte Dale & Co.*

Il est bien établi qu'en cas de dissimulation frauduleuse de l'existence d'une cause d'action, le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où le demandeur découvre la fraude, ou du moment où, en faisant preuve de diligence raisonnable, il aurait dû la découvrir. Il n'est pas nécessaire que la dissimulation frauduleuse requise pour interrompre ou suspendre l'application de la loi constitue une tromperie ou une fraude de *common law*. Il suffit qu'il y ait fraude d'*equity* qui est définie, dans la décision *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563, comme [TRADUCTION] «une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est fort peu scrupuleuse de la part de l'une envers l'autre». Je partage l'avis du juge de première instance selon lequel la conduite de la direction des Affaires indiennes à l'égard de la bande équivaut à une fraude d'*equity*. Même si les fonctionnaires de la Direction n'ont pas agi de façon malhonnête ou blâmable en cachant à la bande les conditions du bail, j'estime néanmoins que leur conduite a été peu scrupuleuse, compte tenu du rapport fiduciaire qui existe entre la Direction et la bande. Par conséquent, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'à partir de mars 1970. Il s'ensuit que, lorsqu'elle a été intentée le 22 décembre 1975, l'action n'était pas prescrite.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le moyen subsidiaire de Sa Majesté portant que l'action de la bande doit être rejetée pour cause de manque de diligence. Puisque la conduite du personnel de la direction des Affaires indiennes a constitué une fraude d'*equity*, puisque ce n'est qu'en mars 1970 que la bande a vraiment pris connaissance des conditions véritables du bail consenti au club de golf et puisque Sa Majesté n'a subi aucun préjudice en raison du délai qui s'est écoulé entre mars 1970 et l'engagement des poursuites en décembre 1975, il n'y a pas lieu d'appliquer la doctrine d'*equity* du manque de diligence.

VII Montant des dommages-intérêts

À mon avis, le montant des dommages-intérêts doit être déterminé par analogie avec les principes du droit des fiducies: voir, par exemple, la décision *In Re West of England and South Wales District*

(1879), 11 Ch. D. 772, at p. 778. Reviewing the record it seems apparent that the judge at trial considered all the relevant evidence. His judgment, as I read it, discloses no error in principle. I am content to adopt the *quantum* of damages awarded by the judge, rejecting, as he did, any claim for exemplary or punitive damages.

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment in the Federal Court of Appeal and reinstate without variation the trial judge's award, with costs to the present appellants in all courts.

The following are reasons delivered by

ESTEY J.—The facts and issues in this appeal are fully dealt with in the reasons for judgment of my colleague, Wilson J., and need no repetition by me. I hasten to say at the outset that I respectfully agree with the disposition proposed by each of them. This action, in my respectful view, however, should be disposed of on the very simple basis of the law of agency.

There is no difference between the parties on the factual relationship between them. The only issue is, what is the appropriate juridical basis upon which the remedy and consequential relief should be founded. The nature of the interests of the Indian Band, the Federal Crown and the Crown in the right of the Province has been long ago settled in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, and in *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73, affirming (1899), 31 O.R. 386; all of which was, only in 1982, re-examined and affirmed in the unanimous decision of this Court in *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554. In 1938, prior to the surrender in question, the title to the Indian reservation land in British Columbia was transferred to the Crown in the right of Canada by British Columbia Orders in Council 208 and 1036 pursuant to Article 13 of the Terms of Union of 1871. Consequently, the primary constitutional issue discussed

Branch, ex parte Dale & Co. (1879), 11 Ch.D. 772, à la p. 778. À l'examen du dossier, il semble évident que le juge de première instance a pris en considération tous les éléments de preuve pertinents. À mon sens, son jugement n'est entaché d'aucune erreur de principe. Je me contente donc d'adopter le montant des dommages-intérêts qu'il a fixé, et de rejeter, comme il l'a fait, toute demande de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir sans modification le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance, et d'adjuger aux appelants en l'espèce leurs dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY—Les faits et les questions en litige dans le présent pourvoi sont traités à fond par mes deux collègues, dans leurs motifs de jugement que j'ai eu l'avantage de lire. Je m'empresse de souligner dès le début que je suis respectueusement d'accord avec l'issue qu'ils proposent. J'estime toutefois, avec égards, que cette action devrait être tranchée tout simplement en fonction des principes du mandat.

Au point de vue des faits, les parties s'entendent sur le rapport qui existe entre elles. L'unique point en litige est de savoir quel doit être le fondement juridique du recours en justice et du redressement qui en résulte? L'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, et l'arrêt *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73, confirmant (1899), 31 O.R. 386, ont établi depuis longtemps la nature des droits respectifs de la bande indienne, de Sa Majesté du chef du Canada et de Sa Majesté du chef de la province; tout cela a été, pas plus tard qu'en 1982, réexaminé et confirmé à l'unanimité par cette Cour dans l'arrêt *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554. En 1938, antérieurement à la cession en cause, le titre sur les terres des réserves indiennes situées en Colombie-Britannique a été transféré à Sa Majesté du chef du Canada au moyen des décrets 208 et 1036 de cette province et conformément à l'article 13 des Conditions de l'adhé-

in the *Smith* and *St. Catherine's Milling* cases, *supra*, do not arise.

The *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, as amended, the Constitution, the pre-Confederation laws of the colonies in British North America, and the Royal Proclamation of 1763 all reflect a strong sense of awareness of the community interest in protecting the rights of the native population in those lands to which they had a longstanding connection. One common feature in all these enactments is reflected in the present-day provision in the *Indian Act*, s. 37, which requires anyone interested in acquiring ownership or some lesser interest in lands set aside for native populations, from a willing grantor, to do so through the appropriate level of government, now the Federal Government. This section has already been set out by my colleagues. In the elaborate provisions in the *Indian Act*, there are many alternative ways of protecting the interests of the Indians and of reflecting the community interest in that protection. The statute and the cases make provision for a surrender of the Indian interest in Indian lands as defined in the Act. And cases such as *St. Catherine's*, *supra*, indicate the extent to which the Indian Band must go in order to sever entirely the connection of the native population from the lands in question. This type of surrender would be better described as a release, in the modern lexicon.

Unfortunately, the statute employs the word "surrender" in another connotation. In order to deal with what has been found to be the personal interest of the Indian population in Indian lands, the Act requires the Band to "surrender", the land to the Crown in the right of Canada in order to effect the proposed alternate use of the land for the benefit of the Indians. The Act, in short, does not require the Indian to limit his interest in Indian lands to present and continuous occupation. The Band may vicariously occupy the lands, or part of such lands, through the medium of a lease or licence. The marketing of the personal interest is not only permitted by the statute, but the machinery is provided for the proper exploitation of

sion de 1871. Par conséquent, la question constitutionnelle principale traitée dans les arrêts *Smith* et *St. Catherine's Milling*, précités, ne se pose pas en l'espèce.

La *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, chap. 149, et ses modifications, la Constitution, les lois des colonies de l'Amérique du Nord britannique antérieures à la Confédération ainsi que la Proclamation royale de 1763 traduisent toutes une conscience aiguë de l'intérêt qu'a la société à protéger les droits des autochtones sur les terres avec lesquelles ils ont des liens de longue date. Un trait commun à tous ces textes trouve son reflet dans l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens* actuelle, selon lequel toute personne qui souhaite acquérir un droit de propriété ou quelque droit moindre sur des terres réservées aux autochtones, d'une personne disposée à le céder, doit passer par le palier de gouvernement approprié, en l'occurrence le gouvernement fédéral. Mes collègues ont déjà reproduit l'art. 37. Les dispositions complexes de la *Loi sur les Indiens* énoncent un bon nombre de façons différentes de protéger les droits des Indiens et de refléter l'intérêt qu'a la société à les protéger. La Loi et la jurisprudence prévoient la cession du droit qu'ont les Indiens sur les terres définies dans la Loi. Des arrêts tels que l'arrêt *St. Catherine's*, précité, montrent d'ailleurs jusqu'où une bande indienne doit aller pour rompre complètement le lien qui existe entre la population autochtone et ces terres. Il serait plus exact de nos jours de qualifier de renonciation ce genre de cession.

Malheureusement, la Loi prête au mot «cession» un autre sens. Quant à ce qui a été jugé comme le droit personnel de la population indienne sur ses terres, la Loi exige que la bande «cède» lesdites terres à Sa Majesté du chef du Canada pour qu'elles puissent être affectées à l'autre usage que l'on propose d'en faire au profit des Indiens. Bref, la Loi n'exige pas que le droit des Indiens sur leurs terres se limite à une occupation actuelle et continue. La bande peut occuper la totalité ou une partie des terres indirectement par le biais d'un bail ou d'un permis. La Loi autorise non seulement la commercialisation de ce droit personnel, mais elle prévoit aussi des mécanismes visant à assurer que les Indiens y procèdent de façon rationnelle, en

this interest by the Indians, subject always to compliance with the statute (*vide St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211). The step to be taken by the Indian Band in seeking to avail itself of the benefits of their right of possession in this manner is, unhappily, also referred to in the statute and in the cases as a "surrender", of the lands and their interest therein to the Crown. This is not a release in the sense of that term in the general law. Indeed, it is quite the opposite. It is a retention of interest and the exploitation of that interest in the manner and to the extent permitted by statute law. The Crown becomes the appointed agent of the Indians to develop and exploit, under the direction of the Indians and for their benefit, the usufructuary interest as described in *St. Catherine's*.

The appellants clearly, and beyond any argument here, did not release their interest in the lands in the *St. Catherine's* sense but appointed the Crown in the right of Canada to carry out the commercial exploitation of the Indian interest in the manner prescribed in detail in *Surrey (Corporation of) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (B.C.C.A.), *The King v. McMaster*, [1926] Ex.C.R. 68, and *St. Ann's*, *supra*.

On the facts here, there is no issue but that the Indian Band had determined to exercise their interest in the land through the medium of a lease to the golf club. There is no serious issue with the findings of fact by the learned trial judge as to the detailed instructions given by the Indians to the representatives of the Government of Canada on the terms of the lease, including the rent, the term, rights of renewal, removal of fixtures, and many other features common to the preparation of a lease. There is no issue but that the Government representatives, for whatever reason, did not carry out these instructions. Nor did those officials keep the Indian Band apprised of the program of negotiations in the final stages. Most seriously of all, the respondent did not give the instructing Indians a copy of the final lease or a written

conformité toujours avec ses dispositions (voir l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] R.C.S. 211). Malheureusement, la mesure que doit prendre la bande indienne qui cherche à se prévaloir ainsi des avantages de son droit de possession est également désignée dans la Loi et dans la jurisprudence comme une «cession» à Sa Majesté des terres et du droit sur ces terres. Il ne s'agit pas d'une renonciation au sens du droit général. En fait, c'est tout le contraire puisqu'il s'agit de conserver ce droit et de l'exploiter de la manière et dans la mesure prévues par les textes de loi. Sa Majesté devient alors le mandataire désigné des Indiens et elle a pour tâche de mettre en valeur et d'exploiter, sous la direction de ces derniers et à leur profit, le droit de la nature d'un usufruit dont il est question dans l'arrêt *St. Catherine's*.

Il ne fait pas le moindre doute que les appelants en l'espèce n'ont pas renoncé à leur droit sur les terres au sens de l'arrêt *St. Catherine's*; au contraire, ils ont chargé Sa Majesté du chef du Canada de l'exploitation commerciale du droit des Indiens de la manière prescrite en détail dans les affaires *Surrey (Corporation of) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (C.A.C.-B.), *The King v. McMaster*, [1926] R.C. de l'É. 68, et *St. Ann's*, précitée.

D'après les faits en l'espèce, la bande indienne a manifestement décidé d'exercer son droit sur les terres au moyen d'un bail consenti au club de golf. On ne conteste pas sérieusement les conclusions de fait tirées par le savant juge de première instance quant aux directives détaillées que les Indiens ont données aux représentants du gouvernement du Canada concernant les conditions du bail dont le montant du loyer, la durée du bail, sa reconduction, l'enlèvement des installations et un bon nombre d'autres aspects habituels de la préparation d'un bail. On ne conteste pas non plus que les représentants du gouvernement n'ont pas, pour une raison quelconque, suivi ces directives, pas plus qu'ils n'ont tenu la bande indienne au courant du déroulement des dernières phases des négociations. Le plus grave dans tout cela, c'est que l'intimée n'a remis aux Indiens qui lui avaient donné des directives une copie du bail finalement conclu ou une

description of its contents for many years after the lease was executed.

One need turn no further than *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 1, p. 418, to determine the application to these clear and relatively straightforward facts of the principles of the law of agency:

> Whether that relation exists in any situation depends not on the precise terminology employed by the parties to describe their relationship, but on the true nature of the agreement or the exact circumstances of the relationship between the alleged principal and agent.
>
> . . .
>
> The essence of the agent's position is that he is only an intermediary between two other parties.

The fact that the agent is prescribed by statute in no way detracts in law from the legal capacity of the agent to act as such. The further consideration that the principal (the Indian Band as holder of the personal interest in the land) is constrained by statute to act through the agency of the Crown, in no way reduces the rights of the instructing principal to call upon the agent to account for the performance of the mandate. The measure of damages applied by the learned trial judge is in no way affected by ascribing the resultant rights in the plaintiff to a breach of agency. Indeed, it is consonant with the purpose of the statutory agency as prescribed by Parliament, now and historically, that the agent (the Crown), in all its actions, shall serve only the interests of the native population whose rights alone are the subject of the protective measures of the statute. If anything, the principal in this relationship is more secure in his rights than in the absence of a statutorily prescribed agency. The principal is restricted in the selection of the agent, but the agent is nowhere protected in the statute from the consequences in law of a breach of that agency.

For these reasons, I would, with great respect to all who hold a contrary view, hesitate to resort to the more technical and far-reaching doctrines of

description écrite de son contenu que bien des années après sa signature.

Il suffit de consulter *Halsbury's Laws of England* (4e éd.), vol.1, à la p. 418, pour décider de l'application des principes du mandat aux faits clairs et relativement simples de la présente instance:

> [TRADUCTION] L'existence de ce rapport dans une situation donnée dépend non pas des termes précis employés par les parties pour décrire leurs rapports, mais de la nature véritable de l'entente ou des circonstances précises des rapports qui existent entre le prétendu mandant et le mandataire . . .
>
> . . .
>
> Le mandataire sert essentiellement d'intermédiaire entre deux autres personnes.

Ce n'est pas parce que la Loi désigne le mandataire que la capacité juridique de celui-ci d'agir en cette qualité se trouve diminuée. De plus, le fait que la loi oblige le mandant (la bande indienne en tant que titulaire du droit personnel sur les terres) à agir par l'intermédiaire de Sa Majesté, ne porte aucunement atteinte au droit du mandant qui donne les directives d'exiger que le mandataire rende compte de l'exécution du mandat. Ce n'est pas parce qu'on impute le droit d'action des demandeurs à une violation des obligations du mandataire qu'il y a lieu de modifier le montant des dommages-intérêts fixé par le savant juge de première instance. En fait, il est conforme à l'objet du mandat légal prescrit par le Parlement, aussi bien dans la loi actuelle que dans les textes législatifs antérieurs, que tous les actes du mandataire (savoir Sa Majesté) doivent servir uniquement les intérêts de la population autochtone dont les droits font seuls l'objet des dispositions protectrices de la Loi. Dans le rapport ainsi établi les droits du mandant sont certainement mieux garantis qu'ils ne le seraient en l'absence d'un mandat prescrit par la Loi. Le mandant est limité quant au choix du mandataire, mais la Loi n'offre au mandataire aucune protection contre les conséquences juridiques d'une violation des obligations découlant de ce mandat.

Pour ces motifs, en toute déférence pour ceux qui sont d'avis contraire, j'hésite à recourir aux doctrines plus techniques et de portée plus vaste du

the law of trusts and the concomitant law attaching to the fiduciary. The result is the same but, in my respectful view, the future application of the Act and the common law to native rights is much simpler under the doctrines of the law of agency.

I therefore share with my colleagues the conclusion that this appeal should be allowed with costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Davis and Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener: William T. Badcock, Ottawa.

droit des fiducies et aux règles concomitantes applicables au fiduciaire. L'issue reste la même, mais j'estime respectueusement que l'application future de la Loi et de la *common law* aux droits des autochtones sera beaucoup plus facile en vertu des principes du mandat.

Je souscris donc à la conclusion de mes collègues que ce pourvoi doit être accueilli avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Davis and Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenante: William T. Badcock, Ottawa.

Albert Douglas Reilly *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17165.

1983: November 2; 1984: November 1.

Present: Laskin C.J.* and Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Second degree murder — Self defence and provocation — Excessive force — Party intoxicated — Whether or not qualified defence of excessive force in self-defence available to reduce charge — Whether or not trial judge's charge as to qualified defence of provocation adequate — Whether or not intoxication relevant to self-defence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 34, 212(a).

The Ontario Court of Appeal upheld appellant's conviction of second degree murder for the fatal stabbing of his paramour. Appellant, believing that she intended to kill him when she charged at him with a knife, tried to stop her and killed her in the ensuing "tussle". Both were intoxicated. The following issues arose from the Court of Appeal's judgment: (1) whether or not the trial judge ought to direct the jury to a verdict of manslaughter in circumstances where the accused acted in self-defence but had used excessive force; (2) whether or not the trial judge's charge with respect to the qualified defence of provocation was adequate; and (3) whether or not the trial judge ought to have instructed the jury to consider the accused's intoxication when they decided whether he had acted in self-defence within the meaning of s. 34 of the *Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

The defence of self-defence fails on a finding of excessive force; the trial judge therefore did not need to direct the jury to a verdict of manslaughter in those circumstances. The trial judge's charge on the qualified defence of provocation was adequate for the jury could not have been misled by the portion of the charge in question when it is read in the context of the whole charge on provocation. The trial judge did not err in his charge to the jury on self-defence. The defence accorded an accused by s. 34(1) is not available where the jury

* The Chief Justice took no part in the judgment.

Albert Douglas Reilly *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17165.

1983: 2 novembre; 1984: 1er novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Meurtre au deuxième degré — Légitime défense et provocation — Force excessive — Partie en état d'ivresse — Peut-on, pour réduire l'inculpation, invoquer la défense restreinte de force excessive dans un cas de légitime défense? — L'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était-il adéquat? — L'ivresse est-elle pertinante à la légitime défense? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 34, 212a).

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant de meurtre au deuxième degré après que celui-ci eut tué sa maîtresse à coups de couteau. Croyant qu'elle voulait le tuer lorsqu'elle s'est dirigée vers lui avec un couteau, l'appelant a tenté de l'arrêter et l'a tuée dans la «mêlée» qui s'ensuivit. Les deux étaient en état d'ivresse. L'arrêt de la Cour d'appel soulève les questions suivantes: (1) le juge du procès était-il tenu d'indiquer au jury qu'il devait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable si l'accusé a agi en légitime défense mais a employé une force excessive? (2) l'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était-il adéquat et (3) le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'examiner la preuve d'ivresse de l'accusé aux fins de décider s'il avait agi en légitime défense au sens de l'art. 34 du *Code*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le moyen de défense que constitue la légitime défense est irrecevable lorsqu'on conclut à l'emploi de force excessive; le juge du procès n'était donc pas tenu d'indiquer au jury qu'il devait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable dans de telles circonstances. L'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était adéquat car le jury n'a pu être induit en erreur par la partie de l'exposé en question lorsqu'on considère l'ensemble de l'exposé sur la provocation. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

finds, as it did in this case, that the accused intentionally used force to cause death. The accused may be found to have acted in self-defence within the meaning of s. 34(2) even if he were mistaken in his apprehension of death or grievous bodily harm or if he mistakenly believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. His apprehension, however, must be reasonable and his belief based on reasonable grounds. The relevance of intoxication under s. 34(2) is eliminated and the defence is available to an intoxicated person if the accused's perception meets this objective standard.

R. v. Faid, [1983] 1 S.C.R. 265, 2 C.C.C. (3d) 513, applied; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, distinguished; *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 66 C.C.C. (2d) 146, dismissing an appeal from a conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Bruce Durno, for the appellant.

John C. Pearson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal, brought with leave of this Court, from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, reasons for judgment delivered by Mr. Justice Arnup on behalf of that Court, dismissing the appeal of the accused from the verdict of a jury which had found him guilty of second degree murder in the killing of the paramour with whom he had shared an apartment in Toronto.

The facts of this case are not seriously in dispute and the sordid circumstances which directly preceded the killing have been so fully and accurately analyzed in the reasons for judgment of Mr. Justice Arnup that, in my opinion, it is unnecessary to repeat them in detail for the purposes of disposing of this appeal.

The appellant stands charged that he:

son exposé au jury sur la légitime défense. Un accusé ne peut se prévaloir du moyen de défense que lui fournit le par. 34(1) lorsque le jury conclut, comme en l'espèce, qu'il a intentionnellement employé la force pour causer la mort. On peut conclure que l'accusé a agi en légitime défense au sens du par. 34(2) même s'il y a eu fausse appréhension de la mort ou de quelque lésion corporelle grave ou s'il a cru à tort qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables. La pertinence de l'ivresse en vertu du par. 34(2) est éliminée et une personne ivre peut se prévaloir du moyen de défense si sa perception répond à ce critère objectif.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, 2 C.C.C. (3d) 513; distinction faite avec l'arrêt: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; arrêts mentionnés: *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 66 C.C.C. (2d) 146, qui a rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Bruce Durno, pour l'appelant.

John C. Pearson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi formé avec l'autorisation de cette Cour contre l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Arnup a rédigé les motifs de cet arrêt qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict d'un jury qui l'avait déclaré coupable du meurtre au second degré de sa maîtresse avec qui il partageait un appartement à Toronto.

Les faits en l'espèce ne sont pas vraiment contestés et les circonstances sordides qui ont directement précédé le meurtre ont été analysées d'une façon si complète et si exacte dans les motifs du juge Arnup qu'à mon avis, il est inutile de les reprendre en détail pour les fins du présent pourvoi.

L'appelant est accusé d'avoir:

. . . on or about the 13th day of May in the year 1979 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York murdered one Eileen Gertrude Fraser, and thereby committed second degree murder, contrary to the Criminal Code.

There is no doubt, nor is it denied, that the said Eileen Fraser came to her death as a result of three blows from a sharp knife in the hands of the appellant. The events immediately preceding the stabbing are best described in the appellant's own evidence from which the following excerpt is reproduced in the reasons for judgment of the Court of Appeal ((1982), 66 C.C.C. (2d) 146, at pp. 150-51):

> She was coming out here and she has got this knife and this look you wouldn't believe it, the look in her eyes, she was coming at me and she was charging me fast.
>
> Q. Was she saying anything?
>
> A. Nothing. Not a word. Just coming at me.
>
> Q. What did you do?
>
> A. All I could see was this, the flash of the knife, that look in her eyes, and tried to bang it away, and I just lashed out, tried to hit her.
>
> Q. Did you realize at the time you were carrying anything or were you carrying anything?
>
> A. I just, just wanted to stop her, that is all. That knife. I just thought she was going to kill me . . . Just like this, she turned again. For no reason. No reason. No rhyme or reason. I thought . . . I thought and thought and thought what have I said? What have I done? What could bring this on? And there I am. There she is.
>
> Q. You said you lashed out at her. What do you mean by that?
>
> A. Just tried to get rid—tried to get the knife away from me and hit her at the same time. I just—I just hit. I don't know, instinct, it is not too clear. Everything was so fast. Just tussling and that was it then and there she was.
>
> Q. Did you intend to kill her?
>
> A. Certainly not. I loved that woman and . . .

On cross-examination:

> Q. She came out. Was she screaming at you as she came out the door?

[TRADUCTION] . . . le 13 mai 1979, ou vers cette date, dans la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, tué une nommée Eileen Gertrude Fraser, commettant ainsi un meurtre au second degré en violation du Code criminel.

Il ne fait aucun doute et il est d'ailleurs admis que ladite Eileen Fraser est décédée des suites de trois coups que l'appelant lui a assénés avec un couteau tranchant. La meilleure description des événements qui ont précédé ces coups de couteau se trouve dans le propre témoignage de l'appelant dont l'extrait suivant est reproduit dans les motifs de jugement de la Cour d'appel, ((1982), 66 C.C.C. (2d) 146, aux pp. 150 et 151):

> [TRADUCTION] Elle est arrivée et elle tenait ce couteau et ce regard incroyable, le regard dans ces yeux, elle venait vers moi et elle me chargeait vite.
>
> Q. A-t-elle dit quelque chose?
>
> R. Rien. Pas un mot. Elle venait vers moi.
>
> Q. Qu'avez-vous fait?
>
> R. Tout ce que je pouvais voir était la lueur du couteau et ce regard dans ses yeux et j'ai tenté de le lui faire échapper et j'ai tout simplement envoyé un coup violent, j'ai tenté de la frapper.
>
> Q. Vous êtes-vous rendu compte à ce moment-là que vous portiez quelque chose ou portiez-vous quelque chose?
>
> R. Je voulais simplement l'arrêter, c'est tout. Ce couteau. J'ai cru qu'elle allait me tuer . . . Juste comme cela, elle est revenue à la charge. Sans raison. Aucune raison. Sans rime ni raison. J'ai pensé . . . pensé et repensé à ce que j'avais dit. À ce que j'avais fait. Qu'est-ce qui a pu provoquer cette situation? Et me voilà, la voilà.
>
> Q. Vous avez dit que vous lui avez envoyé un coup violent. Que voulez-vous dire par là?
>
> R. J'ai seulement tenté d'enlever—tenté d'écarter le couteau et je l'ai frappée en même temps. J'ai simplement—J'ai simplement frappé. Je ne sais pas, instinctivement, ce n'est pas trop clair. Tout cela s'est passé si rapidement. Nous en sommes venus aux coups et ça y était et elle en était là.
>
> Q. Aviez-vous l'intention de la tuer?
>
> R. Certainement pas. J'aimais cette femme et . . .

En contre-interrogatoire:

> Q. Elle est apparue. Est-ce qu'elle criait après vous en entrant?

A. No, she wasn't screaming—just charged me—not a word, nothing.

Q. With this knife in her hand?
A. Just came at me.

Q. What was your first reaction?
A. I can't very well say it here.

It is to be remembered that this incident was the culmination of some days of verbal abuse between the parties conducted in loud voices so that the neighbours overheard it and noted that it was largely conducted by Eileen Fraser who, a short time before, had called out to the appellant, for no apparent reason, saying: "You son of a bitch, you rotten bastard". This example of abuse was later cited by the appellant as a provocative factor contributing to the state of mind which caused him to "lash out" at the victim in what turned out to be the fatal assault which gave rise to the present charge. I am satisfied, however, that there was a sufficient lapse of time between this abuse and the stabbing so that the two cannot be related and in any event, the crudity of the abusive insult appears to have been consistent with the daily conversational exchange between the parties and accordingly would not necessarily give rise to any violent reaction on the appellant's part.

The main defences advanced by the appellant were provocation and self-defence and this is reflected in the following grounds of appeal, pursuant to which leave to this Court was granted, which read as follows:

1. Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the Learned Trial Judge was not required to direct the jury that if the jury found that the Appellant had acted in self-defence but had used excessive force in self-defence that he was guilty of manslaughter?

2. Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the Learned Trial Judge had adequately instructed the jury with respect to the qualified defence of provocation?

3. Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the Learned Trial Judge had related the consumption of alcohol to the subjective element of self-defence?

R. Non, elle ne criait pas—elle m'a chargé—pas un mot, rien.

Q. Avec ce couteau dans les mains?
R. Elle s'est approchée de moi.

Q. Quelle a été votre première réaction?
R. Je ne peux vraiment pas le dire ici.

Il faut se rappeler que cet incident a été le point culminant de violents échanges verbaux entre les parties pendant plusieurs jours, à tel point qu'ils ont été entendus par les voisins qui ont remarqué que la principale protagoniste était Eileen Fraser qui, peu de temps auparavant, avait traité l'appelant, sans motif apparent, de: [TRADUCTION] «Espèce d'enfant de putain, sale bâtard». L'appelant a par la suite cité cet exemple d'abus de langage comme un motif provocateur qui a contribué à le mettre dans l'état d'esprit qui l'a amené à «envoyer un coup violent dans la direction» de la victime et à porter le coup fatal qui est à l'origine de la présente accusation. Je suis toutefois convaincu qu'il s'est écoulé suffisamment de temps entre cet abus de langage et les coups de couteau pour qu'on ne puisse pas relier ces deux événements; quoi qu'il en soit, la crudité des injures semblait être commune dans les conversations quotidiennes des parties et elle ne serait donc pas nécessairement à l'origine de la réaction violente de l'appelant.

La provocation et la légitime défense sont les principaux moyens de défense de l'appelant, ce qui ressort des moyens d'appel suivants sur lesquels cette Cour s'est fondée pour accorder son autorisation:

[TRADUCTION] 1. La Cour d'appel de la province de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que le juge du procès n'était pas tenu d'indiquer dans ses directives au jury que celui-ci devait conclure que l'appelant était coupable d'homicide involontaire coupable s'il avait agi en légitime défense mais avait employé une force excessive?

2. La Cour d'appel de la province de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que le juge du procès a donné des directives adéquates au jury en ce qui concerne la défense restreinte de provocation?

3. La Cour d'appel de la province de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que le juge du procès avait relié la consommation d'alcool à l'élément subjectif qu'est la légitime défense?

At the outset of his judgment in the Court of Appeal Mr. Justice Arnup had occasion to consider the first of these grounds, at p. 148, saying:

The . . . most substantial ground is the failure of the trial Judge to instruct the jury "that if the appellant acted with excessive force in self-defence he was guilty of manslaughter". This submission raises the question whether there exists in Canada a qualified defence arising from the use of excessive force in self-defence, leading to a verdict of manslaughter in circumstances which would otherwise result in a conviction for murder.

This question has been raised and discussed in two cases in this Court, but it has not been necessary previously to decide whether this qualified defence should be recognized in Ontario.

Mr. Justice Arnup then proceeds with a thorough review of the relevant cases in various provincial courts and concludes with an endorsement of the law stated by Martin J.A. in *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202 (Ont. C.A.), at p. 211, where he said:

Where excessive force in self-defence has been recognized as a substantive doctrine, it would appear that the following conditions, at least, are necessary to give rise to that qualified defence:

(a) The accused must have been justified in using some force to defend himself against an attack, real or *reasonably apprehended.*

(b) The accused must have *honestly* believed that he was justified in using the force that he did.

(c) The force used was excessive only because it exceeded what the accused could *reasonably* have considered necessary.

In adopting the reasoning exemplified in the *Trecroce* case the Court of Appeal also followed the judgment of Martin J.A. in *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), and found the same reasoning to be supported by the judgment of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13. In conformity with this line of reasoning, Mr. Justice Arnup concluded on behalf of the Court of Appeal in the present case, at p. 160:

Au début de son jugement, le juge Arnup de la Cour d'appel a eu l'occasion d'examiner le premier de ces moyens en disant, à la p. 148:

[TRADUCTION] Le . . . moyen le plus important porte que le juge du procès n'a pas indiqué dans ses directives au jury «que si l'appelant a fait usage d'une force excessive en légitime défense, il est coupable d'homicide involontaire coupable». Cet argument soulève la question de savoir s'il existe au Canada un moyen de défense restreint qui découle de l'usage de force excessive en légitime défense, ce qui donnerait lieu à un verdict d'homicide involontaire coupable dans des circonstances qui, autrement, entraîneraient une déclaration de culpabilité de meurtre.

Cette question a été soulevée et examinée dans deux arrêts de cette Cour mais il n'a pas été nécessaire de décider auparavant si ce moyen de défense restreint devrait être reconnu en Ontario.

Le juge Arnup a ensuite procédé à un examen approfondi de la jurisprudence pertinente des différentes cours des provinces et il a conclu, en conformité avec la règle de droit énoncée par le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202 (C.A. Ont.), à la p. 211, en disant:

[TRADUCTION] Dans les ressorts qui ont reconnu l'usage de force excessive en légitime défense comme une doctrine indépendante, il faut apparemment au moins satisfaire aux conditions suivantes pour pouvoir invoquer cette défense restreinte:

a) l'accusé doit avoir eu un motif valable de recourir à la force pour se défendre contre une agression réelle ou qu'il pouvait *raisonnablement appréhender.*

b) L'accusé a dû *honnêtement* croire que la force qu'il a utilisée était justifiée.

c) Le caractère excessif de la force utilisée vient uniquement de ce qu'elle dépassait ce que l'accusé a pu *raisonnablement* juger nécessaire.

En adoptant le raisonnement illustré dans l'arrêt *Trecroce*, la Cour d'appel a également suivi le jugement du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), et a conclu que ce raisonnement était appuyé par l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13. En conformité avec ce raisonnement, le juge Arnup a conclu au nom de la Cour d'appel, à la p. 160:

In the light of the decisions of the Courts of Appeal of British Columbia, Alberta and Saskatchewan, and upon consideration of the careful review of the subject by Martin J.A. in *Campbell*, *supra* and *Trecroce*, *supra*, I have reached the conclusion that the doctrine of excessive force in self-defence rendering the accused guilty only of manslaughter instead of murder should be recognized in Ontario.

In my opinion the decisions to which Mr. Justice Arnup refers in this passage are undoubtedly supportive of the conclusion which he reached and consistent also with the then widely recognized view of the effect of "the doctrine of excessive force" in a murder case. Mr. Justice Arnup's unanimous opinion was delivered on March 9, 1982; however, the same question was differently decided in this Court in the case of *R. v. Faid* which was subject of a unanimous judgment delivered by Mr. Justice Dickson on March 1, 1983 and now reported at [1983] 1 S.C.R. 265, where he said in the course of his reasons for judgment, at p. 271:

The position of the Alberta Court of Appeal that there is a "half-way" house outside s. 34 of the *Code* is, in my view, inapplicable to the Canadian codified system of criminal law, it lacks any recognizable basis in principle, would require prolix and complicated jury charges and would encourage juries to reach compromise verdicts to the prejudice of either the accused or the Crown. Where a killing has resulted from the excessive use of force in self-defence the accused loses the justification provided under s. 34. There is no partial justification open under the section. Once the jury reaches the conclusion that excessive force has been used the defence of self-defence has failed.

As this Court is bound by these observations it is clear to me that, on this basis alone, the first ground of appeal should be answered in the negative, but it is, in any event, significant that Mr. Justice Arnup found further ground for supporting the trial judge's charge saying, at p. 162:

I conclude that the trial Judge in the present case did not err in omitting to charge the jury on excessive force in self-defence. Such a defence was not "revealed by the evidence" and was never raised by the defence.

[TRADUCTION] À la lumière des décisions des Cours d'appel de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan, et compte tenu de l'examen approfondi du sujet par le juge Martin de la Cour d'appel dans les arrêts *Campbell* et *Trecroce*, précités, je suis arrivé à la conclusion que la doctrine de l'usage de force excessive en légitime défense qui limite la culpabilité de l'accusé à celle d'homicide involontaire coupable doit être reconnue en Ontario.

À mon avis, les décisions auxquelles se réfère le juge Arnup dans cet extrait appuient sans aucun doute la conclusion à laquelle il est arrivé et elles sont également conformes au point de vue généralement reconnu concernant l'effet de «la théorie de la force excessive» dans une affaire de meurtre. Le juge Arnup a rendu la décision unanime de la Cour d'appel le 9 mars 1982, mais cette même question a été tranchée de façon différente dans l'arrêt unanime de cette Cour *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, rendu le 1er mars 1983. Voici ce que dit le juge Dickson dans ses motifs de jugement à la p. 271:

Le point de vue de la Cour d'appel de l'Alberta selon lequel il existe un abri «à mi-chemin» de l'art. 34 du *Code* ne s'applique pas, à mon avis, au régime canadien de droit criminel codifié; cette théorie ne repose sur aucun principe reconnu et son application nécessiterait des exposés au jury à la fois prolixes et complexes et, en outre, inciterait les jurys, au préjudice soit de l'accusé soit du ministère public, à rendre des verdicts qui ne sont que des compromis. Lorsqu'un homicide résulte de l'emploi de force excessive en légitime défense, l'accusé perd la justification fournie par l'art. 34. Il n'existe pas de justification partielle aux termes de l'article. Lorsque le jury conclut à l'emploi de force excessive, le moyen de défense que constitue la légitime défense a échoué.

Étant donné que cette Cour est liée par ces observations, il me semble clair que, sur ce seul fondement, le premier moyen d'appel doit être rejeté mais, quoi qu'il en soit, il importe de souligner que le juge Arnup a trouvé un autre motif d'appel pour appuyer l'exposé du juge du procès au jury, à la p. 162:

[TRADUCTION] Je conclus que, en l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne donnant pas de directive au jury au sujet de l'usage de force excessive en légitime défense. Ce moyen de défense «ne se dégage pas de la preuve» et il n'a jamais été soulevé par la défense.

As his second ground of appeal the appellant challenges the adequacy of the trial judge's charge to the jury upon the qualified defence of provocation. The following language in the charge was objected to in this Court as it was in the Ontario Court of Appeal:

> You will also ask yourselves, was the provocation such that it would have led a person with the physical and mental condition of the accused to respond this way?

It was urged by the appellant that such language invited the jury to wrongly consider the conduct of someone other than the accused. I agree with Mr. Justice Arnup that although the above passage may perhaps be open to this criticism when viewed in isolation, the jury could not have been misled by it when it is read in the context of the whole charge upon provocation.

The final ground of appeal advanced by the appellant raises a challenge to the adequacy of the trial judge's charge to the jury upon the defence of self-defence as codified in subs. 34(1) and (2) of the *Criminal Code*. Section 34 reads as follows:

> **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 and probable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

In the appellant's submission, the trial judge ought to have told the jury, when instructing them under both subsections, that they must consider the evidence of intoxication in deciding whether they were left in reasonable doubt about whether the accused had acted within the legal definition of self-defence.

Par son deuxième moyen d'appel, l'appelant conteste l'exposé du juge du procès au jury sur la défense restreinte de provocation. Devant cette Cour comme devant la Cour d'appel de l'Ontario, il s'en est pris aux termes suivants de l'exposé:

> [TRADUCTION] Vous vous demanderez si la provocation était telle qu'elle aurait incité une personne se trouvant dans l'état physique et mental de l'accusé à réagir de cette façon.

L'appelant prétend que ces termes ont amené le jury à examiner, à tort, la conduite d'une personne autre que l'accusé. Je pense comme le juge Arnup que, même si l'extrait susmentionnné peut peut-être se prêter à une telle critique lorsqu'on l'examine isolément, il n'a pu induire le jury en erreur lorsqu'on le lit dans le contexte de l'ensemble de l'exposé portant sur la provocation.

Dans son dernier moyen d'appel, l'appelant conteste l'exposé du juge du procès au jury concernant la légitime défense codifiée par les par. 34(1) et (2) du *Code criminel*. L'article 34 prévoit:

> **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
>
> *a*) s'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, et
>
> *b*) s'il croit, pour des motifs raisonnables et probables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Selon l'appelant, dans son exposé portant sur ces deux paragraphes, le juge du procès aurait dû dire au jury qu'il lui fallait examiner la preuve d'ivresse aux fins de décider s'il avait un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait agi dans le cadre de la définition légale de la légitime défense.

Consideration of the appellant's argument is complicated by the fact that a concession was made on behalf of the accused in the court below which is described by Mr. Justice Arnup, at pp. 162-63, as follows:

> Next it was submitted that the trial judge erred in failing to instruct the jury that the consumption of alcohol was a factor to be taken into account in considering the subjective elements in self-defence. The same complaint was made as to the charge on provocation. It is conceded by counsel that the trial Judge specifically mentioned intoxication in relation to both self-defence and provocation.
>
> . . .
>
> In my view, the charge taken as a whole was adequate in relating intoxication to self-defence and provocation. [Emphasis added.]

As it is possible to construe the judgment of the Court of Appeal as depending, at least in part, upon the appellant's concession, I have reviewed the portion of the trial judge's charge devoted to self-defence and I can find no mention of the accused's intoxication and any relevance it might carry. The appellant withdrew his concession before this Court and full argument was heard upon the issue from both parties.

In my view, nothing now turns upon the concession for the following reasons. First of all, s. 34(1) is no longer in issue in this case because the appellant admits that the jury found the accused possessed the requisite intention for murder according to s. 212(*a*) of the *Criminal Code*. Section 34(1) is not available to an accused where the jury finds the force he has used was intended to cause death.

In so far as s. 34(2) is concerned, it is my opinion the trial judge was not required to instruct the jury that the accused's intoxication was relevant. The only way drunkenness could arguably be said to be relevant to s. 34(2) would be if it had induced in the accused a mistaken appreciation of the facts which, if true, would have justified the force he used as legitimate self-defence. In other words, it could be argued that his intoxication is relevant if it induced him to mistakenly apprehend death or grievous bodily harm or mistakenly

Une concession faite au nom de l'accusé devant la Cour d'appel complique l'examen de l'argument de l'appelant, concession que le juge Arnup décrit de la façon suivante aux pp. 162 et 163:

> [TRADUCTION] On a ensuite fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en ne disant pas dans son exposé au jury que la consommation d'alcool est un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'on examine les éléments subjectifs de la légitime défense. L'exposé portant sur la provocation a fait l'objet d'une plainte identique. L'avocat a admis que le juge du procès avait expressément mentionné l'ivresse relativement à la légitime défense et à la provocation.
>
> . . .
>
> À mon avis, l'exposé considéré dans son ensemble était adéquat, en ce qui concerne la relation de l'ivresse avec la légitime défense et la provocation. [C'est moi qui souligne.]

Puisqu'il est possible de considérer que le jugement de la Cour d'appel dépend, au moins en partie, de la concession de l'appelant, j'ai examiné la partie de l'exposé du juge du procès portant sur la légitime défense et je n'y trouve aucune mention de l'ivresse de l'accusé ni de sa pertinence possible. L'appelant a retiré sa concession devant cette Cour et les deux parties se sont fait entendre sur la question.

À mon avis, la concession n'a maintenant aucune importance pour les motifs suivants. Tout d'abord, le par. 34(1) n'est plus en cause en l'espèce parce que l'appelant admet que le jury a conclu qu'il a eu l'intention requise de commettre un meurtre au sens de l'al. 212*a*) du *Code criminel*. Un accusé ne peut se prévaloir du par. 34(1) lorsque le jury conclut que la force employée visait à causer la mort.

En ce qui concerne le par. 34(2), je suis d'avis que le juge du procès n'était pas tenu de dire dans son exposé au jury que l'ivresse de l'accusé était pertinente. La seule façon de prétendre que l'ivresse peut être reliée au par. 34(2) serait de dire qu'elle a entraîné chez l'accusé une mauvaise évaluation des faits qui, si elle était juste, aurait justifié la force qu'il a employée en légitime défense. En d'autres termes, il faudrait plaider que son ivresse est pertinente si elle a provoqué en lui une fausse appréhension de la mort ou de quelque

believe that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

Subsection (2) of s. 34 places in issue the accused's state of mind at the time he caused death. The subsection can only afford protection to the accused if he apprehended death or grievous bodily harm from the assault he was repelling and if he believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. Nonetheless, his apprehension must be a reasonable one and his belief must be based upon reasonable and probable grounds. The subsection requires that the jury consider, and be guided by, what they decide on the evidence was the accused's appreciation of the situation and his belief as to the reaction it required, so long as there exists an objectively verifiable basis for his perception.

Since s. 34(2) places in issue the accused's perception of the attack upon him and the response required to meet it, the accused may still be found to have acted in self-defence even if he was mistaken in his perception. Reasonable and probable grounds must still exist for this mistaken perception in the sense that the mistake must have been one which an ordinary man using ordinary care could have made in the same circumstances.

This statutory requirement of reasonableness is what distinguishes the defence provided by s. 34(2) from the general law upon mistake of fact expressed in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. In the *Pappajohn* case it was held that an honest, but mistaken belief in facts which, if true, would render the accused's act innocent was sufficient to prevent him from forming the *mens rea* essential to all criminal liability; there was no legal necessity that the mistaken belief be based upon reasonable grounds. It was accepted that intoxication could potentially induce such a mistake of fact.

The fatal difficulty with the appellant's argument in this case is that although intoxication can be a factor in inducing an honest mistake, it

lésion corporelle grave ou lui a fait croire à tort qu'il ne pourrait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Le paragraphe 34(2) met en cause l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a causé la mort. Ce paragraphe ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse et lorsqu'il croit qu'il ne peut se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force qu'il a employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. En vertu du paragraphe, le jury doit se fonder sur ce qu'il croit, à la lumière de la preuve, être l'évaluation de la situation par l'accusé et sa perception quant à la réaction que cette situation exigeait, dans la mesure où on peut vérifier cette perception à partir d'un critère objectif.

Étant donné que le par. 34(2) met en cause la perception de l'accusé concernant l'attaque dont il a fait l'objet, ainsi que la réaction requise pour répondre à cette attaque, on peut encore conclure que l'accusé a agi en la légitime défense même si sa perception était faussée. Celle-ci doit quand même se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances.

Cette condition légale du caractère raisonnable est ce qui distingue le moyen de défense fondé sur le par. 34(2) de la règle générale concernant l'erreur de fait énoncée dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Cet arrêt a conclu qu'une croyance de bonne foi mais erronée concernant les faits, qui, si elle était exacte, disculperait l'accusé est suffisante pour l'empêcher d'avoir la *mens rea* essentielle à toute responsabilité criminelle; il n'est pas juridiquement nécessaire que la croyance erronée se fonde sur des motifs raisonnables. On a admis que l'ivresse pouvait potentiellement produire une telle erreur de fait.

La difficulté fatale que rencontre l'argument de l'appelant en l'espèce provient du fait que, même si l'ivresse peut être un facteur entraînant une erreur

cannot induce a mistake which must be based upon reasonable and probable grounds. The perspective of the reasonable man which the language of s. 34(2) places in issue here is the objective standard the law commonly adopts to measure a man's conduct. A reasonable man is a man in full possession of his faculties. In contrast, a drunken man is one whose ability to reason and to perceive is diminished by the alcohol he has consumed.

I should not be taken as saying that the defence under s. 34(2) can never be available to a person who is intoxicated. An intoxicated man may hold a reasonable belief, *i.e.* the same belief a sober man would form viewing the matter before him upon reasonable and probable grounds. Where he does so, however, it is in spite of his intoxication.

The requirement of an objective basis for the accused's perception of the facts, whether it be mistaken or accurate, eliminates any relevance that evidence of the accused's intoxication might have had to self-defence under s. 34(2). Naturally, if the accused is intoxicated, he is not deprived of the defence provided by the subsection so long as the objective test is met by the existence of reasonable and probable grounds for the accused's perception of the nature of the assault upon him and the response required to meet it.

It follows that I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Humphrey, Ecclestone & Durno, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

de bonne foi, elle ne peut entraîner une erreur qui doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. Le point de vue de l'homme raisonnable que les termes du par. 34(2) mettent en cause en l'espèce est le critère objectif habituellement adopté pour évaluer la conduite d'un homme. Un homme raisonnable est un homme en pleine possession de ses facultés. Au contraire, un homme ivre est celui dont la capacité de raisonner et de percevoir est diminuée par l'alcool qu'il a consommé.

Je ne veux pas qu'on croie que je dis qu'une personne ivre ne peut jamais invoquer la défense prévue au par. 34(2). Un homme ivre peut avoir une croyance raisonnable, c.-à.-d. la même que celle qu'un homme sobre aurait en evaluant l'affaire devant lui en se fondant sur des motifs raisonnables et probables. S'il le fait, toutefois, c'est en dépit de son ivresse.

La nécessité d'un fondement objectif concernant la perception des faits par l'accusé, qu'elle soit erronée ou bonne, enlève toute pertinence à la preuve de son ivresse relativement à la légitime défense en vertu du par. 34(2). Naturellement, si l'accusé est ivre, il n'est pas privé du moyen de défense prévu au paragraphe du moment que sa perception de la nature de l'attaque dont il fait l'objet et de la réaction nécessaire pour y faire face s'appuie sur l'existence de motifs raisonnables et probables qui satisfont au critère objectif.

Je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Humphrey, Ecclestone & Durno, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

James Robert Osborne *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17220.

1984: November 1.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Trafficking conviction — Controlled drug: amphetamine — Standard graph not prepared by analyst but contained in publication provided to him — Whether "evidence to the contrary" — Whether doubt as to the nature of the substance — Admission of wiretap and video tape evidence — Whether accused "manufactured" amphetamine.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal[1], dismissing appellant's appeal from his conviction on a charge of trafficking in a controlled drug[2]. Appeal dismissed.

J. MacLeod Walker, for the appellant.

S. R. Fainstein, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

ESTEY J.—After hearing full argument by counsel for appellant and respondent, we are all of the view that the Court of Appeal committed no error of law in dismissing the appeal from the judgment at trial, and accordingly this appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: J. MacLeod Walker, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

[1] Judgment rendered August 24, 1982 and amended January 28, 1983.

[2] Judgment rendered by V. W. Smith J. of the Court of Queen's Bench on September 18, 1981.

James Robert Osborne *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17220.

1984: 1er novembre.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Preuve — Condamnation pour trafic — Drogue contrôlée: amphétamine — Graphique étalon non préparé par l'analyste, mais contenu dans une publication qui lui a été fournie — Y a-t-il une «preuve contraire»? — Y a-t-il un doute quant à la nature de la substance? — Admission en preuve d'une bande magnétoscopique et de conversations téléphoniques interceptées par voie d'écoute électronique — L'accusé a-t-il «fabriqué» des amphétamines?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a rejeté un appel de l'appelant déclaré coupable de faire le trafic d'une drogue contrôlée[2]. Pourvoi rejeté.

J. MacLeod Walker, pour l'appelant.

S. R. Fainstein, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE ESTEY—Après avoir entendu les plaidoiries complètes des avocats de l'appelant et de l'intimée, nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en rejetant l'appel du jugement de première instance et, par conséquent, ce pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: J. MacLeod Walker, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

[1] Jugement rendu le 24 août 1982 et amendé le 28 janvier 1983.

[2] Jugement rendu le 18 septembre 1981 par le juge V. W. Smith de la Cour du Banc de la Reine.

Jeanne E. Radulesco *Appellant*;

and

The Canadian Human Rights Commission *Respondent.*

File No.: 17689.

1984: October 23; 1984: November 22.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Natural justice — Quasi-judicial decision — Procedure — Commission advised by investigator through report — Complainant not fully informed before decision made as to factual basis underlying report — Whether or not decision should be set aside — Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 35, 36(3)(b).

Appellant complained in writing to the Canadian Human Rights Commission of discrimination on the basis of race, national or ethnic origin and age. The complaints were referred to an investigator who later advised appellant that he would recommend to the Commission that it reject the complaints. Appellant was invited to forward any supplementary comments and was given a limited indication of the facts on which the recommendation was based. When appellant requested a copy of the investigator's report and further information as to its underlying reasons, she was informed that a report would be available only after it had been approved by the Commission. Appellant eventually received the report but only after she had been informed of the Commission's decision to reject both her complaints. This appeal is from a decision of the Federal Court of Appeal rejecting appellant's application for judicial review.

Held: The appeal should be allowed.

Respondent must act on a quasi-judicial basis when it decides to reject a complaint as unsubstantiated under s. 36(3)(*b*) of the *Canadian Human Rights Act*. Procedural fairness requires that the Commission afford the parties an opportunity to make submissions, at least in writing if not at a hearing, before any decision is made and that the Commission disclose the substance of its case to the parties to ensure that the submissions were made on an informed basis. Here, the substance of the case against appellant was not communicated to her prior to the decision.

Jeanne E. Radulesco *Appelante*;

et

La Commission canadienne des droits de la personne *Intimée.*

N° du greffe: 17689.

1984: 23 octobre; 1984: 22 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Justice naturelle — Décision quasi judiciaire — Procédure — Recommandation faite à la Commission par le rapport de l'enquêteur — Faits sous-jacents au rapport communiqués de façon incomplète à la plaignante avant la décision — Annulation ou non de la décision — Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 35, 36(3)b).

L'appelante a présenté des plaintes par écrit à la Commission canadienne des droits de la personne pour discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et l'âge. Les plaintes ont été déférées à un enquêteur qui, par la suite, a fait savoir à l'appelante qu'il en recommanderait le rejet à la Commission. L'appelante était invitée à envoyer des observations supplémentaires, mais on ne lui en a pas dit beaucoup sur les faits qui ont fondé la décision de l'enquêteur. Lorsque l'appelante a demandé une copie du rapport de l'enquêteur et d'autres renseignements sur les motifs l'appuyant, on lui a fait savoir qu'on pouvait lui faire tenir copie du rapport seulement après que la Commission l'aura approuvé. L'appelante a finalement reçu le rapport mais seulement après qu'elle eut été informée du rejet de ses deux plaintes par la Commission. Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté la demande d'examen judiciaire présentée par l'appelante.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'intimée remplit une fonction quasi judiciaire lorsqu'elle décide de rejeter, en vertu de l'al. 36(3)*b*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, une plainte qui n'est pas fondée. L'équité dans la procédure exige que la Commission fournisse aux parties la possibilité de présenter des arguments, du moins par écrit sinon à une audience, avant qu'une décision ne soit prise et que la Commission révèle les éléments essentiels de sa preuve aux parties pour s'assurer que les arguments sont produits en connaissance de cause. En l'espèce les éléments essentiels de la preuve contre l'appelante ne lui ont pas été communiquées avant la décision.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal rejecting appellant's application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Commission. Appeal allowed.

Louis L. Arki, for the appellant.

Russell Juriansz and *James Hendry*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—As a result of concessions made at the hearing by respondent, this appeal no longer raises most of the issues one might have expected at the outset. Consequently, there is little need for supportive reasons in the disposition of the appeal. I will therefore limit my summary of the facts and proceedings to those which are essential to an understanding of the disposition of this case.

The appellant had been employed by the National Museums of Canada from June 16, 1980 to August 1, 1980, at which time she resigned from her position alleging that she was the victim of unjust treatment. The appellant was subsequently unable to obtain employment in the public service.

On June 21, 1981, the appellant submitted two written complaints to the respondent, the Canadian Human Rights Commission. The first complaint was against the National Museums of Canada and the other was against the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat. Both complaints alleged discrimination on the basis of race, national or ethnic origin and age. The complaints were referred to an investigator pursuant to s. 35 of the *Canadian Human Rights Act*, 1976-77 (Can.), c. 33.

After interviewing the appellant, the investigator advised her by letters dated September 28, 1981 that he intended to advise the Human Rights Commission that the appellant's complaints be rejected. The letters also invited the appellant to forward any supplementary comments she might wish to make before October 22, 1981. Both letters gave a limited indication as to the factual basis upon which the investigator made the decision to so advise the Commission.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté la demande d'examen judiciaire présentée par l'appelante à l'encontre d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne. Pourvoi accueilli.

Louis L. Arki, pour l'appelante.

Russell Juriansz et *James Hendry*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Par suite des concessions que l'intimée a faites à l'audience, la plupart des questions que semblait poser ce pourvoi au début ne sont plus en litige. Par conséquent, il n'est guère besoin de motifs pour appuyer l'issue du pourvoi. Mon exposé des faits et des procédures se limite donc à ceux qui sont indispensables pour en comprendre l'issue.

L'appelante a travaillé pour les Musées nationaux du Canada du 16 juin 1980 jusqu'au 1er août 1980, date à laquelle elle a démissionné en alléguant qu'elle était victime d'un traitement injuste. Elle n'a pu par la suite obtenir de poste au sein de la Fonction publique.

Le 21 juin 1981, l'appelante a présenté deux plaintes écrites à l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne. La première plainte visait les Musées nationaux du Canada, l'autre le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes. L'une et l'autre plaintes allèguent qu'il y a eu discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et l'âge. Les plaintes ont été déférées à un enquêteur conformément à l'art. 35 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 1976-77 (Can.), chap. 33.

À la suite d'une entrevue avec l'appelante, l'enquêteur lui a fait savoir par des lettres en date du 28 septembre 1981 son intention de recommander à la Commission des droits de la personne de rejeter les plaintes. Les lettres invitaient aussi l'appelante à envoyer toutes les observations supplémentaires qu'elle voulait communiquer avant le 22 octobre 1981. Aucune des deux lettres n'en dit beaucoup sur les faits qui ont fondé la décision de l'enquêteur.

The appellant responded by writing three letters to the Commission. In these letters, the appellant requested a copy of the investigator's report and further information concerning the reasons for which a recommendation of rejection would be made.

The investigator advised the appellant that it would not be possible for her to obtain a copy of the investigator's report until such time as it had been approved by the Commission.

The appellant was subsequently advised that the Commission had decided to reject both of her complaints.

Ten days later, copies of the investigator's reports were forwarded to the attention of the appellant.

Proceedings were then commenced in the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

The Federal Court of Appeal disposed of the matter orally, as follows:

We have not been persuaded that the decision under attack is vitiated by one or the other of the errors mentioned in section 28(1) of the *Federal Court Act*.

The application will therefore be dismissed.

With leave to this Court, appellant states her position as follows:

That the Federal Court of Appeal erred in not deciding that the Canadian Human Rights Commission failed to observe the rules of natural justice in disposing of the complaints of the Appellant, and more specifically that the Respondent breached the rules of natural justice in not allowing the Appellant the opportunity to fairly rebut facts and allegations contained in the investigator's reports recommending the dismissal of the Appellant's complaints, by not allowing the Appellant to see said reports, or informing her sufficiently of the contents thereof, before a final decision prejudicial to the Appellant's interest, was reached by the respondent on the basis of said report.

At the hearing, respondent substantially agreed.

La réaction de l'appelante a consisté à écrire à la Commission trois lettres dans lesquelles elle demande copie du rapport de l'enquêteur ainsi que de plus amples renseignements concernant les raisons pouvant amener une recommandation de rejet.

L'enquêteur a informé l'appelante de l'impossibilité de lui faire tenir copie du rapport avant qu'il soit approuvé par la Commission.

Par la suite, la décision de la Commission portant rejet des deux plaintes a été communiquée à l'appelante.

Dix jours plus tard, on a envoyé à l'appelante des copies des rapports de l'enquêteur.

C'est alors que des procédures ont été entamées en Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10.

La Cour d'appel fédérale, dans un arrêt rendu à l'audience, a dit:

[TRADUCTION] Nous ne sommes pas convaincus que la décision attaquée soit entachée d'une erreur visée au par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

En conséquence, la demande est rejetée.

Ayant reçu l'autorisation de pourvoi, l'appelante plaide en cette Cour:

[TRADUCTION] Que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en ne concluant pas que la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas observé les règles de justice naturelle lorsqu'elle a statué sur les plaintes formulées par l'appelante et, plus précisément, que l'intimée a violé les règles de justice naturelle parce qu'elle n'a pas accordé à l'appelante la possibilité de contester en toute équité les faits et les allégations contenus dans les rapports de l'enquêteur qui recommandent le rejet des plaintes de l'appelante, parce qu'elle n'a pas permis à l'appelante de consulter lesdits rapports et parce que, avant de rendre contre l'appelante une décision définitive fondée sur les rapports, elle ne lui a pas donné des renseignements suffisants sur la teneur de ceux-ci.

À l'audience, l'intimée a essentiellement partagé ce point de vue.

Indeed, the position taken by respondent Commission at the hearing is quite different from that stated in its factum. I will refer only to the former.

Respondent Commission acknowledges that it must act on a quasi-judicial basis when it decides to dismiss a complaint as unsubstantiated under s. 36(3)(*b*) of the *Canadian Human Rights Act*. It also acknowledges that procedural fairness requires that the complainant be provided with an opportunity to make submissions, at least in writing, before any action is taken on the basis of the report; however, a hearing is not necessarily required. Finally, the Commission acknowledges that in order to ensure that such submissions are made on an informed basis, it must, prior to its decision, disclose the substance of the case against the party.

Given the nature and extent of the information which was disclosed to the appellant by the investigator, the respondent Commission acknowledges that the substance of the case against appellant was not communicated to her prior to the decision. The Commission also agrees that, as a result thereof, this appeal should be allowed with costs to the appellant on a solicitor-client basis. Without pronouncing upon all aspects of the standard of conduct the Commission must meet, I agree that the standard enunciated by the respondent is one which must, in all cases, be met. Therefore the failure to meet this standard in this case should result in the appeal being allowed.

Respondent's counsel informs us that since the Radulesco hearing the Commission has changed its procedure. It now strives to meet in all cases the standard it acknowledged it had to meet in the present case. However, respondent invites us to express our views on, *inter alia*, the Commission's right to withhold information on the basis of confidentiality. Counsel for the respondent appears to be concerned that his concession in this case may be interpreted as an acknowledgement of a duty to disclose on all occasions all of the material part of the case against the complainant. This is the first time the Commission's activities under the Act are directly considered in this Court. Understandably, the respondent would welcome and presumably

En effet, la position qu'a prise l'intimée à l'audience diffère nettement de celle énoncée dans son mémoire. Je m'en tiens à celle-là.

La Commission intimée reconnaît qu'elle remplit une fonction quasi judiciaire lorsqu'elle décide de rejeter en vertu de l'al. 36(3)*b*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* une plainte qui n'est pas fondée. Elle reconnaît en outre que l'équité dans la procédure exige qu'un plaignant ait la possibilité de présenter des arguments, du moins par écrit, avant qu'on donne suite au rapport; toutefois, la tenue d'une audience n'est pas obligatoire. En dernier lieu, la Commission reconnaît que, pour s'assurer que ces arguments sont produits en connaissance de cause, elle doit, avant de rendre sa décision, révéler à l'intéressé les éléments essentiels de la preuve produite contre lui.

Vu la nature et la portée des renseignements communiqués à l'appelante par l'enquêteur, la Commission intimée reconnaît que les éléments essentiels de la preuve contre l'appelante ne lui ont pas été communiqués avant la décision. La Commission convient également que ce pourvoi doit par conséquent être accueilli et que l'appelante a droit à ses dépens comme entre avocat et client. Sans me prononcer sur tous les aspects de la norme de conduite à laquelle la Commission doit se conformer, j'estime qu'elle doit dans tous les cas satisfaire à celle énoncée par l'intimée. Puisqu'elle ne l'a pas fait en l'espèce, le pourvoi doit être accueilli.

L'avocat de l'intimée nous fait savoir que, depuis l'affaire Radulesco, sa cliente ne procède plus de la même manière. En effet, elle s'efforce maintenant de se conformer dans tous les cas à la norme à laquelle elle aurait dû, comme elle le reconnaît, se conformer en l'espèce. L'intimée nous demande toutefois d'exprimer notamment notre avis sur son droit de ne pas communiquer des renseignements à cause de leur caractère confidentiel. L'avocat de l'intimée paraît craindre qu'on ne conclue de la concession faite dans la présente instance qu'il reconnaît l'existence d'une obligation de communiquer dans tous les cas tous les éléments importants de la preuve recueillie contre le plaignant. C'est la première fois que cette Cour est

benefit from the views of this Court as to the norms of conduct it need follow for the proper exercise of its jurisdiction, particularly as regards the withholding of information in appropriate cases.

In this case, there did not arise a question of confidentiality. That issue is therefore not before us. This Court is reluctant to address issues that are not properly before it. To begin with there is usually no factual background to identify the competing interests in the issue or to guide the enunciation of the determinative principles and the resulting relevant norms and rules. Furthermore, not all of the concerned actors will have been heard.

In this case, despite the late response of the Commission, the appellant nonetheless did ultimately obtain the information she was entitled to receive. Therefore, were we to allow this appeal, we would not need to order the Commission to provide that information. Accordingly, I would allow this appeal and set aside the decision of the Canadian Human Rights Commission which found the appellant's complaints unfounded; I would order the Commission to afford appellant a reasonable opportunity to make written submissions before adjudicating the complaints and, as agreed by respondent, grant the appellant her costs throughout on a solicitor-client basis.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Arki & Nahwegahbow, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

appelée à se prononcer directement sur les actes accomplis par la Commission en vertu de la Loi. On comprend donc que l'intimée souhaite obtenir l'opinion de la Cour sur les normes de conduite à suivre pour exercer sa compétence de façon appropriée, particulièrement en ce qui concerne la non-communication de renseignements dans les cas où cela est indiqué, et qu'elle en tirerait probablement profit.

En l'espèce la question du caractère confidentiel ne se posait pas. Cette question ne nous est donc pas soumise. Cette Cour hésite beaucoup à se pencher sur des questions dont elle n'a pas été dûment saisie. La raison à cela est tout d'abord qu'en règle générale elle ne dispose pas des faits qui permettent d'établir la nature des différents intérêts en cause ou qui servent de guide dans l'énonciation des principes déterminants et des normes et règles pertinentes qui en découlent. De plus, tous les intéressés n'auront pas été entendus.

En l'espèce, la Commission a effectivement fourni à l'appelante, mais non en temps voulu, les renseignements qu'elle avait demandés ou, à tout le moins, ceux auxquels elle avait droit. En conséquence, si le pourvoi est accueilli, nous n'avons pas à enjoindre à la Commission de le faire. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer la décision dans laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a jugé sans fondement les plaintes de l'appelante; je suis d'avis d'ordonner à la Commission d'accorder à l'appelante la possibilité réelle de présenter des observations écrites avant de statuer sur les plaintes, et de lui accorder ses dépens dans toutes les cours comme entre avocat et client, ainsi que l'intimée l'a accepté.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Arki & Nahwegahbow, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie *Appellant*;

and

Canada Labour Relations Board *Respondent*;

and

Canadian Broadcasting Corporation *Respondent*;

and

Roger Cuerrier *et al.* *Mis en cause*;

and

Deputy Attorney General of Canada, Department of Justice *Mis en cause.*

and between

Canada Labour Relations Board *Appellant*;

and

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie *Respondent*;

and

Canadian Broadcasting Corporation *Respondent*;

and

Roger Cuerrier *et al.* *Mis en cause*;

and

Deputy Attorney General of Canada, Department of Justice *Mis en cause.*

File No.: 16613.

1983: February 1, 2; 1984: November 22.

Present: Laskin C.J.* and Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour relations — Strike — Concerted refusal of employees to work overtime — Declaration that strike unlawful and prohibition of strike — Whether Canada Labour Relations Board exceeded its jurisdiction —

* The Chief Justice took no part in the judgment.

Le Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie *Appelant*;

et

Le Conseil canadien des relations du travail *Intimé*;

et

La Société Radio-Canada *Intimée*;

et

Roger Cuerrier et autres *Mis en cause*;

et

Le sous-procureur général du Canada, ministère de la Justice *Mis en cause.*

et entre

Le Conseil canadien des relations du travail *Appelant*;

et

Le Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie *Intimé*;

et

La Société Radio-Canada *Intimée*;

et

Roger Cuerrier et autres *Mis en cause*;

et

Le sous-procureur général du Canada, ministère de la Justice *Mis en cause.*

N° du greffe: 16613.

1983: 1, 2 février; 1984: 22 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Relations du travail — Grève — Refus concerté des employés de faire du travail supplémentaire — Déclaration du caractère illégal d'une grève et interdiction de grève — Le Conseil canadien des relations du travail

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64).

Labour relations — Unlawful strike — Special remedy — Order to parties to refer matter of overtime to arbitration — Remedy not authorized by Canada Labour Code — Remedy set aside — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(p) and 121 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 and 183 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 183.1 (ad. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 189 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; am. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68).

Judicial review — Order of Canada Labour Relations Board — Remedy not authorized by Code — Jurisdictional error at conclusion of hearing — Error within s. 28(1)(a) of Federal Court Act — Patently unreasonable error rule not applicable — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 122 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 43) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a).

After hearing the application made by the CBC pursuant to s. 182 of the *Canada Labour Code*, the Canada Labour Relations Board first found that the concerted refusal by production employees of the CBC to work overtime constituted an unlawful strike within the meaning of the Code, and second, ordered the Union and the CBC to submit the problem of overtime to arbitration. Arguing that the Board had exceeded its jurisdiction in both cases, the Union filed in the Federal Court of Appeal an application to review and set aside based on s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*. This application was allowed in part. The Court affirmed the first part of the order but set aside the second, finding that the Board had no jurisdiction to order the parties to refer the question of overtime to arbitration. The Union and the Board appealed from this decision. The present appeals are to determine whether the Board exceeded its jurisdiction, first, by finding that the refusal to do overtime constituted a strike, and second, by ordering the parties to submit the question of overtime to arbitration.

Held: The appeals should be dismissed.

a-t-il excédé sa compétence? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64).

Relations du travail — Grève illégale — Redressement particulier — Ordre aux parties de référer le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage — Remède non autorisé par le Code canadien du travail — Remède annulé — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 118p) et 121 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 et 183 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 183.1 (aj. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 189 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; mod. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68).

Contrôle judiciaire — Ordonnance du Conseil canadien des relations du travail — Remède non autorisé par le Code — Erreur juridictionnelle commise à l'étape de la conclusion de l'enquête — Erreur visée par l'al. 28(1)a) de la Loi sur la Cour fédérale — Critère de l'erreur manifestement déraisonnable inapplicable — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 122 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 43) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28(1)a).

Après l'audition de la requête présentée par la Société Radio-Canada en vertu de l'art. 182 du *Code canadien du travail*, le Conseil canadien des relations du travail a, dans un premier temps, décidé que le refus concerté des employés de production de la Société de faire du travail supplémentaire constituait une grève illégale au sens du Code et, dans un deuxième temps, ordonné au Syndicat et à la Société de soumettre le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage. Invoquant que le Conseil avait excédé sa compétence dans les deux cas, le Syndicat a présenté à la Cour d'appel fédérale une demande d'examen et d'annulation fondée sur l'art. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cette demande a été accueillie en partie. La Cour a confirmé la première partie de l'ordonnance mais annulé la deuxième statuant que le Conseil n'avait pas compétence pour ordonner aux parties de déférer le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage. Le Syndicat et le Conseil en appellent de cette décision. Les présents pourvois visent à déterminer si le Conseil a excédé sa compétence, d'une part, en décidant que le refus de faire du temps supplémentaire constituait une grève et, d'autre part, en ordonnant aux parties de soumettre le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

The Canada Labour Relations Board did not exceed its jurisdiction in finding that the collective ban on overtime constituted an unlawful strike within the meaning of the Code. It is wrong to suggest that in making this decision the Board committed a jurisdictional error on a preliminary matter fundamental to the exercise of its jurisdiction. The question of whether there is a strike is not a preliminary one: it is an integral part of the problem which the Board alone is responsible for settling. The wording of s. 182 does not justify separating it so as to place the question of the existence of a strike and of its legality on different levels. The Board clearly had jurisdiction under that section to resolve this matter, and its decision, based on abundant earlier authority, does not seem to be so patently unreasonable that its construction cannot be supported by the relevant legislation and demands intervention by the Court upon review.

However, the Board exceeded its jurisdiction by ordering the parties to refer the problem of overtime to arbitration. Sections 182, 183.1, 121 and 118(*p*) of the *Canada Labour Code*, taken together or in isolation, do not give the Board the power to make such an order. The Board erred in interpreting the provisions conferring jurisdiction and exercised a power which is not within those conferred upon it. Such an error falls within the scope of s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act* and is subject to having the decision containing it set aside. That section does not distinguish between types of excess of power, the stages of the hearing at which they occur and the circumstances causing them. It applies to any excess of power.

There is also no basis for considering, in connection with this part of the order, whether the Board's decision is based on a reasonable interpretation of the Act. The patently unreasonable interpretation rule applies only to errors which an administrative tribunal may have made in deciding a question considered as falling within the limits of its jurisdiction. The rule does not apply to a jurisdictional error.

Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation, [1979] 2 S.C.R. 227, applied; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, considered; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Blanco v. Rental*

Le Conseil canadien des relations du travail n'a pas excédé sa compétence en décidant que l'embargo collectif sur le temps supplémentaire constituait une grève illégale au sens du Code. Il est faux de prétendre qu'en rendant cette décision le Conseil a commis une erreur juridictionnelle portant sur un élément préliminaire essentiel à l'exercice de sa compétence. La question de savoir s'il y a grève n'est pas préliminaire; elle fait partie intégrante du problème que seul le Conseil est chargé de résoudre. Le texte de l'art. 182 ne justifie pas qu'on le scinde de façon à traiter sur des plans différents la question de l'existence d'une grève et celle de sa légalité. Le Conseil avait clairement compétence en vertu de cet article pour trancher cette question et sa décision, basée sur une jurisprudence abondante, n'apparaît pas déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire.

Le Conseil a toutefois excédé sa compétence en ordonnant aux parties de déférer le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage. Les articles 182, 183.1, 121 et l'al. 118*p*) du *Code canadien du travail*, interprétés ensemble ou isolément, n'accordent pas au Conseil le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Le Conseil a erré dans l'interprétation de dispositions attributives de compétence et a exercé un pouvoir qui n'entre pas dans ses attributions. Cette erreur juridictionnelle, commise à l'étape de la conclusion de l'enquête, donnait ouverture à révision judiciaire. Une telle erreur est en effet visée par l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale* et justifie l'annulation de la décision qui en est entachée. Cet alinéa ne distingue pas entre les types d'excès de pouvoir, les étapes de l'enquête où ils se produisent et les circonstances qui en sont la cause. Il vise tous les excès de pouvoirs.

Il n'y a pas lieu non plus de se demander à propos de cette partie de l'ordonnance, si la décision du Conseil est fondée sur une interprétation raisonnable de la loi. Le critère de l'interprétation manifestement déraisonnable ne vise que les erreurs qu'un tribunal administratif peut avoir commises dans la détermination d'une question considérée comme entrant dans le cadre de sa compétence. Le critère ne s'applique pas à une erreur juridictionnelle.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; arrêts considérés: *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; arrêts mentionnés:

Commission, [1980] 2 S.C.R. 827; *C.L.R.B. v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *St. Luc Hospital v. Lafrance*, [1982] 1 S.C.R. 974; *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176; *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172; *Weyerhaeuser Canada Ltd. and Pulp, Paper, Woodworkers of Canada, Local 10*, [1976] 2 Can LRBR 41; *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd. v. International Woodworkers of America, Local 1-85* (1969), 71 W.W.R. 561 (S.C.); (1970), 73 W.W.R. 584 (C.A.); *National Harbours Board and The Officers of the Respondent Union and the Employee Members of the Union*, [1979] 3 Can LRBR 502, referred to.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] 1 F.C. 471, which set aside in part an order of the Canada Labour Relations Board (1980), 40 di 35, [1981] 2 Can LRBR 52. Appeals dismissed.

Ian Scott, Q.C., and *Louis LeBel*, for the Canada Labour Relations Board.

Michel Robert, for the Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie.

Roy L. Heenan, for the Canadian Broadcasting Corporation.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—Proceedings and facts

The two appeals, that of the Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie (the "Syndicat") and that of the Canada Labour Relations Board (the "Board"), are from a decision of the Federal Court of Appeal dismissing in part and allowing in part an application by the Syndicat to review and set aside an order made by the Board. This order allowed an application by the Canadian Broadcasting Corporation (the "CBC") for a declaration of an unlawful strike, and prohibition of the strike, based on s. 182 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (the "Code"). The application to review and set aside made by the Syndicat was based on s. 122(1) of

Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte, [1982] 1 R.C.S. 710; *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827; *C.C.R.T. c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245; *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *Hôpital St-Luc c. Lafrance*, [1982] 1 R.C.S. 974; *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176; *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172; *Weyerhaeuser Canada Ltd. and Pulp, Paper, Woodworkers of Canada, Local 10*, [1976] 2 Can LRBR 41; *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd. v. International Woodworkers of America, Local 1-85* (1969), 71 W.W.R. 561 (C.S.); (1970), 73 W.W.R. 584 (C.A.); *National Harbours Board and The Officers of the Respondent Union and the Employee Members of the Union*, [1979] 3 Can LRBR 502.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] 1 C.F. 471, qui a annulé en partie une ordonnance du Conseil canadien des relations du travail (1980), 40 di 35, [1981] 2 Can LRBR 52. Pourvois rejetés.

Ian Scott, c.r., et *Louis LeBel*, pour le Conseil canadien des relations du travail.

Michel Robert, pour le Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie.

Roy L. Heenan, pour la Société Radio-Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Les procédures et les faits

Les deux pourvois, celui du Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie, (le «Syndicat»), et celui du Conseil canadien des relations du travail, (le «Conseil»), attaquent un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui rejette en partie et accueille en partie la demande d'examen et d'annulation faite par le Syndicat d'une ordonnance prononcée par le Conseil. Cette ordonnance accueille une requête de la Société Radio-Canada, («Radio-Canada»), pour déclaration du caractère illégal d'une grève et interdiction de grève, requête fondée sur l'art. 182 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, (le «Code»). La demande d'examen et d'annulation présentée par le Syndicat

the Code and s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

The decision of the Federal Court of Appeal was published *sub nom. Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. C.L.R.B.*, [1982] 1 F.C. 471. It was heard by Pratte and Le Dain JJ. and Hyde D.J. The unanimous reasons of the Court were rendered by Pratte J. who described the facts at pp. 472-74:

On November 30, 1979 the Board received an application made by the Canadian Broadcasting Corporation pursuant to section 182 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended. The Corporation alleged that its production employees in Montreal, Quebec and Moncton were participating in an unlawful strike authorized by applicant Union by refusing, at the behest of the Union, to do overtime; it asked the Board to rule that this concerted refusal to do overtime constituted an unlawful strike and order the Union to revoke its decision to authorize this strike and to inform employees thereof forthwith, and prohibit the employees in question from proceeding with the strike. The Board held an inquiry and heard the parties. It found that, pursuant to section 180 of the *Canada Labour Code*, the employees in question were not authorized to strike, that the Union had in fact given these employees an instruction to refuse to do overtime, and further that this instruction was more fully complied with by employees in Moncton and Quebec City than in Montreal; finally, it found that the Union had given this instruction as a means of inducing the Corporation to recognize that, under the collective agreement in effect, it did not have a right to require its employees to do overtime. On December 5, 1979, the Board allowed the application of the Canadian Broadcasting Corporation; its decision is contained in paragraphs 3 and 4 of the order it made on that day:

> 3. Moreover, the ban on overtime constitutes an unlawful strike within the meaning of the Code and the Board so declares.
>
> However, the Board has decided in the present circumstances and for the time being, to exercise its discretion and not issue an order in this regard with respect to the Corporation's employees in Montreal, but hereby orders that the said ban be ended immediately in Moncton and Quebec City, that all employees in the bargaining unit and the respondent union in these two locations comply with this order immediate-

est fondée sur le par. 122(1) du Code et l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10.

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale a été publié *sub nom. Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. C.C.R.T.*, [1982] 1 C.F. 471. Y ont participé les juges Pratte et Le Dain et le juge suppléant Hyde. Le juge Pratte en a prononcé les motifs unanimes. Il relate les faits aux pp. 472 à 474:

Le 30 novembre 1979, le Conseil recevait une requête présentée par la Société Radio-Canada en vertu de l'article 182 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1, modifié. La Société alléguait que ses employés préposés à la production à Montréal, Québec et Moncton, participaient à une grève illégale autorisée par le Syndicat requérant en refusant, à l'instigation du Syndicat, d'effectuer tout travail supplémentaire; elle demandait que le Conseil déclare que ce refus concerté de faire du travail supplémentaire constituait une grève illégale, ordonne au Syndicat de revenir sur sa décision d'autoriser cette grève et d'en informer sans délai les employés et interdise aux employés concernés de poursuivre la grève. Le conseil fit enquête et entendit les parties. Il constata que les employés concernés n'étaient pas autorisés, suivant l'article 180 du *Code canadien du travail*, à faire la grève, que le Syndicat avait bel et bien donné à ces employés la consigne de refuser tout travail supplémentaire et, aussi, que cette consigne était plus fidèlement suivie par les employés de Moncton et Québec que par ceux de Montréal; il constata enfin que le Syndicat avait donné cette consigne dans le but d'amener la Société à reconnaître que, suivant la convention collective en vigueur, elle n'avait pas le droit d'obliger ses employés à faire du travail supplémentaire. Le 5 décembre 1979, le Conseil faisait droit à la requête de la Société Radio-Canada; sa décision est contenue dans les paragraphes 3 et 4 de l'ordonnance qu'il prononça ce jour-là:

> 3. De plus, l'embargo sur le temps supplémentaire constitue une grève illégale au sens du Code et le Conseil ce déclare.
>
> Cependant, le Conseil a décidé dans les circonstances présentes et pour le moment d'exercer sa discrétion de ne pas faire émaner d'ordonnance à ce sujet en ce qui concerne les employés de la Société à Montréal, mais il ordonne par les présentes que ledit embargo cesse immédiatement à Moncton et à Québec et que tous les employés membres de l'unité de négociation et que le syndicat intimé dans ces deux localités doivent se

ly, as well, the respondent union shall give notice of this order to all its members immediately;

4. The two parties, namely, the respondent union and the Canadian Broadcasting Corporation, French Services Division, are ordered to immediately submit the problem of whether or not overtime is voluntary according to the provisions of the collective agreement now in force, to an arbitrator appointed pursuant to the provisions of section 155(2)(*c*) and/or (*d*) of the *Canada Labour Code*, by means of one of the grievances which is now pending and which deals with this question. The arbitrator shall give priority to this matter in accordance with the expedited arbitration procedure, and his decision should resolve this problem until the signing of a collective agreement which will replace the present one, which may contain different provisions on this subject.

As Pratte J. noted, the first two paragraphs of the order made by the Board allowed another application made by the CBC concurrently regarding another group of employees. These first two paragraphs are not at issue.

The Federal Court of Appeal dismissed the application to review and set aside paragraph 3 of the order made by the Board, but it allowed the application in respect of paragraph 4 of the order, and set aside this paragraph, which it considered was beyond the jurisdiction of the Board.

In its appeal, the Syndicat is asking this Court to reverse the part of the decision of the Federal Court of Appeal dismissing its application to review and set aside paragraph 3 of the order made by the Board; it also opposes the latter's appeal, and asks the Court to affirm the part of the Court of Appeal decision setting aside paragraph 4 of the order.

The Board takes the converse position. It defends its jurisdiction, asks the Court in its appeal to reverse the part of the Federal Court of Appeal judgment setting aside paragraph 4 of its order, opposes the appeal by the Syndicat, and asks the Court to affirm the part of the Court of Appeal decision dismissing the application to review and set aside paragraph 3.

conformer à cette ordonnance immédiatement de même que le syndicat intimé qui devra en informer tous ses membres immédiatement;

4. Il est ordonné aux deux parties, le syndicat intimé et la Société Radio-Canada, Division française de soumettre immédiatement le problème à savoir si le travail supplémentaire est facultatif ou non, selon les dispositions de la convention collective en vigueur présentement à un arbitre nommé selon les dispositions de l'article 155(2)*c*) ou/et *d*) du *Code canadien du travail*, en utilisant un des griefs présentement en suspens et portant sur cette même question. Ledit arbitre devra traiter cet arbitrage en priorité et selon la méthode d'arbitrage accéléré et sa décision devrait résoudre ce problème jusqu'à la signature d'une convention collective supplantant la présente qui contiendrait des dispositions différentes à ce sujet.

Comme le note le juge Pratte, les deux premiers paragraphes de l'ordonnance prononcée par le Conseil font droit à une autre requête présentée en même temps par Radio-Canada au sujet d'un autre groupe d'employés. Ces deux premiers paragraphes ne sont pas en cause.

La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen et d'annulation visant le paragraphe 3 de l'ordonnance prononcée par le Conseil mais elle a accueilli la demande visant le paragraphe 4 de l'ordonnance et annulé ce paragraphe qui, selon elle, excède la compétence du Conseil.

Par son pourvoi, le Syndicat demande à cette Cour d'infirmer la partie de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale qui rejette sa demande d'examen et d'annulation visant le paragraphe 3 de l'ordonnance prononcée par le Conseil; il s'oppose aussi au pourvoi de ce dernier et il nous demande de confirmer la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui annule le paragraphe 4 de l'ordonnance.

Le Conseil fait l'inverse. Il défend sa compétence, nous demande par son pourvoi d'infirmer la partie de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale qui annule le paragraphe 4 de son ordonnance et, s'opposant au pourvoi du Syndicat, il nous demande de confirmer la partie de l'arrêt de la Cour d'appel qui rejette la demande d'examen et d'annulation visant le paragraphe 3.

For its part, the CBC filed a submission opposing the appeal of the Syndicat.

The other parties were not represented at the hearing.

II—Legislation

The principal provisions setting out the Board's jurisdiction in the case at bar are contained in ss. 182 and 183.1 of the Code:

182. Where an employer alleges that a trade union has declared or authorized a strike, or that employees have participated, are participating or are likely to participate in a strike, the effect of which was, is or would be to involve the participation of an employee in a strike in contravention of this Part, the employer may apply to the Board for a declaration that the strike was, is or would be unlawful and the Board may, after affording the trade union or employees an opportunity to be heard on the application, make such a declaration and, if the employer so requests, may make an order

(*a*) requiring the trade union to revoke the declaration or authorization to strike and to give notice of such revocation forthwith to the employees to whom it was directed;

(*b*) enjoining any employee from participating in the strike;

(*c*) requiring any employee who is participating in the strike to perform the duties of his employment; and

(*d*) requiring any trade union, of which any employee with respect to whom an order is made under paragraph (*b*) or (*c*) is a member, and any officer or representative of that union, forthwith to give notice of any order made under paragraph (*b*) or (*c*) to any employee to whom it applies.

183.1 (1) An order made under section 182 or 183

(*a*) shall be in such terms as the Board considers necessary and sufficient to meet the circumstances of the case; and

(*b*) subject to subsection (2), shall have effect for such time as is specified in the order.

(2) Where the Board makes an order under section 182 or 183, the Board may, from time to time on application by the employer or trade union that requested the order or any employer, trade union, employee or other person affected thereby, notice of which application has been given to the parties named in the order, by supplementary order

Radio-Canada, pour sa part, a présenté un mémoire qui s'oppose au pourvoi du Syndicat.

Quant aux autres parties, elles n'étaient pas représentées à l'audition.

II—Les textes législatifs

Les dispositions principales qui délimitent la compétence du Conseil en l'espèce, se trouvent aux articles 182 et 183.1 du Code:

182. Lorsqu'un employeur prétend qu'un syndicat a déclaré ou autorisé une grève, ou que des employés ont participé, participent ou participeront vraisemblablement à une grève, et que cette grève a eu, a ou aurait pour effet d'entraîner la participation d'un employé à une grève en violation de la présente Partie, l'employeur peut demander au Conseil de déclarer que la grève était, est ou serait illégale et le Conseil peut, après avoir donné au syndicat ou aux employés la possibilité de se faire entendre au sujet de cette demande, faire une telle déclaration et, à la demande de l'employeur, rendre une ordonnance pour

a) enjoindre au syndicat de revenir sur sa décision de déclarer ou d'autoriser une grève, et d'en informer sans délai les employés concernés;

b) interdire à tout employé de participer à la grève;

c) ordonner à tout employé qui participe à la grève d'accomplir ses fonctions; et

d) sommer les dirigeants ou représentants d'un syndicat de porter sans délai à la connaissance de ceux de leurs membres que cela peut viser les interdictions ou les ordres établis en vertu des alinéas *b*) ou *c*).

183.1 (1) Les ordonnances établies en vertu des articles 182 ou 183

a) doivent renfermer les dispositions que, eu égard aux circonstances, le Conseil juge indiquées; et

b) sous réserve du paragraphe (2), sont en vigueur pour la durée qu'elles précisent.

(2) Le Conseil peut, à la demande de l'employeur ou du syndicat qui a demandé l'ordonnance rendue en vertu des articles 182 ou 183 ou de tout employeur, syndicat, employé ou toute autre personne concernée et à condition qu'un avis de la présentation de la demande ait été donné aux parties nommées dans l'ordonnance, par une ordonnance supplémentaire,

(*a*) continue the order, with or without modification, for such period as is stated in the supplementary order; or

(*b*) revoke the order.

Reference was also made to ss. 118(*p*) and 121:

118. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

. . .

(*p*) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding . . .

121. The Board shall exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed upon it by, or as may be incidental to the attainment of the objects of, this Part including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with the provisions of this Part, with any regulation made under this Part or with any decision made in respect of a matter before the Board.

However, reference should also be made to s. 122(1) of the Code and s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*.

122. (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 section 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*.

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or other tribunal

(*a*) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

It should be recalled that privative clauses like those resulting from the combined effect of these last two provisions do not confer a right of appeal. They do not empower the court undertaking the review to make the decision which an administrative tribunal like the Board should have made,

a) proroger l'ordonnance, pour une période qu'il précise dans l'ordonnance supplémentaire, sous une forme modifiée s'il y a lieu; ou

b) l'abroger.

On a également invoqué l'al. 118*p*) et l'art. 121:

118. Le Conseil a relativement à toute procédure engagée devant lui, pouvoir

. . .

p) de trancher à toutes fins afférentes à la présente Partie toute question qui peut se poser, à l'occasion de la procédure . . .

121. Le Conseil exerce les pouvoirs et fonctions que lui attribue la présente Partie ou qui peuvent être nécessaires à la réalisation des objets de la présente Partie, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, il rend des ordonnances comportant obligation de se conformer aux dispositions de la présente Partie, de tout règlement pris sous son régime ou de toute décision rendue dans une affaire dont il est saisi.

Mais il importe de citer aussi le par. 122(1) du Code et l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

122. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, toute ordonnance ou décision du Conseil est définitive et ne peut être remise en question devant un tribunal ni revisée par un tribunal, si ce n'est conformément à l'alinéa 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

Faut-il le rappeler, des clauses privatives comme celles qui résultent de la combinaison de ces deux dernières dispositions ne confèrent pas un droit d'appel. Elles n'habilitent pas la cour chargée de la révision à rendre la décision qu'un tribunal administratif comme le Conseil aurait dû rendre quoi-

though they allow it to indicate in some cases what it should have done and to refer the case back to it for action accordingly. They do not even empower the court to set aside the decision of an administrative tribunal because of a mere error of law. If the Board commits such an error, its decision remains unassailable.

A mere error of law is an error committed by an administrative tribunal in good faith in interpreting or applying a provision of its enabling Act, of another Act, or of an agreement or other document which it has to interpret and apply within the limits of its jurisdiction.

A mere error of law is to be distinguished from one resulting from a patently unreasonable interpretation of a provision which an administrative tribunal is required to apply within the limits of its jurisdiction. This kind of error amounts to a fraud on the law or a deliberate refusal to comply with it. As Dickson J. (as he then was) described it, speaking for the whole Court in *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227 at p. 237, it is

> . . . so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review . . .

An error of this kind is treated as an act which is done arbitrarily or in bad faith and is contrary to the principles of natural justice. Such an error falls within the scope of s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*, and is subject to having the decision containing it set aside.

A mere error of law should also be distinguished from a jurisdictional error. This relates generally to a provision which confers jurisdiction, that is, one which describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal, or which is [TRANSLATION] "intended to circumscribe the authority" of that tribunal, as Pigeon J. said in *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172 at p. 175. A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction,

qu'elles lui permettent d'indiquer en certains cas les actes qu'il aurait dû accomplir et de lui retourner l'affaire pour qu'il y soit donné suite. Elles n'habilitent même pas la cour à casser la décision d'un tribunal administratif à cause d'une simple erreur de droit. Si le Conseil commet une telle erreur, sa décision reste intangible.

La simple erreur de droit est l'erreur commise de bonne foi par un tribunal administratif dans l'interprétation ou l'application d'une disposition de sa loi constitutive, d'une autre loi, d'une convention ou d'un autre document qu'il est chargé d'interpréter et d'appliquer dans les cadres de sa compétence.

La simple erreur de droit se distingue de celle qui résulte d'une interprétation manifestement déraisonnable d'une disposition qu'un tribunal administratif est chargé d'appliquer dans les cadres de sa compétence. Cette sorte d'erreur équivaut à une fraude à la loi ou à un refus délibéré d'y obéir. Comme l'a décrite le juge Dickson—il n'était pas encore Juge en chef—parlant pour toute la Cour dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 à la p. 237, elle est

> . . . déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire . . .

Une erreur de cette nature est assimilée à un acte arbitraire ou posé de mauvaise foi et contraire aux principes de la justice naturelle. Une telle erreur est visée par l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale* et justifie l'annulation de la décision qui en est entachée.

Il faut également distinguer la simple erreur de droit de l'erreur de compétence ou erreur juridictionnelle. Celle-ci porte généralement sur une disposition attributive de compétence, c'est-à-dire sur une disposition qui décrit, énumère et limite les pouvoirs d'un tribunal administratif ou qui est «destiné(e) à circonscrire le champ d'activité» de ce tribunal comme le dit le juge Pigeon dans *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172 à la p. 175. L'erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent

whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside, because it also falls within s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*.

Another error which has sometimes been regarded as jurisdictional is one relating to a matter which is preliminary or collateral, but supposedly essential to the exercise of the jurisdiction as a kind of condition thereof. This however is a fleeting and vague concept against which the courts were warned by this Court in *New Brunswick Liquor Corporation* (*supra*), at p. 233, once the initial jurisdiction of the administrative body holding the hearing has been established at the outset.

III—Appeal by the Syndicat

In view of the limitations imposed on the review power of the Federal Court of Appeal by s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*, the principal argument of the Syndicat is the jurisdictional error which it said the Board committed in deciding that the ban on overtime constituted a strike. In its submission, it said:

[TRANSLATION] The Federal Court of Appeal, by refusing to set aside the order contained in paragraph 3, erred in law in that the Board, when it ruled that the refusal to do overtime, which was in fact optional, constituted a strike, committed an error of law and of fact on an essential matter on which the exercise of its jurisdiction under s. 182 of the Canada Labour Code depended, namely the existence of a strike at the CBC.

. . .

Section 182 of the Canada Labour Code confers on the Board the power to declare whether a strike "was, is or would be unlawful" and the power to make the orders mentioned in paras. (a), (b), (c) and (d) of the said section. The Board's power is thus concerned essentially with the legality of the strike.

However, there must be a strike in progress within the meaning of s. 107(1) of the Canada Labour Code. The existence of a strike, a mixed question of law and fact, is a preliminary, fundamental and collateral condition for

un excès de compétence ou un refus d'exercer une compétence, soit dans l'ouverture d'une enquête, soit en cours d'enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l'annulation de la décision qui en est entachée car elle est également visée par l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il est aussi arrivé que l'on considère comme juridictionnelle l'erreur qui porte sur un élément préliminaire ou accessoire mais essentiel à l'exercice de la compétence et qui en constituerait une espèce de condition. Mais il s'agit là d'une notion fuyante et incertaine contre laquelle cette Cour a mis les tribunaux en garde, dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité), à la p. 233, une fois établie, au début de l'enquête, la compétence initiale de l'organisme administratif qui entreprend cette enquête.

III—Le pourvoi du Syndicat

Vu les limitations apportées au pouvoir de révision de la Cour d'appel fédérale par l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, le Syndicat invoque comme moyen principal l'erreur juridictionnelle que le Conseil aurait commise en décidant que l'embargo sur le temps supplémentaire constitue une grève. Voici comment il s'exprime dans son mémoire:

La Cour d'appel fédérale, en refusant d'annuler l'ordonnance contenue au paragraphe 3 a erré en droit en ce sens que le Conseil, en décrétant que le refus d'exécuter du temps supplémentaire, par ailleurs facultatif, constituait une grève, a commis une erreur de droit et de fait sur un élément essentiel et préliminaire à l'exercice de sa juridiction, en vertu de l'article 182 du Code canadien du travail, à savoir l'existence d'une grève à Radio-Canada.

. . .

L'article 182 du Code canadien du travail confère au Conseil le pouvoir de déclarer si une grève «était, est ou serait illégale» et le pouvoir de prononcer les ordonnances qui sont mentionnées aux alinéas a) b) c) et d) dudit article. Le pouvoir du Conseil a donc pour objet essentiel la légalité de la grève.

Mais encore faut-il qu'il y ait une grève en cours au sens de l'article 107(1) du Code canadien du travail. L'existence d'une grève, question mixte de droit et de fait, est une condition préliminaire, essentielle et collaté-

the exercise of the Board's jurisdiction over the declaration of illegality mentioned in s. 182 of the said Code, otherwise no order can be made under that section.

For the Board to have jurisdiction to make an order under s. 182 of the Canada Labour Code, there must first have been a strike, giving the Board the jurisdiction that enables it to make such an order, or it will lose its jurisdiction to do so. The existence of a strike is thus a prerequisite to the existence of the Board's jurisdiction to make an order under s. 182 of the said Code.

The Syndicat alleged alternatively that, by deciding that the concerted refusal to do optional overtime constituted a strike within the meaning of s. 107 the Board committed

[TRANSLATION] . . . at least . . . a patently unreasonable error of law depriving it of all jurisdiction and forming a basis for judicial review.

In my opinion the Court cannot accept the Syndicat's main submission, namely that the Board's jurisdiction is concerned essentially with the legality of a strike, a question on which it could be in error without the validity of its decision being affected thereby, but depends on the existence of a strike, another matter which it must deal with without being in error, otherwise it will be acting beyond its jurisdiction. By this arbitrary division of the Board's powers, not justified either by the wording of s. 182 of the Code or by principle, the Syndicat is artificially introducing into the discussion the very concept of an error on a preliminary matter essential to the exercise of the jurisdiction which this Court sought to avoid in *New Brunswick Liquor Corporation* (*supra*).

According to the actual wording of s. 182 of the Code, the Board has jurisdiction when it has before it an application by the employer on a twofold basis: first, "that a trade union has declared or authorized a strike, or that employees have participated, are participating or are likely to participate in a strike"; and second, "the effect of which was, is or would be to involve the participation of an employee in a strike in contravention of this Part". When it has such an application before it, the Board must of necessity rule on each of the two claims, and make the declaration requested if

rale à l'exercice de la compétence du Conseil relativement à la déclaration d'illégalité prévue par l'article 182 dudit Code, sinon aucune ordonnance en vertu dudit article 182 ne saurait émaner.

Pour que le Conseil ait juridiction pour rendre une ordonnance en vertu de l'article 182 du Code canadien du travail, il faut préliminairement qu'il y ait une grève, fait créateur de la juridiction du Conseil pour l'habiliter à rendre une telle ordonnance, sinon, il perd juridiction pour ce faire. L'existence d'une grève est donc une condition préalable à l'existence de la juridiction du Conseil de rendre une ordonnance en vertu de l'article 182 dudit Code.

Le Syndicat allègue subsidiairement qu'en décidant que le refus concerté d'effectuer du temps supplémentaire facultatif constituait une grève au sens de l'art. 107, le Conseil a commis

. . . à tout le moins . . . une erreur de droit manifestement déraisonnable lui enlevant toute juridiction et qui donne ouverture à une révision judiciaire.

Est mal fondé, à mon avis, le moyen principal du Syndicat selon lequel la compétence du Conseil porterait essentiellement sur la légalité d'une grève, question à propos de laquelle il pourrait se tromper sans que la validité de sa décision en soit affectée, mais dépendrait de l'existence d'une grève, autre question à laquelle il devrait répondre sans se tromper, sous peine d'excéder sa compétence. Par cette division arbitraire des pouvoirs du Conseil, que ne justifient ni le texte de l'art. 182 du Code, ni les principes, le Syndicat importe artificiellement dans le débat cette notion d'erreur sur un élément préliminaire mais essentiel à l'exercice de la compétence que cette Cour a justement voulu éviter dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité).

Selon la lettre même de l'art. 182 du Code, la compétence du Conseil est engagée lorsqu'il est saisi d'une demande de l'employeur fondée sur une double prétention: la prétention, d'une part, «qu'un syndicat a déclaré ou autorisé une grève, ou que des employés ont participé, participent ou participeront vraisemblablement à une grève»; la prétention d'autre part, «que cette grève a eu, a ou aurait pour effet d'entraîner la participation d'un employé à une grève en violation de la présente Partie». Saisi d'une telle demande, le Conseil doit nécessairement statuer sur chacune des deux pré-

it is of the opinion that the two claims are valid. It may also make the other orders mentioned in s. 182. The question of whether there is a strike is not a preliminary one: it is an integral part of the principal problem which the Board alone is responsible for settling, as to whether there was an unlawful strike.

As counsel for the Board correctly argued in their submission:

[TRANSLATION] The proper jurisdiction of the Board, when it has before it an application under s. 182, consists in determining whether the situation alleged by the employer constitutes an unlawful cessation of work within the meaning of the Canada Labour Code. Even in the narrowest interpretation of the Board's duties under s. 182, the role given to the Board is to determine whether the situation of fact alleged by the employer and established by the evidence presented before the Board does in fact constitute a strike. It is for the Board and for no other body to determine whether there is an unlawful strike.

I would add that both the question of the existence of a strike and of its legality belong to this category of questions which falls within the special expertise of the Board, and there is no theoretical or practical reason to separate them by placing them on different levels—quite the contrary. In order to answer these questions, the Board must investigate the facts and interpret the statutory definition of a strike contained in s. 107(1) of the Code:

"strike" includes

(*a*) a cessation of work or a refusal to work or to continue to work by employees, in combination or in concert or in accordance with a common understanding, and

(*b*) a slowdown of work or other concerted activity on the part of employees in relation to their work that is designed to restrict or limit output;

The Board is also required to interpret s. 180 of the Code, which prescribes the conditions on which strikes and lockouts will be legal. These provisions do not confer jurisdiction, and the Board must interpret them within the limits of the exclusive jurisdiction conferred on it by s. 182. The latter section does confer jurisdiction, but the so-called jurisdictional error which the Syndicat alleges the

tentions et faire la déclaration demandée s'il est d'avis que les deux prétentions sont fondées. Il peut aussi prononcer les autres ordonnances prévues à l'art. 182. La question de savoir s'il y a grève n'est pas préliminaire; elle fait partie intégrante du problème principal que seul le Conseil est chargé de résoudre: y a-t-il grève illégale?

Comme le soutiennent à juste titre les procureurs du Conseil dans leur mémoire:

La juridiction propre du Conseil, saisi d'une demande en vertu de l'article 182, consiste à déterminer si la situation que l'employeur alléguait constituait un arrêt de travail illégal au sens du Code canadien du travail. Même dans l'interprétation la plus étroite des fonctions du Conseil en vertu de l'article 182, le rôle confié au Conseil était de déterminer si la situation de fait alléguée par l'employeur et établie par la preuve offerte devant le Conseil constituait effectivement une grève. Il revenait au Conseil et à nul autre organisme de déterminer s'il y avait grève illégale ou non.

J'ajouterai que tant la question de l'existence d'une grève que celle de sa légalité appartiennent à ce genre de questions qui relèvent de l'expertise particulière du Conseil et qu'il n'y a aucune raison théorique ou pratique—bien au contraire—de les scinder en les plaçant sur des plans différents. Pour répondre à ces questions, le Conseil doit s'enquérir des faits et interpréter la définition statutaire de la grève que l'on trouve au par. 107(1) du Code:

«grève» s'entend

a) d'un arrêt du travail ou d'un refus de travailler ou de continuer de travailler, de la part d'employés agissant conjointement, de concert ou de connivence, et

b) d'un ralentissement du travail ou d'autres activités concertées d'employés relatives à leur travail, lorsque ces mesures sont destinées à réduire ou à limiter le rendement;

Le Conseil doit également interpréter l'art. 180 du Code qui prescrit les conditions auxquelles est subordonnée la légalité des grèves et lock-out. Ces dispositions ne sont pas attributives de compétence et il incombe au Conseil de les interpréter dans les cadres de la compétence exclusive que lui confère l'art. 182. Ce dernier article est attributif de compétence mais ce n'est pas sur lui que, dans le

Board made in the first of these two appeals does not relate to this section.

The alternative argument made by the Syndicat, namely the patently unreasonable nature of the Board's decision, also appears to me to be without foundation.

In finding that the collective ban on overtime was a strike, the Board relied on what it described as uniform earlier authority, described by the Federal Court of Appeal as abundant, to the effect that the right of employees to individually refuse to do overtime, when such a right exists, does not preclude a conclusion that there is a strike within the meaning of s. 107(1) of the Code when that right is exercised by employees in a collective, concerted and systematic way. See, for example, *Weyerhaeuser Canada Ltd. and Pulp, Paper Woodworkers of Canada, Local 10*, [1976] 2 Can LRBR 41; *National Harbours Board and The Officers of the Respondent Union and the Employee Members of the Union*, [1979] 3 Can LRBR 502; *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd. v. International Woodworkers of America, Local 1-85* (1969), 71 W.W.R. 561 (B.C.S.C.); (1970), 73 W.W.R. 584 (B.C.C.A.)

I do not think it is possible to argue that this decision is

> . . . so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review . . .

Finally, the Syndicat alleged that the Board had not itself decided whether the overtime was individually optional under the collective agreement, and in light of certain provisions of the Code such as ss. 29, 29.1, 30, 31, 32 and 33 regarding hours of work.

These provisions do not confer jurisdiction either, and the Board would not have exceeded its jurisdiction even if it had erred in interpreting them. It is true that the Board did not undertake to interpret them: however, s. 182 of the Code does not in any way require the Board to decide such a question. Moreover, in making the decision it made in paragraph 3 of its order, the Board

premier de ces deux pourvois, porte l'erreur soi-disant juridictionnelle que le Syndicat reproche au Conseil.

Le moyen subsidiaire invoqué par le Syndicat c'est-à-dire le caractère manifestement déraisonnable de la décision du Conseil me paraît également mal fondé.

Pour conclure que l'embargo collectif sur le temps supplémentaire est une grève, le Conseil s'est appuyé sur une jurisprudence qu'il qualifie de constante et que la Cour d'appel fédérale qualifie d'abondante, selon laquelle le droit des employés de refuser individuellement de faire du temps supplémentaire, lorsque ce droit existe, n'empêche pas que l'on puisse considérer qu'il y a grève au sens du par. 107(1) du Code, lorsque ce droit est exercé de façon collective, concertée et systématique par les employés. Voir par exemple: *Weyerhaeuser Canada Ltd. and Pulp, Paper, Woodworkers of Canada, Local 10*, [1976] 2 Can LRBR 41; *National Harbours Board and The Officers of the Respondent Union and the Employee Members of the Union*, [1979] 3 Can LRBR 502; *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd. v. International Woodworkers of America, Local 1-85* (1969), 71 W.W.R. 561 (C.S. C.-B.); (1970), 73 W.W.R. 584 (C.A. C.-B.)

Il me paraît impossible de soutenir que cette décision est

> . . . déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire . . .

Le Syndicat reproche enfin au Conseil de n'avoir pas décidé lui-même si le travail à temps supplémentaire était individuellement facultatif en vertu de la convention collective et compte tenu de certaines dispositions du Code telles les art. 29, 29.1, 30, 31, 32 et 33 relatifs à la durée du travail.

Ces dispositions ne sont pas elles non plus attributives de compétence et le Conseil n'aurait pas excédé sa compétence même s'il avait erré dans leur interprétation. Il est vrai que le Conseil n'a pas procédé à leur interprétation. Mais l'art. 182 du Code n'impose en aucune façon au Conseil de décider une telle question. D'ailleurs, pour rendre la décision qu'il a rendue au paragraphe 3 de son

assumed that the overtime was individually optional, as the Syndicat argued. The latter cannot expect more than that.

On the appeal of the Syndicat as a whole, I am entirely in agreement with the reasons of the Federal Court of Appeal at pp. 474-75:

> In its application the Canadian Broadcasting Corporation asked the Board to exercise the authority conferred upon it by section 182. In exercising that authority, the Board had to hear the application and decide whether it should be allowed. Among other questions, the Board had to decide whether the concerted refusal of the employees to do overtime constituted a strike within the meaning of the Act. It was for the Board to answer this question, and in doing so, it remained within the limits of its jurisdiction unless its reply was based on a manifestly unreasonable interpretation of the Act. In deciding that the refusal to do overtime constituted a strike, the Board relied on a large number of precedents; I think it is clear that its decision cannot be said to be manifestly incorrect or based on an unreasonable interpretation of the Act. It follows that, even if the Board was mistaken on this point, it did not on that account cease to have jurisdiction over the matter.

I would dismiss the appeal of the Syndicat with costs in favour of the Board and the CBC.

IV—Appeal by the Board

This appeal relates to paragraph 4 of the order made by the Board, which was set aside by the Federal Court of Appeal.

1. *Reasons of the Board*

In its reasons, 40 di 35, the Board mentions the circumstances which led it to make this part of its order, the problems which it sought to remedy by this means and the provisions and principles which in its opinion gave it the power to make this kind of decision (at p. 39):

> The ban on overtime stems from a series of grievances filed under the provisions of the collective agreement between C.U.P.E. and the Corporation, in force from 1973 to 1975. The relevant section of this collective agreement, Article 30, has not changed significantly over the years.

After citing article 30 of the collective agreement, the Board continued:

ordonnance, le Conseil a tenu pour acquis que le temps supplémentaire était individuellement facultatif, comme le soutenait le Syndicat. Ce dernier ne peut demander plus.

Sur le pourvoi du Syndicat dans son ensemble je suis entièrement d'accord avec les motifs de la Cour d'appel fédérale aux pp. 474 et 475:

> La Société Radio-Canada, par sa requête, demandait au Conseil d'exercer la compétence que lui conférait l'article 182. Dans l'exercice de cette compétence, le Conseil devait recevoir la requête et juger si elle devait être accordée. Entre autres questions, le Conseil devait décider si le refus concerté des employés d'effectuer du travail supplémentaire constituait une grève au sens de la Loi. Il appartenait au Conseil de répondre à cette question et, en le faisant, il demeurait dans les limites de sa compétence à moins que sa réponse n'ait été fondée sur une interprétation manifestement déraisonnable de la Loi. En décidant que le refus d'effectuer du travail supplémentaire constituait une grève, le Conseil s'est appuyé sur une abondante jurisprudence; il m'apparaît évident qu'on ne peut dire que sa décision soit manifestement erronée ou fondée sur une interprétation déraisonnable de la Loi. Il s'ensuit que, même si le Conseil s'était trompé sur ce point, il n'aurait pas, à cause de cela, cessé d'avoir compétence en l'espèce.

Je rejetterais le pourvoi du Syndicat avec dépens en faveur du Conseil et de Radio-Canada.

IV—Le pourvoi du Conseil

Ce pourvoi porte sur le paragraphe 4 de l'ordonnance rendue par le Conseil, paragraphe annulé par la Cour d'appel fédérale.

1. *Motifs du Conseil*

Dans ses motifs, 40 di 35, le Conseil mentionne les circonstances qui l'ont amené à prononcer cette partie de son ordonnance, les problèmes auxquels il voulait remédier par là ainsi que les textes et les principes qui, selon lui, l'habilitent à prononcer cette sorte de décision (à la p. 39):

> L'embargo sur le temps supplémentaire trouve sa source dans une série de griefs logés sous l'empire des dispositions de la convention collective de 1973 à 1975, qui était intervenue entre le S.C.F.P. et la Société. L'article clé à cet égard est l'article 30 et il n'a subi aucune modification importante au cours des années.

Après avoir cité l'article 30 de la convention collective, le Conseil poursuit:

The issue between the parties is whether overtime is voluntary on the part of an employee or can be required of him by the employer. The union contends that under the collective agreement, an employee has the right to refuse to work overtime. As might be expected, the employer has argued the opposite position.

What is the background to this dispute? It is appropriate to consider this question because it will enable us to determine the root cause of the dispute between the Corporation and the union.

The Board then related how the contradictory opinions expressed by judges and arbitrators had fuelled the dispute, by finding sometimes in favour first of the Syndicat and sometimes of the CBC on the object of their dispute. In October 1975, the Superior Court enjoined the Syndicat to cease supporting the refusal to work, but expressly exempted overtime from the injunction order. The CBC nevertheless imposed disciplinary penalties on several employees who refused to work overtime, and they filed grievances against these penalties. In 1978, these grievances were allowed by Mr. Justice André Montpetit, acting as an arbitrator. In finding that overtime is individually optional, Mr. Justice Montpetit relied on his interpretation of ss. 29 and 30 of the Code regarding hours of work. The CBC attempted unsuccessfully to evoke this arbitral award to the Superior Court: Beauregard J., as he then was, dismissed the application for evocation because in his opinion Mr. Justice André Montpetit had acted within the limits of his jurisdiction. In a long *obiter dictum*, however, he expressed the opinion that the interpretation placed on ss. 29 and 30 of the Code by Mr. Justice André Montpetit was nevertheless wrong.

The Board wrote (at p. 41):

The parties have been bombarding each other ever since.

A series of grievances arising from the refusal to work overtime were presented in the meantime, and despite the decision by Judge Montpetit and the legal proceedings before the regular courts, the parties failed to settle their dispute concerning the interpretation of article 30 of the collective agreement. This guerilla warfare has been going on for the last six years.

Le conflit entre les parties à ce sujet consiste à savoir si le temps supplémentaire est facultatif chez un employé, ou s'il peut être requis de lui par l'employeur. Le syndicat prétend qu'il est loisible, selon la convention collective, à un employé de refuser d'exécuter du temps supplémentaire. Comme on peut s'y attendre, l'employeur prétend le contraire.

Quelle est la génèse de ce conflit? Il est intéressant de s'y arrêter parce qu'elle nous permet de découvrir la source même de ce conflit entre la Société et le syndicat.

Le Conseil relate ensuite comment des opinions contradictoires exprimées par des juges et des arbitres ont alimenté le litige en donnant raison tantôt au Syndicat, tantôt à Radio-Canada sur l'objet de leur différend. En octobre 1975, la Cour supérieure enjoint au Syndicat de cesser d'appuyer un refus de travailler, mais en excluant expressément le temps supplémentaire de l'ordonnance d'injonction. Radio-Canada impose néanmoins des sanctions disciplinaires à plusieurs employés qui ont refusé de travailler à temps supplémentaire; ceux-ci présentent des griefs à l'encontre de ces sanctions. En 1978, ces griefs sont accueillis par le juge André Montpetit agissant à titre d'arbitre. Pour décider que le temps supplémentaire est individuellement facultatif, le juge Montpetit se fonde sur son interprétation des art. 29 et 30 du Code, relatifs à la durée du travail. Radio-Canada demande sans succès l'évocation de cette sentence arbitrale en Cour supérieure: le juge Beauregard, alors juge de la Cour supérieure, rejette la demande d'évocation parce que, selon lui, l'arbitre André Montpetit est demeuré dans les bornes de sa compétence. Mais, dans un long *obiter dictum*, il exprime l'opinion que l'interprétation donnée aux art. 29 et 30 du Code par l'arbitre André Montpetit est néanmoins erronée.

Le Conseil écrit (à la p. 41):

Et depuis, le parties se bombardent.

Une kyrielle de griefs à l'occasion de refus d'exécuter du temps supplémentaire s'est échelonnée entretemps, et en dépit de la décision du juge Montpetit et des contentieux devant les tribunaux ordinaires, les parties n'ont pas réussi à résoudre leur conflit au sujet de l'interprétation de l'article 30 de la convention collective et cette guérilla dure depuis six ans déjà.

It is interesting to note that during the difficult negotiations presently underway, as well as during the conciliation proceedings, the parties have yet to settle the overtime question. However, it should be pointed out that the union is demanding a clarification of the text which would of course, make the performance of overtime voluntary for the employees whom it represents. The Corporation has thus far refused to agree to this demand.

The Board then analysed the evidence and the law, concluding that the ban on overtime constituted an unlawful strike and finding that it could apply s. 182 of the Code. The Board went on (at pp. 46 *et seq.*):

However, as the Board explained in several earlier decisions, most notably **National Harbours Board**, 33 di 530; [1979] 3 Can LRBR 502; 79 CLLC ¶ 16,204; work stoppages during the term of a collective agreement are in general regarded as symptomatic of deep-seated problems between the parties, which cause a flare-up of hostility between them outside the normal framework of the labour relations system sanctioned by the Code. In such a context, this Board is aware the mere exercise of the considerable powers conferred on it by sections 182 and 183 of the Code is not necessarily the appropriate response to a violation of article 180.

. . .

Section 182 of the Code gives the Board the authority to declare a strike unlawful and to order the employees who are members of a union to return to work. However, the Code also recognizes that the circumstances surrounding an illegal work stoppage may vary from case to case. Section 183.1(1) stipulates that the Board's response to an unlawful strike or lockout should be based on the specific context in which the work stoppage occurs.

. . .

The Board is thus empowered through discretionary authority given it by sections 182, 183 and 183.1(1), to fashion remedies appropriate to the situation with which it is confronted.

. . .

Matters are complicated, as we have seen, by the fact that all the arbitration and court proceedings have not produced a clear interpretation of the provisions dealing with overtime, namely, article 30 of the collective agreement.

Il est intéressant de noter qu'au cours des laborieuses négociations entreprises de même qu'au cours des procédures de conciliation, les parties n'ont pas non plus réussi à résoudre cette question de la nature du temps supplémentaire. Cependant, il faut remarquer que le syndicat réclame une clarification du texte qui, évidemment, ferait que l'exécution de temps supplémentaire serait facultative pour les employés, ses membres. Mais la Société refuse d'accéder à cette demande à date.

Après quoi le Conseil analyse la preuve et le droit pour conclure que l'embargo sur le temps supplémentaire constitue une grève illégale et décider qu'il peut recourir à l'art. 182 du Code. Le Conseil poursuit (aux pp. 46 et suiv.):

Cependant, tel qu'il l'a expliqué dans plusieurs décisions antécédentes, et plus particulièrement dans **Conseil des ports nationaux**, 33 di 530; [1979] 3 Can LRBR 502; 79 CLLC ¶ 16,204; les arrêts de travail durant le terme d'une convention collective doivent en général être perçus comme des symptômes de problèmes aigus entre des parties et qui causent des explosions d'hostilité entre elles en marge du cadre normal d'un système de relations de travail sanctionné par le Code. Dans un pareil contexte, ce Conseil est conscient que l'application simpliste des pouvoirs considérables qui lui sont dévolus en vertu des articles 182 et 183 du Code, ne constitue pas nécessairement une réaction appropriée à une violation dudit article 180.

. . .

L'article 182 accorde au Conseil le pouvoir de déclarer une grève illégale, et d'ordonner que les employés membres d'un syndicat retournent au travail. Cependant, le Code reconnaît en même temps que les circonstances entourant un arrêt de travail illégal, puissent varier d'un cas à l'autre. L'article 183.1(1) décrète que l'action du Conseil face à une grève ou à un lockout illégal, devrait être fondée sur le contexte spécifique dans lequel ledit arrêt de travail s'est déroulé ou se déroule.

. . .

C'est ainsi que le Conseil est muni de pouvoirs discrétionnaires qu'il exerce en vertu des articles 182, 183 et 183.1(1) de manière à façonner des remèdes appropriés aux circonstances qui le confrontent.

. . .

. . . ce qui complique les choses comme nous l'avons vu, c'est que toutes les procédures d'arbitrage ou devant les tribunaux n'ont pas apporté une interprétation claire des dispositions concernant le temps supplémentaire, soit l'article 30 de la convention collective.

While it is clear that overtime is a subject of the current negotiations, considering the accumulation of related grievances, the appropriate resolution of the matter would seem to us to be to bring it before an arbitrator who would determine clearly if in fact overtime, according to the terms of the existing collective agreement, is voluntary on the part of each employee. This should be done concurrently with the continuation and completion of the current round of collective bargaining. It would have the beneficial effect of settling the problem temporarily, even if one or the other of the two parties eventually resorts to economic pressure, that is, to a legal work stoppage, to apply leverage in order to change a situation which, it feels, is unfavourable as a result of the arbitration and which could not be settled by negotiation.

During the public hearings held in connection with the Board's inquiry into this case, repeated adjournments were ordered to enable the Board to explore *in-camera* directly with the parties, possibilities of a solution to this thorny problem. Among others, a suggestion was made to the parties that they proceed to expedited arbitration in order to deal with this part of the problem and to settle it, at least temporarily, until a new collective agreement is signed, or until such time as one of the parties deems it advisable to exercise its right to declare a strike or lockout. The suggestion was rejected.

. . .

It is in the light of these facts that the Board analysed both the underlying source of the dispute over the overtime ban and the kind of remedy which could effectively re-establish the balance of forces at a critical point in negotiations for the renewal of the collective agreement, and at the same time ensure compliance with the essential provisions of the Code.

The Board announced that it would render the decision contained in paragraph 3 of its decision. It then concluded:

In addition, in an effort to improve the general climate of labour relations between the parties, and under the powers conferred on it under sections 182 and 183.1 of the Code, the Board orders the parties to submit the question of whether or not overtime is voluntary to an arbitrator who will proceed in accordance with the now familiar process of expedited arbitration. This should clarify the situation until the collective agreement is renewed, with or without a legal work stoppage.

Bien qu'il soit patent que le temps supplémentaire soit le sujet des négociations présentement en cours, si on considère le nombre de griefs qui se sont accumulés sur le sujet, il nous appert que le problème devrait en tout état de cause être porté devant un arbitre qui déterminerait clairement si en fait le temps supplémentaire, selon les termes de la convention collective existante, est volontaire et facultatif pour chaque employé. Ceci devrait être fait concurremment avec la continuation et le parachèvement de la présente ronde de négociations collectives. Ceci aurait comme effet bénéfique de régler le problème temporairement, quitte à ce que l'une ou l'autre des deux parties ait éventuellement recours à la pression économique, donc à l'arrêt de travail légal, pour chercher à infléchir pour le futur une situation qui lui serait défavorable suite à un tel arbitrage et qui n'aurait pu être réglée par la négociation.

Au cours des auditions publiques qui ont entouré l'enquête du Conseil dans ce cas, des ajournements répétés furent ordonnés pour permettre au Conseil, à huis clos, d'explorer plusieurs fronts directement avec les parties afin d'en arriver à une solution de ce problème épineux. Entre autres, la suggestion fut faite aux parties de procéder à un arbitrage accéléré pour traiter de cette partie du problème et pour le régler, du moins temporairement jusqu'à la signature d'une nouvelle convention collective, ou jusqu'au moment où l'une des parties jugerait opportun de se prévaloir de son droit à la grève ou au lockout. Sans succès.

. . .

C'est à la lumière de ces faits que le Conseil a analysé à la fois la source profonde du conflit concernant l'embargo, la sorte de remède qui pouvait le mieux rétablir l'équilibre des forces à un moment critique dans le renouvellement de la convention collective, tout en faisant respecter les prescriptions essentielles du Code.

Le Conseil annonce qu'il va rendre la décision contenue au paragraphe 3 de sa décision. Puis il conclut:

Au surplus, et dans un désir d'améliorer le climat général des relations de travail entre les parties, et sous l'empire des pouvoirs qui lui ont été conférés par les articles 182 et 183.1 du Code, le Conseil ordonne aux parties de soumettre la question à savoir si le temps supplémentaire est facultatif ou non, à un arbitre qui agira dans les circonstances selon la procédure maintenant bien connue, de l'arbitrage accéléré. Ceci devrait clarifier la situation jusqu'au renouvellement de la convention collective avec ou sans arrêt de travail légal.

2. *Reasons of the Federal Court of Appeal*

Pratte J. observed (at p. 476), regarding ss. 182 and 183.1(1)(*a*) of the Code, given by the Board as the basis for its decision in paragraph 4 of its order:

> I think it is clear that the order requiring the problem of overtime to be referred to arbitration is not one which is authorized by section 182. This can readily be seen from reading paragraphs (*a*), (*b*), (*c*) and (*d*) of that section. The order also does not appear to be authorized by section 183.1. The only part of that section which is relevant to this issue is paragraph 183.1(1)(*a*). In my view, this provision does not enable the Board to make any orders other than those provided for in sections 182 and 183; it only empowers the Board to attach the conditions which it considers appropriate to the orders which it makes under those sections. I therefore conclude that neither section 182 nor section 183.1 gave the Board the power to make the order contained in paragraph 4 of its decision.

The Board did not refer to s. 118(*p*) or to s. 121 of the Code in its reasons; but its counsel cited s. 121 both in the Federal Court of Appeal and in this Court, and they referred to s. 118(*p*) in this Court. Pratte J. commented on the scope of s. 121, at p. 476-77:

> Counsel for the Board and the Canadian Broadcasting Corporation argued that this section authorized the Board to make the decision at issue. This decision was clearly made because the Board felt it was necessary in order to re-establish good relations between the Canadian Broadcasting Corporation and its employees. It was argued that as the establishment of good industrial relations is one of the purposes of Part V of the Code, and as section 121 confers on the Board all the powers necessary to carry out these purposes, it follows that this section empowered the Board to make the decision at issue. I cannot agree with this argument. If section 121 were given such a scope, the many provisions of the Act that specify the Board's powers would be rendered useless. In my view, the scope of section 121 is more modest. I consider that at the outside this section relates only to the powers necessary to perform the duties expressly imposed by the Act on the Board; however, as I understand it the Act does not impose on the Board a duty to resolve labour disputes which may be the cause of strikes.

2. *Motifs de la Cour d'appel fédérale*

Voici ce qu'écrit le juge Pratte (à la p. 476), à propos de l'art. 182 et de l'al. 183.1(1)*a*) du Code invoqués par le Conseil pour fonder la décision rendue au paragraphe 4 de son ordonnance:

> Il me paraît clair que l'ordonnance enjoignant de déférer le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage n'en est pas une qu'autorise l'article 182. Il suffit de lire les alinéas *a*), *b*), *c*) et *d*) de cet article pour s'en rendre compte. Cette ordonnance ne me paraît pas, non plus, être autorisée par l'article 183.1. La seule partie de cet article qui soit pertinente à ce débat est l'alinéa 183.1(1)*a*). Or, cette disposition, à mon avis, ne permet pas au Conseil de rendre des ordonnances autres que celles prévues aux articles 182 et 183; elle permet seulement au Conseil d'assortir les ordonnances qu'il prononce en vertu de ces articles des modalités qu'il juge appropriées. Je conclus donc que ni l'article 182 ni l'article 183.1 n'accordait au Conseil le pouvoir de prononcer l'ordonnance contenue dans le paragraphe 4 de sa décision.

Le Conseil ne réfère ni à l'al. 118*p*) ni à l'art. 121 du Code dans ses motifs. Mais ses procureurs ont invoqué l'art. 121 tant en Cour d'appel fédérale que devant cette Cour et ils ont mentionné l'al. 118*p*) devant cette Cour. Le juge Pratte commente la portée de l'art. 121 aux pp. 476 et 477:

> Les avocats du Conseil et de la Société Radio-Canada ont soutenu que cet article autorisait le Conseil à prendre la décision attaquée. Cette décision a évidemment été prononcée parce que le Conseil la croyait nécessaire au rétablissement de bonnes relations entre la Société Radio-Canada et ses employés. Or, l'établissement de bonnes relations industrielles étant l'un des objets de la Partie V du Code, et l'article 121 conférant au Conseil tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation de ces objets, il s'ensuit, nous a-t-on dit, que cet article permettait au Conseil de prononcer la décision attaquée. Je ne puis accepter cette prétention. En donnant une pareille portée à l'article 121, on rendait inutiles les nombreuses dispositions de la Loi qui précisent les pouvoirs du Conseil. A mon avis, la portée de l'article 121 est plus modeste. Je crois que cet article ne concerne tout au plus que les pouvoirs nécessaires à l'exécution des tâches que la Loi confie expressément au Conseil. Mais, la Loi, telle que je la comprends, ne confie pas au Conseil la mission de régler les différends ouvriers qui peuvent être cause de grève.

3. *Arguments made by the Board*

The arguments made by counsel for the Board may be stated in three propositions.

First proposition: it is not the Board but the Federal Court of Appeal which erred in its unduly restrictive interpretation of the applicable provisions.

Second proposition: the error committed by the Board, if any, was not a jurisdictional error.

Third proposition: the decision set aside by the Federal Court of Appeal is neither unreasonable nor based on a patently unreasonable interpretation of the Board's powers.

First proposition

Counsel for the Board conceded that the power claimed by the latter to refer to arbitration is not expressly conferred on it by any of the particular provisions relied upon them. However, in their submission these provisions taken as a whole and given a liberal interpretation, in light of the objects of Part V of the Code referred to in s. 121, enable the Board to adapt the orders which it makes under ss. 182 and 183.1(1)(*a*) to the circumstances of each case, not only so as to put an end to labour disputes but to remedy their causes and prevent their recurrence. After citing s. 121, counsel for the Board wrote in their submission:

[TRANSLATION] This provision, linked to the privative clause of s. 122, enables the C.L.R.B. in very delicate areas such as unlawful strikes, unfair practices and technological change to apply initiative and creativity in exercising the various jurisdictions gradually conferred on it by the Labour Code.

Almost adopting the language used by the Board in its reasons, to the effect that under ss. 182 and 183.1(1)(*a*) it is given [TRANSLATION] "discretionary powers which it exercises ... to fashion remedies appropriate to the circumstances confronting it", counsel for the Board went on to say in their submission:

3. *Moyens invoqués par le Conseil*

On peut ramener à trois les moyens invoqués par les procureurs du Conseil.

Premier moyen: ce n'est pas le Conseil mais la Cour d'appel fédérale qui a erré par son interprétation indûment restrictive des dispositions pertinentes;

Deuxième moyen: l'erreur commise par le Conseil, si erreur il y a, n'est pas une erreur juridictionnelle;

Troisième moyen: la décision annulée par la Cour d'appel fédérale n'est ni déraisonnable ni fondée sur une interprétation manifestement déraisonnable des pouvoirs du Conseil.

Premier moyen

Les procureurs du Conseil concèdent que le pouvoir de renvoi à l'arbitrage que ce dernier revendique ne lui est conféré explicitement par aucune des dispositions particulières qu'ils invoquent. Mais, selon eux, ces dispositions prises dans leur ensemble et interprétées de façon libérale, à la lumière des objets de la partie V du Code, auxquels renvoie l'art. 121, permettent au Conseil d'adapter les ordonnances qu'il rend en vertu de l'art. 182 et de l'al. 183.1(1)*a*) aux circonstances de chaque cas, de manière non seulement à mettre fin au conflit de travail mais à remédier à ses causes et à prévenir sa répétition. Après avoir cité l'art. 121, les procureurs du Conseil écrivent dans leur mémoire:

Rattachée à la clause privative de l'article 122, cette disposition permet au CCRT, dans des secteurs fort délicats, comme les grèves illégales, les pratiques déloyales ou les changements technologiques, de faire preuve d'initiative et de créativité dans l'exercice des juridictions accrues que le Code du travail lui a accordées graduellement.

Reprenant presque les termes employés par le Conseil dans ses motifs et selon lesquels il est muni par l'art. 182 et l'al. 183.1(1)*a*) «de pouvoirs discrétionnaires qu'il exerce ... de manière à façonner des remèdes appropriés aux circonstances qui le confrontent» les procureurs du Conseil ajoutent dans leur mémoire:

[TRANSLATION] The Canada Labour Code has conferred on the C.L.R.B. the jurisdiction to define the remedies necessary to terminate certain types of labour disputes, and also to prevent their recurrence by the establishment of good relations between the parties. This definition of remedies is its function. It is not a matter for the superior courts.

Counsel for the Board concluded:

[TRANSLATION] In short, how can the C.L.R.B. be blamed for asking the parties to comply with the Labour Code and to submit their dispute regarding interpretation of the collective agreement to arbitration?

In my view, the first proposition is without merit.

If none of the particular provisions relied on by the Board has, by itself, the effect of conferring on it the power which it exercised, I do not see how taking these provisions together could produce such a result. And it seems clear that none of them has the scope claimed for it by the Board, so as to provide a jurisdictional foundation for paragraph 4 of its order.

I referred above to the reasons given by Pratte J. concerning ss. 182 and 183.1(1)(*a*). These reasons seem to me to be unimpeachable and I adopt them. I cannot add very much to them, except to say that the English version of s. 183.1(1)(*a*) confirms the Federal Court of Appeal interpretation. According to this version, the orders made under s. 182

shall be in such terms as the Board considers necessary and sufficient to meet the circumstances of the case;

This wording indicates that the Board has been given the power to attach modalities or conditions to orders made under s. 182: an example of this is paragraph 3 of the Board's order, limiting to Moncton and Québec the direction to cease the ban on overtime. Unquestionably, the Board can attempt by this means to adapt the orders it makes under s. 182 to the circumstances of each case, but in respect of unlawful strikes it cannot make any orders other than those mentioned in that section, however advisable they may be or may seem to be.

Le Code canadien du travail a conféré au CCRT la juridiction de définir les remèdes nécessaires pour mettre fin à certains types de conflits de travail et, aussi, prévenir leur répétition par l'établissement de relations ordonnées entre les parties. Cette définition des remèdes lui appartient. Elle ne relève pas des tribunaux supérieurs.

Les procureurs du Conseil concluent:

En définitive, comment peut-on reprocher au CCRT d'avoir demandé aux parties de se conformer au Code du travail et de soumettre leur conflit d'interprétation de convention collective à l'arbitrage?

À mon avis, le premier moyen est mal fondé.

Si aucune des dispositions particulières invoquées par le Conseil n'a, séparément, l'effet de lui conférer le pouvoir qu'il a exercé, je ne vois pas comment l'addition de ces dispositions pourrait produire ce résultat. Or il me paraît certain qu'aucune d'entre elles n'a la portée que lui attribue le Conseil et qui donnerait un fondement juridictionnel au paragraphe 4 de son ordonnance.

J'ai cité plus haut les motifs écrits par le juge Pratte à propos de l'art. 182 et l'al. 183.1(1)*a*). Ces motifs me paraissent irréfutables et je les fais miens. Je ne puis guère y ajouter sinon que la version anglaise de l'al. 183.1(1)*a*) confirme l'interprétation de la Cour d'appel fédérale. Selon cette version en effet, les ordonnances établies en vertu de l'art. 182

shall be in such terms as the Board considers necessary and sufficient to meet the circumstances of the case;

Cette terminologie indique que le Conseil se voit conférer le pouvoir d'assortir de modalités ou de conditions les ordonnances prévues à l'art. 182; on en trouve un exemple au paragraphe 3 de l'ordonnance du Conseil qui restreint à Moncton et à Québec l'ordre de cesser l'embargo sur le temps supplémentaire. Sans doute le Conseil peut-il tenter d'adapter par là aux circonstances de chaque cas les ordonnances qu'il rend en vertu de l'art. 182, mais il ne peut pas, relativement à des grèves illégales, rendre des ordonnances autres que celles prévues à cet article, quelqu'utiles qu'elles puissent être ou lui paraître.

Interpretation of s. 121 of the Code is not facilitated by its loose wording. Nonetheless, however liberal a construction it should be given, it cannot be read, as Pratte J. properly observed, so as to render unnecessary the other provisions of the Code including ss. 183 and 183.1(1)(*a*), which set forth the Board's powers. This would be the result of the argument made by counsel for the Board. By rendering unnecessary the other provisions setting forth the Board's powers, that proposition not only infringes the rules of interpretation but at the same time eliminates the limitations inherent in those provisions and is contrary to the intent of the legislator who enacted them. The interpretation proposed by counsel for the Board has even more extreme consequences, which counsel for the Syndicat correctly described as follows:

[TRANSLATION] ... adopting the argument made by counsel for the Board in their submission as to the powers conferred on the Board by s. 121 of the Canada Labour Code in conjunction with the preamble to Part V of the said Code would amount to a recognition that the Board has complete power and authority in the field of labour relations in Canada (except for powers specifically conferred on other bodies or jurisdictions), even powers which the legislator has not conferred on it, and make the said preamble a source of power and authority.

The legislator intended that the Board's powers should be extensive: he did not intend that they should be practically unlimited.

It is quite possible that s. 121 covers only the powers necessary to perform the tasks expressly conferred on the Board by the Code, as Pratte J. indicated. Nevertheless, I consider that even if it covers autonomous or principal powers, like that of ordering a reference to arbitration, and not merely incidental or collateral powers, it cannot cover autonomous powers designed to remedy situations which the Code has dealt with elsewhere, and for which it has prescribed specific powers, as is the case with unlawful strikes. Here, the legislator has not only specified the principal powers of the Board in s. 182, but its collateral powers as well in s. 183.1. These two sections contain an exhaustive

Quant à l'art. 121 du Code, les termes lâches dans lesquels il est rédigé n'en facilitent pas l'interprétation. Cependant, si libérale que cette interprétation doive être, elle ne saurait l'être, comme le juge Pratte le note à juste titre, au point de rendre inutiles les autres dispositions du Code, dont l'art. 183 et l'al. 183.1(1)*a*), qui précisent les pouvoirs du Conseil. Or tel serait le résultat de la prétention des procureurs du Conseil. Cette prétention, en rendant inutiles les autres dispositions qui précisent les pouvoirs du Conseil, non seulement pêche-t-elle contre les principes d'interprétation mais encore élimine-t-elle du même coup les limitations inhérentes à ces précisions et contredit-elle la volonté du législateur qui les a prescrites. D'ailleurs l'interprétation proposée par les procureurs du Conseil a des conséquences encore plus extrêmes que les procureurs du Syndicat décrivent avec exactitude:

... retenir la thèse avancée par les procureurs du Conseil dans leur mémoire quant aux pouvoirs que confère au Conseil l'article 121 du Code canadien du travail en relation avec le préambule de la partie V dudit Code, équivaudrait à reconnaître tous les pouvoirs et toutes les compétences au Conseil dans le domaine des relations de travail au Canada (à l'exclusion de ceux spécifiquement confiés à d'autres organismes ou instances), même ceux que le législateur ne lui a pas confiés et à rendre ledit préambule attributif de compétence et de juridiction.

Le législateur a voulu que les pouvoirs du Conseil soient étendus. Il n'a pas voulu qu'ils soient pratiquement illimités.

Il est bien possible que l'art. 121 ne vise que les pouvoirs nécessaires à l'exécution des tâches que le Code attribue expressément au Conseil, comme l'écrit le juge Pratte. Je pense néanmoins que même s'il vise des pouvoirs autonomes ou principaux, comme celui de décréter le renvoi à l'arbitrage, et non seulement incidents ou accessoires, il ne peut s'agir de pouvoirs autonomes destinés à redresser des situations que le Code a prévues ailleurs, pour lesquelles il a prescrit des pouvoirs spécifiques, comme c'est le cas pour les grèves illégales. Ici, le législateur a non seulement précisé les pouvoirs principaux du Conseil à l'art. 182, mais également ses pouvoirs incidents à l'art.

description of the Board's authority over unlawful strikes and cover it completely.

Section 118(*p*) of the Code allows the Board to resolve questions with which it may be presented in the course of a hearing in progress before it, so that it can make the executory decisions which it is authorized to make by other provisions; but I do not consider that it gives the Board the power to make further executory orders as part of its final decision.

The power claimed by the Board by implication in paragraph 4 of its order is of a quite exceptional nature. It is the power to intervene in the grievance procedure *ex officio* and to direct the parties to complete it by conducting it along certain lines. The Code provides in s. 155 that every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences concerning the interpretation or application of the collective agreement, and itself provides an arbitration procedure when the agreement does not contain such a clause. In the case at bar, the parties agreed on a procedure for the settlement of grievances in article 57 of their collective agreement. It involves a three-stage procedure. It is not until the third stage that one or other of the parties [TRANSLATION] "may" refer the grievance to an arbitrator, whose decision is final and binding. However, subject to the duty of fair representation imposed on the union by s. 136.1, the parties remain free to present or not present a grievance in each particular case. If one or other of them does in fact present a grievance, the agreement expressly provides that they may agree to hold it pending or to settle it. Finally, I do not see what in principle can prevent a party from withdrawing or discontinuing a grievance. By paragraph 4 of its order, the Board is interfering in the grievance procedure, depriving the parties of the relative freedom left to them under the collective agreement, and *pro tanto* unlawfully varying that agreement.

In oral argument Mr. Scott, one of the Board's counsel, indicated that he was quite aware of the

183.1. Ces deux articles décrivent de façon exhaustive la compétence du Conseil en matière de grève illégale et en épuisent le contenu.

Quant à l'al. 118*p*) du Code, il permet au Conseil de trancher les questions qui peuvent se poser à lui en cours d'instance, à l'occasion de toute procédure engagée devant lui, afin de pouvoir en arriver aux décisions exécutoires qu'il est habilité à rendre par d'autres dispositions; mais je ne crois pas qu'il donne au Conseil le pouvoir de rendre des ordonnances exécutoires additionnelles comme parties de sa décision finale.

Le pouvoir que le Conseil revendique implicitement par le paragraphe 4 de son ordonnance est d'une nature tout à fait exceptionnelle. Il s'agit du pouvoir d'intervenir d'autorité dans la procédure des griefs et de commander aux parties de la mener à terme en la conduisant d'une certaine façon. Le Code porte, à l'art. 155, que toute convention collective doit contenir une clause de règlement définitif, sans arrêt de travail, par voie d'arbitrage ou autrement, de tous les conflits d'interprétation ou d'application de la convention collective et prescrit lui-même une procédure d'arbitrage lorsque la convention ne contient pas une telle clause. En l'espèce, les parties ont convenu d'une procédure de règlement des griefs à l'article 57 de leur convention collective. Il s'agit d'une procédure en trois étapes. Ce n'est qu'à la troisième étape que l'une ou l'autre des parties «peut» déférer le grief à l'arbitre dont la décision est sans appel et obligatoire. Mais, sous réserve du devoir de juste représentation imposé au syndicat par l'art. 136.1, les parties restent libres de présenter ou non un grief dans chaque cas particulier. Et, si l'une ou l'autre d'entre elles a effectivement présenté un grief, la convention prévoit expressément qu'elles peuvent convenir de le laisser en instance ou de le régler. Enfin je ne vois pas ce qui, en principe, pourrait empêcher une partie de retirer ou d'abandonner un grief. Par le paragraphe 4 de son ordonnance, le Conseil s'ingère dans la procédure des griefs, prive les parties de la liberté relative que leur laisse la convention collective, et, *pro tanto*, modifie illégalement celle-ci.

Au cours de sa plaidoirie orale, Me Scott, l'un des procureurs du Conseil, s'est montré très cons-

singular nature of the jurisdiction claimed by the Board in the case at bar: in answer to questions put to him by the lamented Laskin C.J. in this regard, he replied that the Board was not claiming a general power to refer to arbitration, and that it had not directed the parties to file a new grievance, but to proceed with a grievance already filed, which could be explained and justified in view of the special circumstances outlined by the Board in its reasons.

In my view, and I say so with respect, Mr. Scott was invoking a difference of degree but not of kind, and the Board still exercised a power which was not conferred on it by the Act. This power resembles that exercised by the Board in *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710, by authorizing an employee to proceed directly to arbitration at his union's expense, if the latter did not represent him fairly as required by s. 136.1. The Board was then acting under the powers conferred on it by s. 189 of the Code, in particular para. (*a*) and the concluding provisions:

189. Where, under section 188, the Board determines that a party to a complaint has failed to comply with subsection 124(4) or section 136.1, 148, 161.1, 184, 185 or 186, the Board may, by order, require the party to comply with that subsection or section and may

(*a*) in respect of a failure to comply with section 136.1, require a trade union to take and carry on on behalf of any employee affected by the failure or to assist any such employee to take and carry on such action or proceeding as the Board considers that the union ought to have taken and carried on on the employee's behalf or ought to have assisted the employee to take and carry on;

. . .

and, for the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any failure to comply with any provision to which this section applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under this section, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any conse-

cient du caractère singulier de la compétence invoquée par le Conseil en l'espèce: en réponse à des questions que lui adressait le regretté juge en chef Laskin à ce sujet, il a répondu que le Conseil ne revendiquait pas un pouvoir général de renvoi à l'arbitrage et qu'il n'avait pas ordonné aux parties de présenter un grief nouveau mais bien, de procéder avec un grief déjà présenté, ce qui pouvait s'expliquer et se justifier compte tenu des circonstances particulières qu'expose le Conseil dans ses motifs.

À mon avis, et je l'exprime avec égards, Me Scott a fait état d'une différence de degré mais non de nature, et le Conseil n'en a pas moins exercé un pouvoir que la loi ne lui accorde pas. Ce pouvoir ressemble à celui que le Conseil a exercé dans *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, en autorisant un employé à procéder directement à l'arbitrage aux frais de son syndicat, faute par ce dernier de le représenter justement à cette fin comme l'exige l'art. 136.1. Le Conseil agissait alors en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 189 du Code, particulièrement à l'al. *a*) et aux dispositions finales:

189. Lorsque, en vertu de l'article 188, le Conseil décide qu'une partie que concerne une plainte a enfreint le paragraphe 124(4) ou l'un des articles 136.1, 148, 161.1, 184, 185 ou 186, il peut, par ordonnance, requérir ladite partie de se conformer à ce paragraphe ou à cet article et il peut,

a) lorsqu'un employé est touché par une infraction à l'article 136.1, ordonner à un syndicat d'agir au nom dudit employé ou d'aider ce dernier à prendre les mesures ou à entamer et à continuer les procédures que, de l'avis du Conseil, le syndicat aurait dû prendre ou entamer et continuer au nom de l'employé ou aurait dû aider celui-ci à prendre ou à entamer et à continuer;

. . .

en outre, afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente Partie, le Conseil peut, à l'égard de toute infraction à quelque disposition visée par le présent article, exiger d'un employeur ou d'un syndicat, par ordonnance, de faire ou de s'abstenir de faire toute chose qu'il est juste de lui enjoindre de faire ou de s'abstenir de faire afin de remédier ou de parer à toute conséquence défavorable à la réalisation des objectifs susmentionnés que pourrait entraîner ladite infraction, et ce en

quence of such failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

Though they are not unlimited, these powers are much wider than those the Board has regarding unlawful strikes, and expressly authorize it to itself define the proper remedies: *cf. C.L.R.B. v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245 and *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269. It is possible—this does not have to be decided by the Court—that in the case of an unfair practice the Board could make a decision such as that contained in paragraph 4 of its order: but no unfair practice is involved here. The fundamental error committed by the Board in the case at bar, which appears in the above-cited passages of its submission, consisted in assuming that, under s. 121 or some other provision, it had an identical power over unlawful strikes, unfair practices and technological change. This is to re-write the Code, rendering unnecessary a large number of provisions and adding to the powers conferred by it on the Board.

Second proposition

In its factum the Board placed ss. 118(*p*), 121, 182 and 183.1 of the Code under the heading [TRANSLATION] "Sources of the C.L.R.B.'s general powers". It therefore does not dispute that these provisions confer jurisdiction: but in its submission, the idea of a jurisdictional error which is a basis for review by the Federal Court of Appeal is narrower than I indicated at the start of these reasons, and limited to error concerning the initial jurisdiction of the body initiating a hearing.

In support of the second proposition, the Board in its submission referred to the warning given to the courts by Dickson J. in *New Brunswick Liquor Corporation* (*supra*), at p. 233, against too quickly classifying an error as a jurisdictional one:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and there-

plus ou à la place de toute ordonnance que le Conseil est autorisé à rendre en vertu du présent article.

Quoiqu'ils ne soient pas sans limites, ces pouvoirs sont bien plus étendus que ceux que possède le Conseil relativement aux grèves illégales et l'habilitent expressément à définir lui-même les redressements adéquats: comparer *C.C.R.T. c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245, à *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269. Il est possible, nous n'avons pas à le décider, que le Conseil aurait pu, au cas de pratique déloyale, rendre une décision comme celle que l'on trouve au paragraphe 4 de son ordonnance. Mais ce n'est pas de pratique déloyale qu'il s'agit. L'erreur essentielle commise par le Conseil dans cette affaire et qui se manifeste dans les passages plus haut cités de son mémoire, a consisté à tenir qu'il possède, grâce à l'art. 121 ou à d'autres dispositions, une compétence identique en matière de grèves illégales, de pratiques déloyales et de changements technologiques. C'est là réécrire le Code, en rendre inutiles un grand nombre de dispositions et augmenter les pouvoirs qu'il confère au Conseil.

Deuxième moyen

Dans son mémoire, le Conseil regroupe l'al. 118*p*), l'art. 121 et les art. 182 et 183.1 du Code sous le titre «Les sources des pouvoirs généraux du CCRT». Il ne conteste donc pas que ces dispositions soient attributives de compétence. Mais selon lui, la notion d'erreur juridictionnelle donnant ouverture à la révision de la Cour d'appel fédérale serait plus étroite que celle que je mentionne au début de ces motifs et se limiterait à l'erreur portant sur la compétence initiale de l'organisme qui ouvre une enquête.

À l'appui du deuxième moyen, le Conseil rappelle dans son mémoire la mise en garde adressée aux tribunaux par le juge Dickson dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité) à la p. 233 contre la qualification trop hâtive d'une erreur d'erreur juridictionnelle:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. A mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un

fore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

The Board cited to the same effect Laskin C.J. in *Massicotte* (*supra*). After citing extracts from *New Brunswick Liquor Corporation* (*supra*) and *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, Laskin C.J. wrote at p. 724:

What this judgment and that in *Nipawin* clearly convey is that mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions. In so far as the *Anisminic* and *Metropolitan Life Insurance* cases deal with the so-called "wrong question" test of jurisdiction, they have no relevance here. It is impossible to say that the Canada Labour Relations Board asked itself the wrong question in any sense of departing from the inquiry in which it was engaged. It addressed itself to the issue raised by the complaint and exercised powers in relation thereto which it clearly had. At bottom, the objection is to the consequential results of that exercise, but this is a long way from any jurisdictional issue.

In *Massicotte* (*supra*) too Laskin C.J. at p. 719, speaking with reference to *Nipawin* (*supra*), wrote the following passage also relied upon by Counsel for the Board:

Essentially, this Court has admonished that there must be no failure of natural justice (and there was none here) and that the Board should address itself to an issue arising under the legislation which it is charged to administer. If it has done this (as the Federal Court of Appeal held and, in my opinion, rightly so) there can be no jurisdictional infirmity when the Board is protected in its determinations by a privative clause. It may be wrong in law in interpreting the range of powers confided to it but its decisions are nonetheless immunized from judicial review.

Counsel for the Board went on to conclude in its submission:

[TRANSLATION] Here the error of law, if any, was in the interpretation which the Board gave to certain provisions of the Canada Labour Code, in particular ss. 121, 182 and 183.1, which we cited above. This appears to be

point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

Le Conseil invoque, au même effet, le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Massicotte* (précité). Après avoir cité des passages de l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité), et de l'arrêt *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, le juge en chef Laskin écrit à la p. 724:

Cet arrêt et l'arrêt *Nipawin* signifient clairement qu'un simple doute quant à l'exactitude d'une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, de résoudre des prétentions contradictoires. Dans la mesure où les arrêts *Anisminic* et *Metropolitan Life Insurance* portent sur ce qu'on est convenu d'appeler le critère de compétence de la «mauvaise question», ils ne sont d'aucune utilité en l'espèce. Il est impossible d'affirmer que le Conseil canadien des relations du travail s'est posé la mauvaise question dans le sens qu'il se serait écarté de l'enquête à laquelle il procédait. Il a examiné la question soulevée par la plainte et a exercé les pouvoirs qui s'y rapportent et qu'il possède clairement.

Dans le même arrêt *Massicotte* (précité), le juge en chef Laskin écrit, à la p. 719, à propos de l'arrêt *Nipawin* (précité), le passage suivant également invoqué par le Conseil:

Essentiellement, cette Cour prévient qu'il ne doit pas y avoir de manquement à la justice naturelle (et il n'y en a pas en l'espèce) et que le Conseil doit examiner une question qui relève de la loi qu'il est chargé d'appliquer. Si c'est ce qu'il a fait (comme la Cour d'appel fédérale l'a conclu, à bon droit selon moi), il ne peut y avoir de vice de compétence puisque les décisions du Conseil sont protégées par une clause privative. Il peut commettre une erreur de droit en interprétant l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés, mais ses décisions sont néanmoins exemptées du contrôle judiciaire.

Et le Conseil de conclure dans son mémoire:

Ici, l'erreur de droit, s'il en était, se trouverait dans l'interprétation que le Conseil a donnée à certaines dispositions du Code canadien du travail, particulièrement des articles 121, 182 et 183.1 que nous citions plus

the type of error as to the definition of the extent of its powers referred to by Laskin C.J. in *Massicotte*, which is not a basis for judicial review under s. 122 C.L.C.

In the case at bar no one questions that the Board had the necessary jurisdiction at the outset to initiate the hearing which it held and to resolve the question put to it by the CBC. Equally, no one is suggesting that the Board infringed the rules of natural justice. It accordingly follows, in the submission of the Board, that the Federal Court of Appeal should not have intervened, as the errors which the Board may have made on any other matter, even on the extent of its own powers, are beyond the scope of judicial review.

In my opinion, the extracts from judgments of this Court cited by the Board in support of its second proposition do not have the reach suggested for them, and this second proposition is without foundation and must be dismissed.

It should be said, first, that the warning given the courts by this Court against over-hasty classification of a question of jurisdiction contains an important qualification: as Dickson J., as he then was, observed, the courts should not be alert to brand as jurisdictional "that which may be doubtfully so". I hope to be able to show that in the case at bar there is no doubt as to such a classification.

It should further be mentioned that an error made by an administrative tribunal on a provision conferring jurisdiction will usually, though not necessarily, involve an excess of jurisdiction or a refusal to exercise it. For example, an error made in this regard in an *obiter dictum*, which does not have the effect of misleading the administrative tribunal which commits it into exercising a power which it is denied by law, or failing to exercise a power imposed on it by law, would not be a jurisdictional error forming a basis for judicial review. This and other examples perhaps explain, be it said with the utmost respect, the otherwise Delphic *dicta* written by Laskin C.J. on this point in *Massicotte* (*supra*). I call them *dicta* since, in *Massicotte*, Laskin C.J. held that the Board

haut. Ce serait le type d'erreur sur la définition de l'étendue de ses pouvoirs à laquelle l'honorable juge Laskin se référait dans l'arrêt *Massicotte* et qui ne donnerait pas ouverture à revision judiciaire, en vertu de l'article 122 c.c.t.

En l'espèce, personne ne conteste que le Conseil avait au début la compétence requise pour ouvrir l'enquête qu'il a tenue et trancher la question que lui soumettait Radio-Canada. Personne ne soutient non plus que le Conseil aurait enfreint les principes de la justice naturelle. Il s'ensuivrait donc, selon le Conseil, que la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû intervenir puisque les erreurs que le Conseil a pu commettre sur tout autre objet, même sur la mesure de ses propres pouvoirs, échapperaient au contrôle judiciaire.

Les passages des arrêts de cette Cour que le Conseil invoque à l'appui du deuxième moyen n'ont pas, selon moi, la portée qu'il leur attribue et ce deuxième moyen est mal fondé et doit être écarté.

Disons d'abord que la mise en garde adressée aux tribunaux par cette Cour contre la qualification trop hâtive d'un point de question de compétence comporte une réserve importante: cette qualification trop hâtive doit être évitée «lorsqu'il existe un doute à cet égard», comme l'écrit le juge Dickson, maintenant Juge en chef. Or j'espère pouvoir démontrer qu'une telle qualification est certaine en l'espèce.

Précisons de plus qu'une erreur commise par un tribunal administratif sur une disposition attributive de compétence entraînera le plus souvent, mais non pas nécessairement, un excès de compétence ou un refus de l'exercer. Par exemple, une erreur commise à ce sujet dans un *obiter dictum* et qui n'aurait pas pour conséquence d'induire le tribunal administratif qui la commet à exercer un pouvoir que la loi lui refuse ou à décliner d'exercer un pouvoir que la loi lui impose ne constituerait pas une erreur juridictionnelle donnant ouverture à révision judiciaire. Cet exemple et d'autres expliquent peut-être les *obiter* par ailleurs sibyllins, soit dit avec le plus grand respect, que le juge en chef Laskin écrit à ce sujet dans l'arrêt *Massicotte* (précité). Je dis les *obiter* puisque, dans l'arrêt *Massicotte*, le juge en chef Laskin décide que le Conseil

... addressed itself to the issue raised by the complaint and exercised powers in relation thereto which it clearly had.

(Emphasis added.)

It is also conceivable that an administrative tribunal may exceed its jurisdiction without error, if for example it correctly construe the provisions circumscribing its jurisdiction, but deliberately decides to ignore them. I hasten to add that is not the case here.

In my opinion it cannot be said that the only jurisdictional error is one affecting the initial jurisdiction, jurisdiction *ratione materiae*, or attributive jurisdiction of an administrative tribunal initiating a hearing. Further, I do not think that anything was said or decided to this effect in *New Brunswick Liquor Corporation* (*supra*), where the provision at issue did not confer jurisdiction but, it was wrongly argued, concerned a prerequisite to the exercise of jurisdiction.

It seems to me that if jurisdictional error includes error as to the initial jurisdiction of an administrative tribunal initiating a hearing and its power to resolve by a declaration the question submitted to it, *a fortiori* it covers provisions which confer on it the power to add to its final decision orders arising out of the hearing and intended to give effect to its declarations by injunctions and other means of redress such as those in paras. (*a*) to (*d*) of s. 182. I do not see how it is logical to limit the possibility that an administrative tribunal may make a jurisdictional error to the initial stage, if the tribunal could err and exceed its jurisdiction with impunity at the stage of the conclusion which constitutes the outcome of its hearing and is its ultimate purpose.

The same is generally true, in my view, for errors relating to the executory, if not declaratory, powers which the Board exercises during a hearing, like that of questioning witnesses, requiring the production of documents, entering an employer's premises and so on, conferred on it by s. 118 of

... a examiné la question soulevée par la plainte et a exercé les pouvoirs qui s'y rapportent et qu'il possède clairement.

(C'est moi qui souligne.)

Il est également concevable qu'un tribunal administratif excède sa compétence sans commettre d'erreur, si par exemple il expose correctement les dispositions qui délimitent sa compétence mais qu'il décide délibérément de les ignorer. Je m'empresse d'ajouter que telle n'est pas la situation en l'espèce.

Est erronée à mon avis la prétention selon laquelle seule peut constituer une erreur juridictionnelle celle qui porte sur la compétence initiale, ou compétence *ratione materiae*, ou compétence d'attribution d'un tribunal administratif qui ouvre une enquête. D'ailleurs, je ne crois pas que l'on ait rien dit ou décidé de tel dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité), où la disposition en litige n'était pas attributive de compétence mais portait, avait-on soutenu à tort, sur un élément préliminaire à l'exercice de la compétence.

Il me paraît que si l'erreur juridictionnelle comprend celle qui porte sur la compétence initiale d'un tribunal administratif qui ouvre une enquête et sur son pouvoir de trancher par voie de déclaration la question qui lui est soumise, à fortiori s'étend-elle aux dispositions qui lui attribuent le pouvoir d'ajouter à sa décision finale des ordonnances destinées à donner suite à son enquête et à rendre des déclarations efficaces par des injonctions et autres mesures de redressement comme celles des al. *a*) à *d*) de l'art. 182. Je ne vois pas en vertu de quelle logique on limiterait à l'étape initiale la possibilité d'erreur juridictionnelle d'un tribunal administratif si ce dernier pouvait errer et excéder impunément sa compétence à l'étape de la conclusion qui constitue l'aboutissement de son enquête et son but ultime.

Il en va généralement de même à mon avis pour les erreurs portant sur les pouvoirs exécutoires sinon déclaratoires que le Conseil exerce en cours d'enquête comme celui d'interroger des témoins, d'exiger la production de documents, de pénétrer dans les locaux d'un employeur, etc., que lui con-

the Code. Wide as these powers may be, they do not include, for example, giving the Board the right to punish for contempt. This power continues to belong to the Federal Court, as provided in s. 123 regarding registration of the Board's orders or decisions, exclusive of the reasons therefor, in the Federal Court. That section expressly refers to s. 28 of the *Federal Court Act*, and maintains it in effect. Section 123 therefore assumes by implication that a jurisdictional error may be committed at any stage of a hearing held by the Board.

Additionally, as I have already indicated, s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act* does not apply to the error as such, but quite apart from any error, to the excess of jurisdiction or refusal to exercise it, that is, the exercise by an administrative tribunal of a power denied to it by the Act or the refusal to exercise a power imposed on it by the Act. Section 28(1)(*a*) does not distinguish between types of excess of power, the stages of the hearing at which they occur and the circumstances causing them. It applies to any excess of power. There is therefore no reason to make a distinction where s. 28(1)(*a*) makes none, between on the one hand excess of jurisdiction *ratione materiae* committed at the beginning of a hearing, whether or not resulting from an error, and on the other, an error made during the hearing or in the conclusion of a hearing and the corrective orders attached to it, despite the fact that the administrative tribunal has jurisdiction *ratione materiae*.

The rules I have just stated appear to be supported by decisions of this Court. Thus in the recent case of *National Bank of Canada* (*supra*), the error made by the Board and reviewed by this Court concerned a provision conferring jurisdiction, not initially but at the corrective stage, namely the concluding provisions of s. 189 of the Code. It was not disputed in that case that the Board had jurisdiction to hear and decide the complaint of unfair practices before it, but it had erred on the extent of the powers conferred on it by the Code to correct the practice: in ordering the Bank to create a trust fund to promote the aims of the Code, and directing it to write all employees a

fère l'art. 118 du Code. Si étendus que soient ces pouvoirs, ils ne vont pas jusqu'à donner par exemple au Conseil la faculté de punir pour outrage. Ce pouvoir continue à relever de la Cour fédérale comme le prescrit l'art. 123 relatif à l'enregistrement du dispositif des ordonnances et décisions du Conseil en Cour fédérale. Cet article renvoie expressément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* dont il sauvegarde l'application. L'article 123 suppose donc implicitement qu'une erreur juridictionnelle est susceptible de se commettre à toutes les étapes d'une enquête tenue par le Conseil.

D'ailleurs, comme je l'ai déjà indiqué, ce n'est pas l'erreur comme telle que vise l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale* mais, abstraction faite de toute erreur, l'excès de compétence ou le refus de l'exercer c'est-à-dire, l'exercice par un tribunal administratif d'un pouvoir que la loi lui dénie ou le refus d'exercer un pouvoir que la loi lui impose. Or l'alinéa 28(1)*a*) ne distingue pas entre les types d'excès de pouvoir, les étapes de l'enquête où ils se produisent et les circonstances qui en sont la cause. Il vise tous les excès de pouvoirs. Il n'y a donc pas lieu de distinguer là où l'al. 28(1)*a*) ne distingue pas entre, d'une part, l'excès de compétence *ratione materiae* commis dès l'ouverture d'une enquête, résultant ou non d'une erreur, et, d'autre part, celui qui se produit en cours d'enquête ou lors de la conclusion d'une enquête et des ordonnances de redressement qui sont jointes à la conclusion, et ce, quand même le tribunal administratif est compétent *ratione materiae*.

Il me paraît que la jurisprudence de cette Cour sanctionne les principes que je viens d'énoncer. Ainsi, dans l'arrêt récent *Banque nationale du Canada* (précité), l'erreur commise par le Conseil et révisée par cette Cour portait sur une disposition attributive de compétence non pas initiale mais de redressement, savoir les dispositions finales de l'art. 189 du Code: il n'y était pas contesté que le Conseil était compétent pour entendre la plainte de pratique déloyale dont il était saisi et pour statuer sur elle; mais il s'était trompé sur l'étendue des pouvoirs que le Code lui confère pour y remédier; en ordonnant à la Banque de constituer un fond en fidéicommis afin de promouvoir les objectifs du

letter which it had dictated, the Board had exercised a power not conferred on it by the Code.

To summarize: the provisions which the Board had to interpret in the case at bar confer jurisdiction, since they concern the orders which the Board is empowered to attach to a declaration of an unlawful strike. The question is whether the Board has the power to attach to such a declaration an order referring a matter to arbitration. I consider, therefore, that it is not doubtful but manifest that the interpretation of these provisions raises a question of jurisdiction about which the Board cannot err without committing an excess of jurisdiction. For the foregoing reasons, in my opinion, the Board erred in interpreting these provisions and exercised a power which is not within those conferred upon it.

Third proposition

In its submission the Board argued that the decision made by it in paragraph 4 of its order, and set aside by the Federal Court of Appeal, not only was not unreasonable or wrongful, but on the contrary was reasonable in view of all the circumstances mentioned by the Board in its reasons.

I am quite ready to accept this proposition, at least for the purposes of discussion, but it is not the point. The point is whether the Board does have the power to make such a decision. If it does not, it must be set aside however reasonable or desirable it may be or may appear to be.

The Board further argued that this decision is not based on an interpretation of its powers which is so seriously tainted by error that it can be regarded as absolutely unreasonable.

I am willing to accept this further proposition, but in my opinion it is not relevant.

It can be seen that, in the case at bar, though the Federal Court of Appeal applied the rule of a patently unreasonable error to the part of the order made by the Board which fell within its authority, namely paragraph 3, it did not even

Code et en lui ordonnant d'écrire à tous les employés la lettre qu'il lui dictait, le Conseil avait exercé un pouvoir que le Code ne lui confère pas.

Je résume. Les dispositions que le Conseil devait interpréter en l'espèce sont attributives de compétence puisqu'elles portent sur les ordonnances que le Conseil est habilité à joindre à une déclaration de grève illégale. Il s'agit en effet de décider si le Conseil a le pouvoir de joindre à une telle déclaration une ordonnance de renvoi à l'arbitrage. Il me paraît donc non pas douteux mais manifeste que l'interprétation de ces dispositions soulève une question de compétence à propos de laquelle le Conseil ne peut errer sans commettre d'excès de compétence. Or, pour les raisons susdites, le Conseil a erré selon moi dans l'interprétation de ces dispositions et a exercé un pouvoir qui n'entre pas dans le cadre de ses attributions.

Troisième moyen

Dans son mémoire, le Conseil plaide que la décision qu'il a rendue au paragraphe 4 de son ordonnance et que la Cour d'appel fédérale a annulée, non seulement n'était ni déraisonnable ni abusive, mais qu'au contraire elle était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances mentionnées par le Conseil dans ses motifs.

Je veux bien admettre cette proposition, au moins pour les fins de la discussion, mais ce n'est pas la question. La question est de savoir si le Conseil a le pouvoir de rendre cette décision. S'il ne l'a pas, elle doit être annulée quelque raisonnable ou utile qu'elle puisse être ou paraître.

Le Conseil plaide aussi que cette décision n'est pas fondée sur une interprétation de ses pouvoirs qui soit si gravement erronée que l'on puisse la considérer comme absolument déraisonnable.

Je veux bien admettre également cette autre proposition. Mais, à mon avis, elle n'est pas pertinente.

On aura observé qu'en l'espèce, si la Cour d'appel fédérale utilise le critère de l'erreur manifestement déraisonnable à propos de cette partie de l'ordonnance rendue par le Conseil qui entre dans le cadre de ses attributions, savoir, le paragraphe

mention this rule in connection with paragraph 4, which resulted from a jurisdictional error.

In my view, the Federal Court of Appeal was clearly right to make this distinction, and the Board is wrong in proposing to ignore it. Unquestionably, as has already been noted, it is often difficult to determine what constitutes a question of jurisdiction, and administrative tribunals like the Board must generally be given the benefit of any doubt. Once the classification has been established, however, it does not matter whether an error as to such a question is doubtful, excusable or not unreasonable, or on the contrary is excessive, blatant or patently unreasonable. What makes this kind of error fatal, whether serious or slight, is its jurisdictional nature; and what leads to excluding the rule of the patently unreasonable error is the duty imposed on the Federal Court of Appeal to exercise the jurisdiction conferred on it by s. 28(1)(*a*) of the *Federal Court Act*.

When the Federal Court of Appeal, and in general, courts with a duty to exercise a superintending and reforming power over administrative tribunals, find that an interpretation given by the latter to an enactment is not patently unreasonable, they are finding that this interpretation is defensible: however, they are not deciding whether the interpretation is correct or incorrect, and are not in general expressing any opinion on the point. This is exactly the approach taken by the Federal Court of Appeal in the case at bar, when it writes about paragraph 3 of the Board's order that "even if the Board was mistaken on this point, it did not on that account cease to have jurisdiction over the matter".

Once a question is classified as one of jurisdiction, and has been the subject of a decision by an administrative tribunal, the superior court exercising the superintending and reforming power over that tribunal cannot, without itself refusing to exercise its own jurisdiction, refrain from ruling on the correctness of that decision, or rule on it by means of an approximate criterion.

3, elle ne souffle mot du même critère relativement au paragraphe 4 qui résulte d'une erreur juridictionnelle.

À mon avis, la Cour d'appel fédérale a clairement raison de faire la distinction et c'est à tort que le Conseil propose de l'ignorer. Certes, comme on l'a déjà dit, il est souvent difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence et il faut généralement donner le bénéfice du doute aux tribunaux administratifs comme le Conseil. Cette qualification une fois retenue cependant, il importe peu qu'une erreur portant sur une telle question soit discutable, excusable ou non déraisonnable ou bien, au contraire, extravagante, criante ou manifestement déraisonnable. Ce qui rend fatale cette sorte d'erreur, légère ou lourde, c'est son caractère juridictionnel et ce qui entraîne alors l'exclusion du critère de l'erreur manifestement déraisonnable, c'est le devoir imposé à la Cour d'appel fédérale d'exercer la compétence que lui confère l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Lorsque la Cour d'appel fédérale et, plus généralement, les cours chargées d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux administratifs, décident qu'une interprétation donnée par ceux-ci à une disposition n'est pas manifestement déraisonnable, elles décident que cette interprétation peut se défendre. Mais elles ne décident pas si cette interprétation est effectivement correcte ou erronée et n'expriment généralement pas d'opinion sur la question. C'est précisément l'attitude que prend la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire quand elle écrit à propos du paragraphe 3 de l'ordonnance du Conseil que «même si le Conseil s'était trompé sur ce point, il n'aurait pas à cause de cela, cessé d'avoir compétence en l'espèce».

Or une fois qu'une question est qualifiée de question de compétence et a fait l'objet d'une décision par un tribunal administratif, la cour supérieure chargée d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance sur ce tribunal ne peut, sans refuser elle-même d'exercer sa propre compétence, s'abstenir de statuer sur l'exactitude de cette décision ou statuer sur elle au moyen d'un critère approximatif.

This is why the superior courts which exercise the power of judicial review do not and may not use the rule of the patently unreasonable error once they have classified an error as jurisdictional.

Thus, in *Blanco v. Rental Commission*, [1980] 2 S.C.R. 827, the error made by the administrator and the Rental Commission in interpreting the provisions circumscribing their powers was in no way patently unreasonable. The case concerned an application to cancel a lease and evict a tenant. Section 25 of the *Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners*, 1950-51 (Que.), c. 20 as amended, listed the reasons for which the administrator or the Commission could order a lease cancelled and allow the tenant to be evicted, and the owner invoked the reasons mentioned in s. 25(*a*)—being more than three weeks in arrears in the payment of rent, unless the rent is paid before the hearing—and s. 25(*b*)—behaviour by the tenant on the leased premises likely in the judgment of the administrator to constitute a serious source of annoyance to the owners. It was established that the tenant had paid all the arrears of rent before the hearing, and the owner abandoned this ground. However, the administrator allowed evidence to be presented of the way in which the tenant had paid her rent, namely by twelve N.S.F. cheques in a twenty-four month period. The administrator, and the Commission after him, found that the tenant's frequent delays in paying her rent constituted a serious source of annoyance to the lessor, and ordered cancellation of the lease and eviction. This Court held that the administrator and the Commission had erred in treating the frequent delays in payment of rent as a serious source of annoyance to the owner, because s. 25(*a*), the only provision in the statute regarding delays in payment of rent, covered this question completely, and of necessity s. 25(*b*) applied to something else. The Court did not refer to the patently unreasonable error rule. Though not unreasonable, the error made by the administrator and the Commission was nevertheless a basis for judicial review, since it had the effect of conferring on those who had committed it a power of appreciation and a discretionary power in a specific case for which the Act expressly provided

C'est pourquoi les cours supérieures qui exercent le pouvoir de révision judiciaire n'utilisent pas et ne peuvent utiliser le critère de l'erreur manifestement déraisonnable une fois qu'elles ont qualifié une erreur d'erreur juridictionnelle.

Ainsi, dans *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827, l'erreur commise par l'administrateur et la Commission des loyers dans l'interprétation des dispositions qui délimitaient leurs pouvoirs n'avait rien de manifestement déraisonnable. Il s'agissait d'une demande en résiliation de bail et en éviction d'un locataire. L'article 25 de la *Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, 1950-51 (Qué.), chap. 20 et modifications, énumérait les raisons pour lesquelles l'administrateur ou la Commission devait ordonner la résiliation d'un bail et permettre l'éviction du locataire et le propriétaire invoquait les raisons mentionnées à l'al. 25*a*)—le retard de plus de trois mois à payer le loyer à moins que le loyer ne soit payé avant l'audition—et à l'al. 25*b*)—un comportement du locataire sur les lieux loués de nature à constituer au jugement de l'administrateur une source sérieuse de tracasserie pour le propriétaire. Il fut établi que le locataire avait payé tous les arrérages de loyer avant l'audition et le propriétaire renonça à ce moyen. Mais l'administrateur permit que l'on prouve la manière dont le locataire avait payé son loyer savoir, douze chèques sans provision durant une période de vingt-quatre mois. L'administrateur et après lui la Commission jugèrent que les retards fréquents du locataire à payer son loyer constituaient une source sérieuse de tracasserie pour le bailleur et ordonnèrent la résiliation du bail et l'éviction. Cette Cour a décidé que l'administration et la Commission avaient erré en qualifiant les retards fréquents à payer le loyer de source de tracasserie sérieuse pour le propriétaire car l'al. 25*a*), seule disposition de la loi relative au retard à payer le loyer, épuisait cette question et c'était nécessairement autre chose que visait l'al. 25*b*). La Cour ne réfère pas au critère de l'erreur manifestement déraisonnable. Même non déraisonnable en effet, l'erreur commise par l'administrateur et la Commission devait néanmoins donner ouverture à révision judiciaire puisqu'elle avait pour conséquence de conférer à ceux qui l'avaient commise une

that they should not have such powers, the case of arrears of over three months' rent paid before the hearing.

Similarly, in *National Bank of Canada* (*supra*), when this Court invalidated the order to the Bank by the Board to create a trust fund and to write the letter it had dictated, it did not mention the patently unreasonable error rule. It might be thought that the jurisdictional error in the strict sense committed by the Board in that case was also patently unreasonable, but this was not the reasoning applied by the Court. Its reasoning was the *ultra vires* nature of the order given by the Board.

Conversely, when the Court applies the patently unreasonable interpretation rule it is always with respect to an error which an administrative tribunal may have made in deciding a question considered as falling within the limits of its jurisdiction: see, for example, *Nipawin* (*supra*); *New Brunswick Liquor Corporation* (*supra*); *Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *St. Luc Hospital v. Lafrance*, [1982] 1 S.C.R. 974; *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176. In particular, see *National Bank of Canada* (*supra*): like the case at bar, that case had two aspects—the first related to a question within the Board's jurisdiction, namely whether the merger of two bank branches constituted a sale within the meaning of s. 144 of the Code; and the second, as indicated above, a jurisdictional question regarding the Board's power of redress in the case of an unfair practice; like the Federal Court of Appeal in the case at bar, this Court used the patently unreasonable interpretation rule on the first aspect but not the second.

Accordingly, it does not matter whether or not the jurisdictional error made by the Board is patently unreasonable.

Furthermore, I do not see why different rules would be applied in this regard depending on

faculté d'appréciation et un pouvoir discrétionnaire dans un cas précis où la loi prévoyait expressément qu'ils n'en avaient aucun, le cas des arrérages de plus de trois mois de loyer payés avant l'audition.

De même, dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada* (précité), lorsque cette Cour invalide l'ordre donné à la Banque par le Conseil de constituer un fond en fidéicommis et d'écrire la lettre qui lui était dictée, elle ne mentionne pas le critère de l'erreur manifestement déraisonnable. D'aucuns pourront penser que l'erreur juridictionnelle au sens strict commise dans ce cas-là par le Conseil était en même temps manifestement déraisonnable, mais ce n'est pas le motif retenu par la Cour. Ce motif, c'est le caractère *ultra vires* de l'ordre donné par le Conseil.

Inversement, quand la Cour applique le critère de l'interprétation manifestement déraisonnable, c'est toujours à propos d'une erreur qu'un tribunal administratif peut avoir commise dans la détermination d'une question considérée comme entrant dans les cadres de sa compétence: voir par exemple l'arrêt *Nipawin* (précité); l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité); *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *Hôpital St-Luc c. Lafrance*, [1982] 1 R.C.S. 974; *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176. Voir surtout l'arrêt *Banque Nationale du Canada* (précité): comme la présente affaire, cet arrêt comporte deux volets; le premier volet est relatif à une question relevant de la compétence du Conseil savoir, l'intégration de deux succursales bancaires constitue-t-elle une vente au sens de l'art. 144 du Code; le second volet porte, comme il est dit plus haut, sur une question juridictionnelle relative au pouvoir de redressement du Conseil dans un cas de pratique déloyale; tout comme la Cour d'appel fédérale en l'espèce, cette Cour utilise le critère de l'interprétation manifestement déraisonnable pour le premier volet mais non pas pour le second.

Il n'importe donc pas que l'erreur juridictionnelle commise par le Conseil soit ou non manifestement déraisonnable.

D'ailleurs et au surplus, je ne vois pas pourquoi on utiliserait des critères différents à ce sujet, selon

whether it concerns judicial review of an administrative or quasi-judicial jurisdiction, or judicial review of legislative authority over constitutional matters. When the courts of law have to rule on the validity of a statute, so far as I know they do not ask whether Parliament or the legislature has expressly or by implication given ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* an interpretation which is not patently unreasonable. Why would they act differently in the case of judicial review of the jurisdiction of administrative tribunals? The power of review of the courts of law has the same historic basis in both cases, and in both cases it relates to the same principles, the supremacy of the Constitution or of the law, of which the courts are the guardians.

I would dismiss the third proposition made by the Board.

4. *Conclusion*

The factum of the CBC in the first appeal indicates that the parties did in fact submit to arbitration a grievance regarding the individually optional or compulsory nature of overtime. After leave to appeal was given by this Court, but before the appeal was heard, an arbitrator, Mr. André Sylvestre, in an award dated November 19, 1981, dismissed the grievance and ruled in favour of the CBC, finding like Beauregard J. that overtime was individually compulsory and that the arbitrator André Montpetit had erred in his 1978 award. The Court was provided with copies of Mr. Sylvestre's award at the hearing.

However, it is not clear that the parties referred this grievance to arbitration in order to comply with paragraph 4 of the Board's order, and there is no indication whether the arbitration had or will have the effects expected by the Board.

Moreover, no one argued that the appeal of the Board had become moot as a result of this award.

qu'il s'agit du contrôle judiciaire d'une compétence administrative ou quasi-judiciaire, ou bien qu'il s'agit du contrôle judiciaire d'une compétence législative en matière constitutionnelle. Quand les cours de justice ont à statuer sur la validité d'une loi, elles ne se demandent pas, que je sache, si le Parlement ou la législature a implicitement ou explicitement donné aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* une interprétation qui n'est pas manifestement déraisonnable. Pourquoi procéderaient-elles autrement quand il s'agit du contrôle judiciaire de la compétence des tribunaux administratifs? Le pouvoir de contrôle des cours de justice a dans les deux cas le même fondement historique, et dans les deux cas il se rattache aux mêmes principes, la suprématie de la Constitution ou de la loi dont les cours de justice sont les gardiennes.

Je rejetterais le troisième moyen soulevé par le Conseil.

4. *Conclusion*

Le mémoire de Radio-Canada dans le premier pourvoi nous informe que les parties ont effectivement soumis à l'arbitrage un grief relatif au caractère individuellement facultatif ou obligatoire du temps supplémentaire. Après que l'autorisation d'interjeter appel a été accordée par cette Cour, mais avant l'audition du pourvoi, un arbitre, Me André Sylvestre, dans une sentence en date du 19 novembre 1981, a rejeté le grief et donné raison à Radio-Canada concluant, comme le juge Beauregard, que le temps supplémentaire était individuellement obligatoire et que l'arbitre André Montpetit avait erré dans la sentence de 1978. On nous a distribué à l'audience des copies de la sentence de l'arbitre Sylvestre.

Il n'est pas clair cependant que ce soit pour se conformer au paragraphe 4 de l'ordonnance du Conseil que les parties ont déféré ce grief à l'arbitrage et rien n'indique si cet arbitrage a eu ou aura les effets qu'en escomptait le Conseil.

Au surplus, personne n'a soutenu que le pourvoi du Conseil a pu devenir théorique par suite de cette sentence.

I therefore consider that the Court should rule on the Board's appeal, which I would dismiss with costs.

V—General conclusions

The appeal of the Syndicat should be dismissed with costs in favour of the Board and the CBC.

The appeal of the Board should be dismissed with costs in favour of the Syndicat.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the Canada Labour Relations Board: Grondin, LeBel, Poudrier, Isabel, Morin & Gagnon, Québec.

Solicitors for the Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie: Robert, Dansereau, Barre, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Solicitors for the Canadian Broadcasting Corporation: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montréal.

Je crois donc qu'il faut statuer sur le pourvoi du Conseil, que je rejetterais avec dépens.

V—Conclusions générales

Le pourvoi du Syndicat doit être rejeté avec dépens en faveur du Conseil et de Radio-Canada.

Le pourvoi du Conseil doit être rejeté avec dépens en faveur du Syndicat.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs du Conseil canadien des relations du travail: Grondin, LeBel, Poudrier, Isabel, Morin & Gagnon, Québec.

Procureurs du Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie: Robert, Dansereau, Barre, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Procureurs de la Société Radio-Canada: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1984 Vol. 2

4e cahier, 1984 Vol. 2

Cited as [1984] 2 S.C.R. 447-574

Renvoi [1984] 2 R.C.S. 447-574

Published by
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1984.

Publié par
BERNARD C. HOFLEY, c.r.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1984.

CONTENTS

Abbas *v.* The Queen **526**

Criminal law — Causing a fire — Proof of offence — Charge of causing a fire by violating law in place where fire caused death or damage — Statutory presumption of fire being wilfully set if non-compliance with fire-prevention or fire-safety law — Whether or not presumption applicable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 392(1)(a),(b), (2).

Attorney General for Ontario *v.* Fatehi **536**

Highways — Damage due to traffic accident — Crown expended money for clean up — Whether or not negligent driver liable — Public Transportation and Highway Improvement Act, R.S.O. 1980, c. 421, s. 33 — Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 11.

Negligence — Traffic accident — Highway damaged — Whether or not Crown can recover money spent for clean up.

Crown — Recovery for expenses incurred because of traffic accident — Accident caused by negligent driver — Whether or not Crown can recover.

Attorney General of Quebec *v.* Udeco Inc. *et al.* **502**

Constitutional law — Companies — Provincial securities legislation empowering minister to suspend powers of board of directors of company and to appoint provisional administrator — Nature of Minister's power — Whether power is one of those exercised by the courts referred to in s. 96 of the Constitution — Securities Act, R.S.Q. 1977, c. V-1, s. 112 — Constitution Act, 1867, s. 96 — Code of Civil Procedure, art. 33.

Blanchard *v.* Control Data Canada Ltd. *et al.* **476**

Judicial review — Labour law — Arbitral award — Complaint of dismissal without good and sufficient cause — Alteration by

Continued on next page

SOMMAIRE

Abbas *c.* La Reine **526**

Droit criminel — Causer un incendie — Preuve de l'infraction — Accusation d'avoir causé un incendie en violant une loi en vigueur à l'endroit où un incendie a occasionné un décès ou des dommages — Présomption légale que l'incendie a été causé volontairement en cas de non-respect d'une loi relative à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie — Application de la présomption — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 392(1)a),b), (2).

Blanchard *c.* Control Data Canada Ltée *et autre* **476**

Contrôle judiciaire — Droit du travail — Sentence arbitrale — Plainte de congédiement sans cause juste et suffisante — Modification par l'arbitre de la sanction imposée par l'employeur — Bref d'évocation — Clause privative — Pouvoirs de l'arbitre — La sentence arbitrale est-elle raisonnable et suffisamment motivée? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., chap. N-1.1, art. 124, 125, 126, 127, 128, 129 — Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 et mod., art. 139 — Code de procédure civile, art. 846.

British Columbia Development Corporation *et autre c.* Friedmann, Ombudsman *et autres* **447**

Droit administratif — Ombudsman — Compétence — Société d'État responsable d'un projet de réaménagement urbain — Échec des négociations en vue d'une entente sur la participation du restaurant au plan — Non-renouvellement du bail du restaurant — Le refus de la société d'État de renouveler le bail relève-t-il du pouvoir d'enquête de l'ombudsman? — Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, chap. 306, art. 10(1), 12(3), annexe art. 2 — Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 93, art. 4, 4.1, 5.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

arbitrator of penalty imposed by employer — Writ of evocation — Privative clause — Powers of arbitrator — Whether arbitral award reasonable and sufficient reasons given — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 124, 125, 126, 127, 128, 129 — Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 as am., s. 139 — Code of Civil Procedure, art. 846.

British Columbia Development Corporation *et al.* v. Friedmann, Ombudsman *et al.* **447**

Administrative law — Ombudsman — Jurisdiction — Crown corporation responsible for urban redevelopment project — Agreement as to restaurant's participation in scheme not reached — Restaurant's lease not renewed — Whether or not Crown corporation's refusal to renew lease within scope of Ombudsman's power to investigate — Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, c. 306, s. 10(1), 12(3), Schedule s. 2 — Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, c. 93, ss. 4, 4.1, 5.

Cardinal *v.* The Queen **523**

Criminal law — Rape — Parties to offence — Accused over 14 years of age party to an act of rape committed by a 13-year-old — Person under the age of 14 immune from prosecution — Whether accused may be convicted of rape — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143, 144 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 70], 147.

Duhamel *v.* The Queen **555**

Criminal law — Res judicata — Issue estoppel — Separate trials for commission of two robberies — Accused's statements ruled inadmissible at first trial — Whether Crown estopped from relitigating the question of admissibility of accused's statements at second trial — Whether "issue estoppel" should extend to findings on voir dire.

Goldwax *v.* Montréal (City of) **525**

Constitutional law — Criminal law — Prostitution — Municipal by-law — Remaining in a public place for purposes of prostitution or approaching another person there for that purpose prohibited — Whether or not by-law *ultra vires* as invasion of federal criminal law powers — By-law No. 5464 of the City of Montréal.

Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés *v.* Udeco Inc *et al.* **502**

Constitutional law — Companies — Provincial securities legislation empowering minister to suspend powers of board of directors of company and to appoint provisional administrator — Nature of Minister's power — Whether power is one of those exercised by the courts referred to in s. 96 of the Constitution — Securities Act, R.S.Q. 1977, c. V-1, s. 112 — Constitution Act, 1867, s. 96 — Code of Civil Procedure, art. 33.

Minister of Employment and Immigration *et al.* v. Jiminez-Perez *et al.* **565**

Immigration — Admission — Landing application — Person seeking admission to Canada without having first obtained immigrant visa outside Canada — Exemption requested on compassionate or humanitarian considerations — Immigration

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Cardinal *c.* La Reine **523**

Droit criminel — Viol — Parties à une infraction — Accusé, âgé de plus de 14 ans, partie au viol commis par un individu âgé de 13 ans — Personne de moins de 14 ans à l'abri de poursuites — L'accusé peut-il être reconnu coupable de viol? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 143, 144 [mod. 1972 (Can.), chap. 13, art. 70], 147.

Duhamel *c.* La Reine **555**

Droit criminel — Chose jugée — Fin de non-recevoir — Deux chefs d'accusation de vol qualifié jugés séparément — Déclarations de l'accusé jugées irrecevables au premier procès — La poursuite peut-elle au deuxième procès débattre de nouveau la recevabilité des déclarations de l'accusé? — Faut-il étendre l'irrecevabilité aux conclusions sur voir dire?

Goldwax *c.* Montréal (Ville de) **525**

Droit constitutionnel — Droit criminel — Prostitution — Règlement municipal — Interdiction de se tenir dans un endroit public aux fins de la prostitution ou d'y aborder une personne à ces fins — Le règlement est-il inconstitutionnel en ce qu'il empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Règlement de la Ville de Montréal, nº 5464.

Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés *c.* Udeco Inc. *et autres* **502**

Droit constitutionnel — Compagnies — Loi provinciale sur les valeurs mobilières autorisant le ministre à suspendre les pouvoirs du conseil d'administration d'une compagnie et à nommer un administrateur provisoire — Nature du pouvoir du ministre — S'agit-il d'un pouvoir de la nature de ceux exercés par les cours visées à l'art. 96 de la Constitution? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q. 1977, chap. V-1, art. 112 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Code de procédure civile, art. 33.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration *et autres c.* Jiminez-Perez *et autre* **565**

Immigration — Admission — Demande de droit d'établissement — Personne demandant son admission au Canada sans avoir obtenu de visa d'immigrant avant d'entrer au pays — Demande d'exemption pour des considérations humanitaires ou de compassion — Obligation des agents d'immigration d'examiner la demande d'exemption — Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 9, 79(2)b), 115(2).

Nadeau *c.* La Reine **570**

Droit criminel — Meurtre — Exposé du juge au jury — Fardeau de la preuve — Deux versions des événements entourant l'homicide offertes en preuve — Légitime défense — Directives erronées — Nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

Procureur général de l'Ontario *c.* Fatehi **536**

Voies publiques — Dommages résultant d'un accident de la circulation — Dépenses de la province pour le nettoyage — Responsabilité du conducteur négligent — Loi sur l'aménagement des routes et des transports en commun, L.R.O. 1980, chap.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

officers under duty to consider application for exemption — Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, ss. 9, 79(2)(b), 115(2).

Nadeau *v.* The Queen **570**

Criminal law — Murder — Charge to jury — Burden of proof — Two versions of events surrounding homicide presented in evidence — Self-defence — Misdirection — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

R. *v.* Sophonow **524**

Criminal law — Charge to jury — Theory of defence — Trial judge not adequately presenting the theory of defence to jury — Conviction quashed and new trial ordered — Section 613(1)(b)(iii) of the Code inapplicable.

SOMMAIRE (Fin)

421, art. 33 — Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, chap. 219, art. 11.

Responsabilité — Accident de la circulation — Dommages causés à une route — La province peut-elle être indemnisée pour le nettoyage?

Couronne — Indemnisation pour les pertes découlant d'un accident de la circulation — Accident causé par la négligence du conducteur — La Couronne peut-elle être indemnisée?

Procureur général du Québec *c.* Udeco Inc. *et autres* **502**

Droit constitutionnel — Compagnies — Loi provinciale sur les valeurs mobilières autorisant le ministre à suspendre les pouvoirs du conseil d'administration d'une compagnie et à nommer un administrateur provisoire — Nature du pouvoir du ministre — S'agit-il d'un pouvoir de la nature de ceux exercés par les cours visées à l'art. 96 de la Constitution? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q. 1977, chap. V-1, art. 112 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Code de procédure civile, art. 33.

R. *c.* Sophonow **524**

Droit criminel — Directives au jury — Théorie de la défense — Théorie de la défense présentée inadéquatement par le juge du procès au jury — Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné — Inapplicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code.

British Columbia Development Corporation and The First Capital City Development Company Limited *Appellants*;

and

Karl A. Friedmann, Ombudsman *Respondent*;

and

The Attorney General for the Province of British Columbia *Mis en cause*;

and

Ombudsman of Ontario, Public Protector for the Province of Quebec and Ombudsman of Saskatchewan *Interveners.*

File No.: 17213.

1984: January 30; 1984: November 22.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Ombudsman — Jurisdiction — Crown corporation responsible for urban redevelopment project — Agreement as to restaurant's participation in scheme not reached — Restaurant's lease not renewed — Whether or not Crown corporation's refusal to renew lease within scope of Ombudsman's power to investigate — Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, c. 306, s. 10(1), 12(3), Schedule s. 2 — Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, c. 93, ss. 4, 4.1, 5.

British Columbia Development Corporation (B.C.D.C.), a Crown corporation, incorporated First Capital City Development Co. (First Capital) to carry out an urban redevelopment project. B.C.D.C. purchased some waterfront property for the project on First Capital's behalf. The property in question was subject to a lease held by King Neptune Seafoods Ltd. (King Neptune) and due to expire in a few months. King Neptune had operated a restaurant on the property for several years and wished to continue doing so. B.C.D.C., however, planned to build a hotel where King Neptune's restaurant stood. B.C.D.C., First Capital and King Neptune entered into negotiations concerning King Neptune's participation in the redevelopment scheme. No agreement, however, was reached. Ultimately, B.C.D.C. refused to renew King Neptune's lease. The Ombuds-

British Columbia Development Corporation et The First Capital City Development Company Limited *Appelantes*;

et

Karl A. Friedmann, ombudsman *Intimé*;

et

Le Procureur général de la province de la Colombie-Britannique *Mis en cause*;

et

L'Ombudsman de l'Ontario, le Protecteur du citoyen de la province de Québec, l'Ombudsman de la Saskatchewan *Intervenants.*

N° du greffe: 17213.

1984: 30 janvier; 1984: 22 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit administratif — Ombudsman — Compétence — Société d'État responsable d'un projet de réaménagement urbain — Échec des négociations en vue d'une entente sur la participation du restaurant au plan — Non-renouvellement du bail du restaurant — Le refus de la société d'État de renouveler le bail relève-t-il du pouvoir d'enquête de l'ombudsman? — Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, chap. 306, art. 10(1), 12(3), annexe art. 2 — Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 93, art. 4, 4.1, 5.

British Columbia Development Corporation (B.C.D.C.), une société d'état, a constitué First Capital City Development Co. (First Capital) pour réaliser un projet de réaménagement urbain. B.C.D.C. a acheté au nom de First Capital un terrain riverain pour réaliser le projet. King Neptune Seafoods Ltd. (King Neptune) détenait un bail sur ce terrain venant à échéance quelques mois plus tard. King Neptune y exploitait un restaurant depuis plusieurs années et voulait continuer à le faire. B.C.D.C. prévoyait par contre construire un hôtel à la place du restaurant de King Neptune. B.C.D.C., First Capital et King Neptune ont entamé des négociations sur la participation de King Neptune au plan de réaménagement, mais les négociations ont échoué. En définitive, B.C.D.C. a refusé de renouveler le bail de King Neptune. À la suite d'une plainte de King

man, acting on a complaint from King Neptune that B.C.D.C. and First Capital had dealt with it unfairly, commenced an investigation. The investigation was stayed, however, by an interlocutory injunction and the British Columbia Supreme Court found, on an application for judicial review, that B.C.D.C.'s dealings with King Neptune could not be characterized as involving "a matter of administration" within the meaning of that term in the jurisdictional provision of the *Ombudsman Act*. Those dealings were therefore beyond the Ombudsman's jurisdiction. The Court of Appeal reversed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 10(1) of the *Ombudsman Act* provides that the Ombudsman may conduct an investigation into any complaint presenting: (1) a decision or recommendation made; an act done or omitted; or a procedure used; (2) by an authority; (3) that aggrieves or may aggrieve a person; (4) with respect to a matter of administration.

The business dealings which B.C.D.C. and First Capital had with King Neptune met these conditions. The complaint was in substance one of bad faith on the part of B.C.D.C. and First Capital in negotiating with King Neptune. This called into question conduct properly described as an act done or omitted, a decision or a procedure used. B.C.D.C. was clearly an "authority" as described in the Schedule to the Act, and King Neptune was an "aggrieved person". The word "person" includes corporations and a person is "aggrieved" whenever he genuinely suffers, or is threatened with, any form of harm prejudicial to his interests, whether or not a legal right is called into question. It is clear that the loss of the restaurant's waterfront location could cause harm prejudicial to the interests of King Neptune. Finally, B.C.D.C.'s conduct was "with respect to a matter of administration" as that term is used in s. 10(1) of the Act. The touchstone of administrative action is the government's adoption, formulation or application of general public policy in particular situations. The phrase "a matter of administration" encompasses everything done by governmental authorities in the implementation of government policy, regardless of whether the implementation of those policies involves matters of proprietary, commercial or business concern. Only the activities of the legislature and the courts are excluded from the Ombudsman's scrutiny. B.C.D.C. and First Capital, in dealing with the land in question, were implementing governmental policy and administering a governmental program. It follows that King Neptune's complaints about the manner in which B.C.D.C. and First Capital dealt with it regarding the land and the location of the

Neptune portant que B.C.D.C. et First Capital l'avait traitée injustement, l'ombudsman a entrepris une enquête. L'enquête a toutefois été suspendue par une injonction interlocutoire et, statuant sur une demande d'examen judiciaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'on ne pouvait pas qualifier les négociations entre B.C.D.C. et King Neptune de «question d'administration» au sens de cette expression dans la disposition attributive de compétence de l'*Ombudsman Act*. Ces négociations excédaient donc la compétence de l'ombudsman. La Cour d'appel a infirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 10(1) de l'*Ombudsman Act* prévoit que l'ombudsman peut enquêter sur toute plainte relative à: 1) une décision ou une recommandation, un acte ou une omission, ou une procédure, 2) d'un organisme gouvernemental, 3) qui lèse ou peut léser une personne, 4) à l'égard d'une question d'administration.

Les négociations commerciales que B.C.D.C. et First Capital ont tenues avec King Neptune remplissaient ces conditions. La plainte allègue essentiellement la mauvaise foi de B.C.D.C. et de First Capital au cours des négociations avec King Neptune. Ceci met en question une conduite décrite adéquatement comme un acte ou une omission, une décision ou une procédure. B.C.D.C. est clairement un «organisme gouvernemental» au sens de l'annexe de la Loi et King Neptune est une «personne lésée». Le mot «personne» comprend les personnes morales et une personne est «lésée» lorsqu'elle subit vraiment ou risque de subir toute forme de préjudice portant atteinte à ses intérêts, peu importe qu'un droit prévu par la loi soit ou non en cause. Il est clair que la perte de l'emplacement du restaurant dans le secteur riverain peut préjudicier aux intérêts de King Neptune. Enfin la conduite de B.C.D.C. est «à l'égard d'une question d'administration» au sens où cette expression est utilisée dans la loi. La pierre de touche d'un acte administratif est l'adoption, la formulation ou l'application par le gouvernement d'une politique générale dans des situations particulières. L'expression «une question d'administration» englobe tout ce que font les organismes gouvernementaux pour mettre en oeuvre des politiques gouvernementales, peu importe que cette mise en oeuvre touche à des questions en matière de propriété ou en matière commerciale. Seules les activités de l'assemblée législative et des tribunaux échappent à l'examen de l'ombudsman. Lorsque B.C.D.C. et First Capital se sont occupées du terrain en question, elles mettaient en oeuvre une politique gouvernementale et administraient un programme gouvernemental. Il s'ensuit que les plaintes de

restaurant were, in spite of their commercial flavour, "with respect to a matter of administration".

Re Ombudsman Act (1970), 72 W.W.R. 176; *Re Ombudsman of Ontario and Health Disciplines Board of Ontario* (1979), 104 D.L.R. (3d) 597; *Re Ombudsman of Ontario and Minister of Housing of Ontario* (1979), 26 O.R. (2d) 434; *Re Ombudsman for Saskatchewan* (1974), 46 D.L.R. (3d) 452; *Re Board of Police Commissioners for the City of Saskatoon and Tickell* (1979), 95 D.L.R. (3d) 473; *Booth v. Dillon (No. 3)*, [1977] V.R. 143; *Glenister v. Dillon*, [1976] V.R. 550; *Ombudsman of Nova Scotia v. Sydney Steel Corp.* (1977), 17 N.S.R. (2d) 361, referred to; *Ex parte Sidebotham. In re Sidebotham* (1880), 14 Ch.D. 458; *Re Yulka and Minister of Social Services* (1982), 138 D.L.R. (3d) 574; *Arsenal Football Club Ltd. v. Smith*, [1977] 2 W.L.R. 974; *Re Actus Management Ltd. and City of Calgary* (1975), 62 D.L.R. (3d) 421; *W.A.W. Holdings Ltd. v. Summer Village of Sundance Beach*, [1980] 1 W.W.R. 97; *Attorney-General of the Gambia v. N'Jie*, [1961] 2 All E.R. 504, distinguished.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1982] 5 W.W.R. 563, 139 D.L.R. (3d) 307, 38 B.C.L.R. 56, allowing an appeal from a judgment of the British Columbia Supreme Court. Appeal dismissed.

Jack Giles, Q.C., and *J. A. Angus*, for the appellants.

I. G. Nathanson and *F. S. Borowicz*, for the respondent.

E. Robert A. Edwards, Q.C., for the mis en cause the Attorney General of British Columbia.

Eric R. Murray, Q.C., and *Ian A. Blue*, for the intervener the Ombudsman for the Province of Ontario.

François Aquin and *Siri Genik*, for the intervener Yves Labonté, Public Protector for the Province of Quebec.

Noel S. Sandomirsky, for the intervener David Tickell, Ombudsman of Saskatchewan.

King Neptune sur la façon dont B.C.D.C. et First Capital ont traité avec elle en ce qui concerne le terrain et l'emplacement du restaurant sont, malgré leur saveur commerciale, «à l'égard d'une question d'administration».

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *Re Ombudsman Act* (1970), 72 W.W.R. 176; *Re Ombudsman of Ontario and Health Disciplines Board of Ontario* (1979), 104 D.L.R. (3d) 597; *Re Ombudsman of Ontario and Minister of Housing of Ontario* (1979), 26 O.R. (2d) 434; *Re Ombudsman for Saskatchewan* (1974), 46 D.L.R. (3d) 452; *Re Board of Police Commissioners for the City of Saskatoon and Tickell* (1979), 95 D.L.R. (3d) 473; *Booth v. Dillon (No. 3)*, [1977] V.R. 143; *Glenister v. Dillon*, [1976] V.R. 550; *Ombudsman of Nova Scotia v. Sydney Steel Corp.* (1977), 17 N.S.R. (2d) 361; distinction faite avec les arrêts: *Ex parte Sidebotham. In re Sidebotham* (1880), 14 Ch.D. 458; *Re Yulka and Minister of Social Services* (1982), 138 D.L.R. (3d) 574; *Arsenal Football Club Ltd. v. Smith*, [1977] 2 W.L.R. 974; *Re Actus Management Ltd. and City of Calgary* (1975), 62 D.L.R. (3d) 421; *W.A.W. Holdings Ltd. v. Summer Village of Sundance Beach*, [1980] 1 W.W.R. 97; *Attorney-General of the Gambia v. N'Jie*, [1961] 2 All E.R. 504.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1982] 5 W.W.R. 563, 139 D.L.R. (3d) 307, 38 B.C.L.R. 56, qui a accueilli un appel d'un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Jack Giles, c.r., et *J. A. Angus*, pour les appelantes.

I. G. Nathanson et *F. S. Borowicz*, pour l'intimé.

E. Robert A. Edwards, c.r., pour le mis en cause le procureur général de la Colombie-Britannique.

Eric R. Murray, c.r., et *Ian A. Blue*, pour l'intervenant l'Ombudsman de la province de l'Ontario.

François Aquin et *Siri Genik*, pour l'intervenant Yves Labonté, le Protecteur du citoyen de la province de Québec.

Noel S. Sandomirsky, pour l'intervenant David Tickell, Ombudsman de la Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—This Court is asked in this appeal to determine the scope of the investigatory jurisdiction granted the Ombudsman of British Columbia under s. 10(1) of the *Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1979, c. 306, which reads:

> **10.** (1) The Ombudsman, with respect to a matter of administration, on a complaint or on his own initiative, may investigate
>
> (a) a decision or recommendation made;
>
> (b) an act done or omitted; or
>
> (c) a procedure used
>
> by an authority that aggrieves or may aggrieve a person.

The Ombudsman (in original form "jusitieombudsman", a Swedish word meaning "Procurator for Civil Affairs", but translated loosely as "citizens' defender") is an office typically provided for by a legislative body and headed by an independent public official with power to receive complaints about, inquire into, and report upon, governmental abuses affecting members of the public. Any analysis of the proper investigatory role the Ombudsman is to fulfil must be animated by an awareness of this broad remedial purpose for which the office has traditionally been created.

At the same time it must be emphasized that the Ombudsman is a statutory creation. It is elemental that the nature and extent of the jurisdiction which may be exercised by the Ombudsman in this case turns upon the interpretation to be given the specific language of the British Columbia legislation.

This appeal may affect Canadian jurisdictions beyond British Columbia. All provinces, except Prince Edward Island, have Ombudsman Acts not unlike the British Columbia Act. The Ombudsmen of Ontario, Quebec and Saskatchewan have intervened in the present appeal to support the Ombudsman of British Columbia. The provincial Attorney General has intervened to support British Columbia Development Corporation (hereinafter "B.C.D.C."), one of the appellants.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans le présent pourvoi, on demande à la Cour de déterminer la portée de la compétence en matière d'enquête accordée à l'ombudsman de la Colombie-Britannique en vertu du par. 10(1) de l'*Ombudsman Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 306, ainsi rédigé:

> [TRADUCTION] **10.** (1) L'ombudsman peut, à l'égard d'une question d'administration, sur réception d'une plainte ou de son propre chef, enquêter sur
>
> a) une décision ou une recommandation,
>
> b) un acte ou une omission, ou
>
> c) une procédure
>
> d'un organisme gouvernemental, qui lèse ou peut léser une personne.

La fonction d'ombudsman (un emprunt du suédois signifiant «procureur pour les affaires civiles», mais traduit librement par «protecteur du citoyen») est normalement créée par un corps législatif et dirigée par un officier public indépendant qui possède le pouvoir de recevoir des plaintes, d'enquêter et de faire rapport relativement aux abus de l'administration publique qui touchent les citoyens. Toute analyse du rôle d'enquêteur que doit remplir l'ombudsman doit tenir compte de l'objectif général de redressement pour lequel cette fonction a été traditionnellement créée.

De même, il faut souligner que la fonction d'ombudsman est une création de la loi. Fondamentalement, la nature et la portée de la compétence que l'ombudsman peut exercer en l'espèce dépend de l'interprétation qu'il faut donner aux termes précis de la loi en vigueur en Colombie-Britannique.

Le présent pourvoi peut avoir des effets dans d'autres ressorts canadiens en sus de la Colombie-Britannique. Toutes les provinces, sauf l'Île-du-Prince-Edouard, ont une loi sur l'ombudsman semblable à celle de la Colombie-Britannique. En l'espèce, les ombudsmen de l'Ontario, du Québec et de la Saskatchewan sont intervenus en faveur de l'ombudsman de la Colombie-Britannique. Le procureur général de la province est intervenu en faveur de British Columbia Development Corporation (ci-après appelée «B.C.D.C.»), l'une des appelantes.

I Background and Facts

The appellants, B.C.D.C. and its wholly owned subsidiary, First Capital City Development Company Limited (hereinafter "First Capital"), dispute the right of Karl A. Friedmann, the British Columbia Ombudsman, to investigate complaints made against them by King Neptune Seafoods Limited (hereinafter "King Neptune").

B.C.D.C. is a Crown corporation, all the issued shares of which are owned by Her Majesty in the right of the Province of British Columbia. The corporation was created by the *Development Corporation of British Columbia Act* 1973, (B.C.) c. 27, and continued pursuant to the *Development Corporation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 93. The directors of B.C.D.C. are appointed by the Lieutenant Governor in Council. B.C.D.C.'s mandate is to create and pursue opportunities for the economic development of the province. Its objects are set out in s. 4 of the latter Act:

4. The object of the corporation is to create, develop and increase income, employment, tax revenue and other economic benefits to the Province by encouraging and assisting in the establishment, expansion and continued operation of industrial enterprises in the Province, and, for that purpose,

(a) to provide financing by way of loans to, or purchase of shares of, an industrial enterprise, on terms and conditions as the corporation considers advisable;

(b) to assist an industrial enterprise by disposing of industrial sites, land, buildings or equipment to that industrial enterprise on terms and conditions as the corporation considers advisable; and

(c) to provide other financial and technical assistance to an industrial enterprise as may assist the industrial enterprise in carrying out the objects of this Act.

This Act was amended by 1980 (B.C.), c. 35, to grant B.C.D.C. further objects:

4.1 The further objects of the corporation are to act as agent for, and provide assistance to, the government in the administration or implementation of government programs.

I Historique et faits

Les appelantes, B.C.D.C. et sa filiale en propriété exclusive, First Capital City Development Company Limited (ci-après appelée «First Capital»), contestent le droit de Karl A. Friedmann, l'ombudsman de la Colombie-Britannique, d'enquêter sur des plaintes portées contre elles par King Neptune Seafoods Limited (ci-après appelée «King Neptune»).

B.C.D.C. est une société d'État dont toutes les actions émises appartiennent à Sa Majesté du chef de la province de la Colombie-Britannique. La société a été créée par la *Development Corporation of British Columbia Act*, 1973 (C.-B.), chap. 27, et son existence a été maintenue en vertu de la *Development Corporation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 93. Les administrateurs de B.C.D.C. sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. B.C.D.C. a pour mandat de susciter et d'exploiter les possibilités de développement économique de la province. Ses objets sont énoncés à l'art. 4 de la Loi:

[TRADUCTION] **4.** L'objet de la société est de susciter, d'exploiter et d'accroître les revenus, l'emploi, la recette fiscale et les autres avantages économiques pour la province en encourageant et en facilitant l'établissement, l'expansion et l'exploitation constante d'entreprises industrielles dans la province et, à cette fin,

a) d'assurer le financement d'une entreprise industrielle au moyen de prêts ou d'achat de ses actions aux conditions que la société juge souhaitables;

b) d'aider une entreprise industrielle en mettant à sa disposition des emplacements, biens-fonds, bâtiments ou équipements industriels aux conditions que la société juge souhaitables; et

c) de fournir à une entreprise industrielle d'autres formes d'aide financière et technique qui peuvent lui être utiles dans la poursuite des objectifs de la présente loi.

Cette loi a été modifiée par 1980 (C.-B.), chap. 35, de manière à assigner d'autres objets à B.C.D.C.:

[TRADUCTION] **4.1** La société a également pour objectif d'agir à titre de mandataire du gouvernement et de lui fournir de l'aide dans l'administration et la mise en oeuvre de programmes gouvernementaux.

Pursuant to s. 5 of the Act, B.C.D.C. has been granted all the powers necessary to carry out its objects. These powers allow it to function much like a private company and to implement the government's economic policies in the private sector.

In the mid-1970's, pursuant to its mandate, B.C.D.C. became involved in a major waterfront redevelopment project in the City of New Westminster. On August 2, 1977, First Capital was incorporated to assume primary responsibility for the direction and management of the project. First Capital and the City of New Westminster entered into a development agreement formalizing the terms under which those two bodies would participate in the redevelopment project. This agreement was authorized by the provincial legislature (*New Westminster Redevelopment Act 1979*, 1979 (B.C.), c. 36) and approved by the Minister of Municipal Affairs.

King Neptune had operated a popular waterfront restaurant for many years in New Westminster. The restaurant was located on land leased from Pacific Coast Terminals Ltd. (hereinafter "Pacific Terminals"). This land was within the planned redevelopment area and was purchased on behalf of First Capital by B.C.D.C. from Pacific Terminals in 1978. King Neptune's lease was due to expire on December 31, 1981. B.C.D.C. informed King Neptune that the land would be required for the redevelopment project upon expiry of the lease. King Neptune, however, wanted to continue operating at the original location, and to expand its restaurant on adjacent land. Discussions ensued between King Neptune on the one hand, and B.C.D.C. and the City of New Westminster, on the other. It appears that B.C.D.C. intended to build a hotel where King Neptune's restaurant was located. It did express a willingness to include King Neptune's restaurant somewhere in the redevelopment plan.

As events progressed, B.C.D.C. recognized that its negotiations with King Neptune had given rise to a moral obligation on its part to take the restaurant's interests into account in planning the

Conformément à l'art. 5 de la Loi, B.C.D.C. a reçu tous les pouvoirs nécessaires pour réaliser ses objets. Ces pouvoirs lui permettent de fonctionner à peu près comme une compagnie privée et de mettre en oeuvre dans le secteur privé les politiques économiques du gouvernement.

Au milieu des années 70, conformément à son mandat, B.C.D.C. a participé à un important projet de réaménagement riverain dans la ville de New Westminster. First Capital a été constituée le 2 août 1977 pour assumer la responsabilité principale de la direction et de la gestion du projet. First Capital et la ville de New Westminster ont conclu une entente d'aménagement qui fixait les conditions de la participation des deux organismes au projet de réaménagement. Cette entente a été autorisée par l'assemblée législative de la province (*New Westminster Redevelopment Act 1979*, 1979 (C.-B.), chap. 36) et approuvée par le ministre des Affaires municipales.

King Neptune exploitait depuis plusieurs années un restaurant achalandé dans le secteur riverain de New Westminster. Le restaurant était situé sur un terrain loué à Pacific Coast Terminals Ltd. (ci-après appelée «Pacific Terminals»). Ce terrain était situé dans le secteur du projet de réaménagement et il a été acquis de Pacific Terminals en 1978 par B.C.D.C. pour le compte de First Capital. Le bail de King Neptune devait expirer le 31 décembre 1981. B.C.D.C. a avisé King Neptune que le terrain serait requis aux fins du projet de réaménagement à l'expiration du bail. King Neptune voulait cependant poursuivre l'exploitation du restaurant sur son emplacement original et en construire un autre sur un terrain adjacent. Il s'en est suivi des pourparlers entre King Neptune d'une part et B.C.D.C. et la ville de New Westminster d'autre part. Il semble que B.C.D.C. voulait construire un hôtel sur l'emplacement du restaurant de King Neptune. B.C.D.C. s'est dite prête à inclure le restaurant de King Neptune quelque part dans le plan de réaménagement.

Par la suite, B.C.D.C. a reconnu que ses négociations avec King Neptune avaient fait naître chez elle une obligation morale de tenir compte des intérêts du restaurant dans la planification du

redevelopment scheme. In a letter to a prospective investor dated April 13, 1978, B.C.D.C. wrote:

I note that in your letter to the GVRD of March 6, 1978 that your principal interest may be in the restaurant, rather than the hotel. In order to avoid misleading your interest, we hope to have conveyed to you information regarding the type of hotel we wish to attract and that the restaurant operation would be ancillary to the hotel operation. Further, the area of the proposed hotel is currently occupied by the City's most significant restaurant, the King Neptune. Indeed, the King Neptune might be described as one of the community's institutions. Based upon prior negotiations with ourselves and the City of New Westminster I would indicate that there is a moral obligation to the owners of the King Neptune with respect to their future expansion plans.

A copy of this letter was sent to King Neptune.

On February 15, 1979, B.C.D.C. also wrote King Neptune to confirm its willingness to include the restaurant in the redevelopment project. This letter reads in part:

As I mentioned to you, we have endeavoured to recognize the stature your restaurant enjoys in the community and the role it has played over the past thirty-five years. By offering you early participation in our project your involvement might take the form of an ownership arrangement, a land lease, or the lease of a building shell developed to your specification by others. At this particular stage of our activities your requirements could be fitted into our planning so that your restaurant premises would form an integral part of the scheme as, I think, we have both visualized. Unfortunately, time is running out and we have now entered a more formalized planning and marketing phase of activity.

While there were further negotiations, an agreement ensuring participation of King Neptune in the redevelopment scheme was never reached.

On July 14, 1981—less than six months before expiry of the lease—King Neptune wrote a letter of complaint to the Ombudsman requesting an investigation. The letter reads in part:

projet de réaménagement. Dans une lettre adressée à un investisseur éventuel, le 13 avril 1978, B.C.D.C. écrivait :

[TRADUCTION] Je note que dans votre lettre adressée au GVRD le 6 mars 1978, il est possible que vous vous intéressiez davantage au restaurant qu'à l'hôtel. Pour éviter toute erreur quant à vos intérêts, nous espérons vous avoir renseigné sur le type d'hôtel que nous voulons avoir et vous avoir fait comprendre que l'exploitation du restaurant serait accessoire à celle de l'hôtel. De plus, l'emplacement de l'hôtel projeté est actuellement occupé par le restaurant le plus important de la ville, le King Neptune. À vrai dire, on pourrait décrire le King Neptune comme l'une des institutions de notre collectivité. Compte tenu des négociations antérieures intervenues entre nous-mêmes et la ville de New Westminster, j'affirmerais que nous avons une obligation morale envers les propriétaires du King Neptune quant à leurs projets d'expansion.

Une copie de cette lettre a été transmise à King Neptune.

Le 15 février 1979, B.C.D.C. a aussi écrit à King Neptune pour confirmer sa volonté d'inclure le restaurant dans le projet de réaménagement. Voici un extrait de cette lettre:

[TRADUCTION] Comme je vous l'ai déjà mentionné, nous nous sommes mis en devoir de reconnaître l'importance que revêt votre restaurant dans notre collectivité et le rôle qu'il a joué aux cours des trente-cinq dernières années. En vous offrant de participer dès le départ à notre projet, votre participation pourrait prendre la forme d'un arrangement en matière de propriété, d'un bail de bien-fonds ou d'une location d'une structure de bâtiment aménagée par d'autres selon vos devis. À ce stade-ci de nos travaux, vos exigences pourraient être intégrées à notre planification de manière à ce que le local de votre restaurant fasse partie intégrante du projet tel que, à mon sens, nous l'avons tous les deux envisagé. Malheureusement le temps presse et nous en sommes maintenant à une phase plus formaliste de planification et de mise en marché.

Bien qu'il y ait eu d'autres négociations, il n'y a jamais eu d'entente permettant d'assurer la participation de King Neptune au projet de réaménagement.

Le 14 juillet 1981, c'est-à-dire moins de six mois avant l'expiration du bail, King Neptune a adressé une plainte par écrit à l'ombudsman et lui a demandé de tenir une enquête. Voici un extrait de cette lettre:

We feel that there is, if not a legal obligation, then definitely an expressed moral obligation to our future expansion plans which has not been fulfilled by F.C.C. and it's [*sic*] parent organization B.C.D.C. These expansion plans were being finalized with the City of New Westminster at the same time the city was corroborating [*sic*] with B.C.D.C. to form F.C.C.

A false sense of security was established for King Neptune by F.C.C. which now has deteriorated to non existance [*sic*].

. . .

The best F.C.C. can offer is our expenditure of one and a half million dollars to relocate plus an interim closing period of approximately two years. We feel this is unacceptable when the original negotiations were for the remaining of our present structure [*sic*] and our construction of an additional restaurant of an indian [*sic*] longhouse design on the adjacent property.

. . .

This first letter impugned the conduct of B.C.D.C. and First Capital. When the Ombudsman commenced his investigation, however, he chose to focus upon First Capital. On August 27, 1981, the Ombudsman wrote the Chairman of First Capital (who was also the Chairman of B.C.D.C.) that he had received a complaint against First Capital from King Neptune. In the letter, he stated the complaint alleged First Capital had "negotiated in bad faith with [King Neptune] for the lease and/or purchase of property on the New Westminster waterfront".

B.C.D.C. responded by challenging the Ombudsman's jurisdiction to investigate the complaint against First Capital. After a protracted correspondence with B.C.D.C., the Ombudsman chose to secure from King Neptune a second written complaint dated November 12, 1981. This complaint was in terms similar to the first; it was directed, however, exclusively against B.C.D.C.

Upon receiving the second complaint, the Ombudsman informed the Chairman of B.C.D.C., by hand-delivered letter, that his office was now investigating a complaint from King Neptune alleging that B.C.D.C. had unreasonably refused

[TRADUCTION] Nous estimons qu'il y a clairement, à l'égard de nos plans d'expansion, sinon une obligation légale, du moins une obligation morale que ni F.C.C. ni sa société mère B.C.D.C. n'ont remplie. Ces plans d'expansion ont été arrêtés avec la ville de New Westminster à l'époque même où la ville s'entendait avec B.C.D.C. pour créer F.C.C.

F.C.C. a donné à King Neptune une fausse impression de sécurité qui s'est maintenant transformée en illusion.

. . .

La meilleure offre que puisse faire F.C.C. consiste à défrayer le coût d'un million et demi de dollars nécessaire pour emménager ailleurs et à consentir un délai de fermeture transitoire d'environ deux ans. Nous jugeons cela inacceptable vu que les premières négociations portaient sur la conservation de notre bâtiment actuel et la construction d'un autre restaurant sous forme de maison commune indienne sur le lot adjacent.

. . .

Cette première lettre attaquait la conduite de B.C.D.C. et de First Capital. Toutefois, quand il a commencé son enquête, l'ombudsman a choisi de la faire porter principalement sur First Capital. Le 27 août 1981, l'ombudsman a écrit au président de First Capital (qui était également président de B.C.D.C.) pour lui dire qu'il avait reçu une plainte de King Neptune au sujet de First Capital. Dans la lettre, il mentionne que la plainte portait que First Capital aurait [TRADUCTION] «négocié de mauvaise foi avec [King Neptune] au sujet de la location ou de l'achat, ou les deux, d'une propriété située dans le secteur riverain de New Westminster».

B.C.D.C. a répliqué en contestant la compétence de l'ombudsman pour enquêter sur la plainte formulée contre First Capital. Après un échange prolongé de correspondance avec B.C.D.C., l'ombudsman a choisi d'obtenir de King Neptune une seconde plainte écrite le 12 novembre 1981. Cette plainte était rédigée en des termes semblables à la première; elle visait cependant uniquement B.C.D.C.

Suite à la réception de la seconde plainte, l'ombudsman a avisé le président de B.C.D.C., par lettre livrée par messager, que son bureau enquêtait maintenant sur une plainte formulée par King Neptune selon laquelle B.C.D.C. aurait refusé,

to renew King Neptune's lease or sell the restaurant property to it. The letter directed B.C.D.C. to produce all documents in its possession relating to King Neptune's complaint.

The next day, two investigators from the Ombudsman's office went to B.C.D.C.'s offices to receive the documents. B.C.D.C. refused to produce them. A Mr. McLean, a vice-president of B.C.D.C., was served with a "Direction to Produce Documents". He was told that if the requested documents were not delivered to the Ombudsman's office the following Monday, he could be charged with an offence under the *Ombudsman Act*.

B.C.D.C. delivered the documents in a sealed packet the following Monday. The same morning B.C.D.C. and First Capital jointly filed a petition for judicial review in the British Columbia Supreme Court seeking (1) an order quashing the Direction to Produce Documents; (2) a declaration that the Ombudsman was without jurisdiction to investigate the complaints made by King Neptune against B.C.D.C. and First Capital; and (3) an interim injunction prohibiting the Ombudsman from examining the documents pending the determination of the merits of the petition. Upon an *ex parte* application brought by the petitioners that morning, Esson J. granted an order prohibiting the Ombudsman from making any use of the documents *pendente lite*.

II Judgments of the Courts of British Columbia

(a) British Columbia Supreme Court

The petition was heard before McEachern C.J.S.C., who held that King Neptune's complaint fell outside the jurisdiction conferred upon the Ombudsman by the Act. For the purposes of resolving the petition, the Chief Justice drew no distinction between B.C.D.C. and First Capital; he referred to the two corporations collectively as B.C.D.C. It was admitted that B.C.D.C. was an "authority" within the meaning of the Act. The only point of real contention was whether the

sans motif raisonnable, de renouveler le bail de King Neptune ou de lui vendre les locaux du restaurant. La lettre ordonnait à B.C.D.C. de produire tous les documents qu'elle avait en sa possession relativement à la plainte de King Neptune.

Le lendemain, deux enquêteurs du bureau de l'ombudsman se sont rendus aux bureaux de B.C.D.C. pour se faire remettre les documents. B.C.D.C. a refusé de les produire. Un «ordre de produire des documents» a été signifié à un nommé McLean, un vice-président de B.C.D.C. On lui a dit que, si les documents demandés n'étaient pas livrés au bureau de l'ombudsman le lundi suivant, il pourrait être accusé d'une infraction en vertu de l'*Ombudsman Act*.

Le lundi suivant, B.C.D.C. a livré les documents dans un paquet scellé. Dans la même matinée, B.C.D.C. et First Capital ont déposé conjointement une demande d'examen judiciaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue d'obtenir (1) une ordonnance qui annulerait l'ordre de produire des documents, (2) un jugement qui déclarerait que l'ombudsman n'a pas compétence pour enquêter sur les plaintes formulées par King Neptune contre B.C.D.C. et First Capital et (3) une injonction provisoire qui interdirait à l'ombudsman d'examiner les documents avant la décision sur le fond de la demande. Suite à une demande *ex parte* présentée par les requérants dans la même matinée, le juge Esson a accordé une injonction qui interdisait à l'ombudsman de se servir de quelque façon que ce soit des documents *pendente lite*.

II Jugements des tribunaux de la Colombie-Britannique

a) Cour suprême de la Colombie-Britannique

La demande a été entendue par le juge en chef McEachern qui a statué que la plainte de King Neptune était hors de la compétence conférée à l'ombudsman par la Loi. Aux fins de statuer sur la demande, le juge en chef n'a pas fait de distinction entre B.C.D.C. et First Capital; il a désigné les deux sociétés par le seul nom de B.C.D.C. On a reconnu que B.C.D.C. est un «organisme gouvernemental» au sens de la Loi. Le seul point réellement contesté était de savoir si la conduite sur laquelle

conduct which the Ombudsman proposed to investigate was "with respect to a matter of administration".

Chief Justice McEachern decided it was not. He reasoned that the inclusion of the qualifying words "a matter of administration" in the jurisdictional provision of the *Ombudsman Act* implied some limitation on the power of the Ombudsman. In his opinion, the term administrative could be interpreted as limiting the Ombudsman's jurisdiction in either of two ways: (1) it could refer to the non-judicial adjudication of legal rights; or (2) it could describe the management procedures by which an organization (like B.C.D.C.) governs itself and carries out its functions.

The Chief Justice considered that B.C.D.C. was not discharging any type of adjudicative function because it was under no obligation to weigh conflicting or competing claims. The sole responsibility it bore was to decide how best to utilize its assets for the proper discharge of its mandate. The exercise of this sort of business judgment in an individual transaction was not a management procedure of the type contemplated by the Legislature.

Thus, Chief Justice McEachern concluded that B.C.D.C.'s conduct could not be characterized as administration. In his reasons for judgment he stated: "individual transactions requiring the exercise of business judgment are not matters of administration, or with respect to a matter of administration". He granted the petition, quashed the Direction to Produce Documents and declared that the Ombudsman was acting without jurisdiction.

(b) British Columbia Court of Appeal

Anderson, J.A. (Craig J.A. concurring) allowed the appeal. It was again conceded that B.C.D.C. was an "authority". The appeal proceeded on the basis that no distinction was to be made between B.C.D.C. and First Capital.

l'ombudsman comptait enquêter était [TRADUCTION] «à l'égard d'une question d'administration».

Le juge en chef McEachern a décidé qu'elle ne l'était pas. Il a déduit que l'inclusion des mots restrictifs «une question d'administration» dans la disposition attributive de compétence de l'*Ombudsman Act* sous-entendait une certaine limite au pouvoir de l'ombudsman. À son avis, le terme «administratif» peut s'interpréter comme limitant la compétence de l'ombudsman de l'une ou l'autre des deux façons suivantes: (1) il peut désigner la détermination non judiciaire de droits conférés par la loi, ou (2) il peut décrire les procédures de gestion par laquelle un organisme (comme B.C.D.C.) s'administre et s'acquitte de ses fonctions.

Le juge en chef a estimé que le rôle de B.C.D.C. ne consiste pas à rendre la justice parce qu'elle n'est pas tenue d'apprécier des réclamations concurrentes ou opposées. La seule responsabilité qui lui incombe est de décider de la meilleure manière d'utiliser ses biens pour s'acquitter dûment de son mandat. L'exercice de cette sorte de jugement purement commercial dans une opération particulière ne constitue pas une procédure administrative du genre de celle envisagée par le législateur.

Le juge en chef McEachern a donc conclu que la conduite de B.C.D.C. ne pouvait être considérée comme une question d'administration. Dans ses motifs de jugement, il affirme: [TRADUCTION] «les opérations particulières qui exigent l'exercice d'un jugement purement commercial ne sont ni des questions d'administration ni relatives à une question d'administration». Il a accueilli la demande, annulé l'ordre de produire des documents et déclaré que l'ombudsman n'avait pas compétence pour agir.

b) Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Le juge Anderson (aux motifs duquel le juge Craig a souscrit) a accueilli l'appel. On a de nouveau reconnu que B.C.D.C. était un «organisme gouvernemental». L'appel a été entendu en tenant pour acquis qu'aucune distinction ne devait être faite entre B.C.D.C. et First Capital.

The majority interpreted the phrase "a matter of administration" as relating to the implementation of government policy by the carrying out of the executive or management functions of government. They considered that "the decision and the conduct leading up to it clearly involved the exercise of a governmental power relating to a 'matter of administration' ". Since the complaint alleged that B.C.D.C., in fulfilling its public function in accordance with the objectives prescribed by the *Development Corporation Act*, had acted unjustly and in bad faith, it followed that the Ombudsman had jurisdiction to investigate.

The argument that the words "a matter of administration" do not include "acts or decisions" made in the exercise of business judgment was rejected. In the view of the majority, the legislation was intended to enable the citizen to request that a complaint of unjust conduct on the part of the government be investigated by the Ombudsman; from this perspective, so long as the impugned conduct was with respect to a matter of administration, its characterization as a business decision was simply irrelevant.

McFarlane J.A., dissenting, would have dismissed the appeal for the reasons given by Chief Justice McEachern.

III Issue

B.C.D.C. and First Capital now appeal with leave of this Court. The sole issue this case presents is whether the Ombudsman has jurisdiction under s. 10(1) of the Act to investigate King Neptune's complaint against B.C.D.C. and First Capital. No question of the merits of the complaint is raised.

IV The Ombudsman's Jurisdiction

(a) General

As I have noted, the Ombudsman is a creature of statute. As such, his power to investigate complaints depends upon the meaning to be given the language the Legislature has used to define the ambit of his jurisdiction. Section 8 of the *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 206, provides a

La cour à la majorité a statué que l'expression «une question d'administration» a trait à l'application de la politique gouvernementale par l'exercice des fonctions exécutives ou administratives du gouvernement. La cour a considéré que [TRADUCTION] «la décision et la conduite qui y a abouti comportaient manifestement l'exercice d'un pouvoir gouvernemental relatif «à une question d'administration»». Puisqu'il était allégué dans la plainte que B.C.D.C., en s'acquittant de sa charge publique conformément aux objectifs prescrits par la *Development Corporation Act*, avait agi injustement et de mauvaise foi, l'ombudsman avait donc compétence pour enquêter.

La cour a rejeté l'argument selon lequel les mots «une question d'administration» ne visent pas les «actes» accomplis ou les «décisions» prises dans l'exercice d'un jugement purement commercial. Selon la cour à la majorité, la Loi vise à permettre aux citoyens de demander qu'une plainte portant que le gouvernement a agi de façon injuste fasse l'objet d'une enquête de l'ombudsman; dans cette perspective, pour autant que la conduite contestée eût trait à une question d'administration, il n'importait pas qu'on puisse la qualifier de décision en matière commerciale.

Le juge McFarlane, dissident, aurait rejeté l'appel pour les motifs exprimés par le juge en chef McEachern.

III Question en litige

B.C.D.C. et First Capital interjettent maintenant appel avec l'autorisation de cette Cour. La seule question soulevée en l'espèce est de savoir si l'ombudsman a compétence, en vertu du par. 10(1) de la Loi, pour faire enquête sur la plainte déposée par King Neptune contre B.C.D.C. et First Capital. Le fond de la plainte n'est pas en cause.

IV Compétence de l'ombudsman

a) Considérations d'ordre général

Comme je l'ai déjà souligné, la fonction d'ombudsman est une création de la loi. À ce titre, son pouvoir d'enquêter sur des plaintes est fonction du sens à donner aux mots que le législateur a utilisés pour définir la portée de sa compétence. L'article 8 de l'*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 206,

guideline for the interpretation of provincial legislation like the *Ombudsman Act*. It states:

> **8.** Every enactment shall be construed as being remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

I do not think the remedial nature of the *Ombudsman Act* could fairly be doubted. The objects of the legislation and the degree to which it should receive a large and liberal interpretation can best be understood by examining the scheme of the statute as well as the factors that have motivated the creation of the Ombudsman's office.

(b) Historical Development

The need for some means of control over the machinery of government is nearly as old as government itself. The Romans, as long ago as 200 B.C., established a tribune—an official appointed to protect the interests and rights of the plebians from the patricians. They also had two censors—magistrates elected approximately every five years to review the performance of officials and entertain complaints from the citizenry. And the dynastic Chinese had the Control *Yuan*, an official who supervised other officials and handled complaints about maladministration.

The office of the Ombudsman and the concept of a grievance procedure which would be neither legal nor political in a strict sense are of Swedish origin, *circa* 1809. The constitution which established Sweden as a democratic monarchy, and created the Swedish Parliament, also provided for parliamentary oversight of the bureaucratic machinery through a new official called the *Justitieombudsman.*

As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental official or department involved.

prescrit une ligne directrice quant à l'interprétation d'une loi provinciale comme l'*Ombudsman Act*. En voici le texte:

> [TRADUCTION] **8.** Chaque texte législatif est censé réparateur et doit s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de ses objets.

Je ne crois pas que l'on puisse honnêtement mettre en doute la nature réparatrice de l'*Ombudsman Act*. On comprend mieux les objets de cette loi et la mesure dans laquelle elle doit recevoir une interprétation large et libérale en examinant son économie et les facteurs qui ont amené la création de la fonction d'ombudsman.

b) Évolution historique

La nécessité de trouver un moyen de contrôler l'appareil gouvernemental est presque aussi vieille que le gouvernement lui-même. Dès l'an 200 avant Jésus-Christ, les Romains ont établi la fonction de tribun—un magistrat désigné pour protéger les droits et intérêts des plébéiens contre les patriciens. Il y avait également deux censeurs—des magistrats élus environ tous les cinq ans pour examiner les réalisations des fonctionnaires et instruire les plaintes des citoyens. De même la Chine des dynasties avait le *Yuan* de surveillance, un fonctionnaire qui surveillait d'autres fonctionnaires et traitait les plaintes de mauvaise administration.

La fonction d'ombudsman et le concept d'une procédure de règlement des plaintes qui ne seraient ni légales ni politiques au sens strict sont d'origine suédoise et remontent aux environs de 1809. La constitution qui a établi la Suède en monarchie démocratique et créé le Parlement suédois prévoyait également une surveillance parlementaire de l'appareil bureaucratique par l'entremise d'un nouveau magistrat appelé le *Justitieombudsman.*

Au début, l'ombudsman suédois devait être le surveillant parlementaire de l'administration, mais par la suite la nature de l'institution s'est progressivement modifiée. Finalement, l'ombudsman en est venu à avoir pour fonction principale d'enquêter sur des plaintes de mauvaise administration pour le compte de citoyens lésés et de recommander des mesures correctives aux fonctionnaires ou ministères gouvernementaux visés.

The institution of Ombudsman has grown since its creation. It has been adopted in many jurisdictions around the world in response to what R. Gregory and P. Hutchesson in *The Parliamentary Ombudsman* (1975) refer to, at p. 15, as "one of the dilemmas of our times" namely, that " [i]n the modern state . . . democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet bureaucratic power—if it is not properly controlled—is itself destructive of democracy and its values".

The factors which have led to the rise of the institution of Ombudsman are well-known. Within the last generation or two the size and complexity of government has increased immeasurably, in both qualitative and quantitative terms. Since the emergence of the modern welfare state the intrusion of government into the lives and livelihood of individuals has increased exponentially. Government now provides services and benefits, intervenes actively in the marketplace, and engages in proprietary functions that fifty years ago would have been unthinkable.

As a side effect of these changes, and the profusion of boards, agencies and public corporations necessary to achieve them, has come the increased exposure to maladministration, abuse of authority and official insensitivity. And the growth of a distant, impersonal, professionalized structure of government has tended to dehumanize interaction between citizens and those who serve them. See L. Hill, *The Model Ombudsman* (1976), at pp. 4-8.

The traditional controls over the implementation and administration of governmental policies and programs—namely, the legislature, the executive and the courts—are neither completely suited nor entirely capable of providing the supervision a burgeoning bureaucracy demands. The inadequacy of legislative response to complaints arising from the day-to-day operation of government is not seriously disputed. The demands on members of legislative bodies is such that they are naturally unable to give careful attention to the workings of

L'institution d'ombudsman a connu un essor depuis sa création. De nombreux pays dans le monde l'ont adoptée pour répondre à ce que R. Gregory et P. Hutchesson, à la p. 15 de leur ouvrage intitulé *The Parliamentary Ombudsman* (1975), appellent [TRADUCTION] «l'un des dilemmes de notre époque», savoir que [TRADUCTION] «dans l'État moderne ... l'action démocratique n'est possible qu'au moyen de l'organisation bureaucratique; mais la puissance bureaucratique, si elle n'est pas bien contrôlée, tend elle-même à détruire la démocratie et ses valeurs».

Les facteurs qui ont contribué à l'essor de l'institution d'ombudsman sont bien connus. Depuis une ou deux générations, la taille et la complexité du gouvernement ont augmenté considérablement tant du point de vue qualitatif que quantitatif. Depuis l'avènement de l'État-providence moderne, l'ingérence du gouvernement dans la vie et les moyens de subsistance des individus a augmenté de façon exponentielle. Le gouvernement assure maintenant des services et des avantages, intervient activement sur le marché et exerce des fonctions de propriétaire, à un degré qui aurait été inconcevable il y a cinquante ans.

Il découle comme effet secondaire de ces changements et de la profusion de commissions, d'organismes et de sociétés publiques nécessaires pour les mettre en oeuvre, un risque plus grand de mauvaise administration, d'abus de pouvoir et d'insensibilité bureaucratique. De plus, la croissance d'une structure de gouvernement distante, impersonnelle et professionnalisée a eu tendance à déshumaniser les rapports entre les citoyens et ceux qui les servent. Voir L. Hill, *The Model Ombudsman* (1976), aux pp. 4 et 8.

Les contrôles traditionnels de la mise en oeuvre et de l'administration des programmes et politiques du gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ne sont pas complètement adaptés à la surveillance qu'exige une bureaucratie croissante, ni parfaitement capables de l'assurer. L'insuffisance de la réponse législative aux plaintes qui découlent des activités quotidiennes du gouvernement n'est pas sérieusement contestée. Les demandes auxquelles ont à faire face les membres des corps législatifs sont telles qu'ils sont naturelle-

the entire bureaucracy. Moreover, they often lack the investigative resources necessary to follow up properly any matter they do elect to pursue. See Powles, *Aspects of the Search for Administrative Justice* (1966), 9 Can. Pub. Admin. 133, at pp. 142-43.

The limitations of courts are also well-known. Litigation can be costly and slow. Only the most serious cases of administrative abuse are therefore likely to find their way into the courts. More importantly, there is simply no remedy at law available in a great many cases.

H. W. R. Wade describes this problem and the special role the Ombudsman has come to fill:

> But there is a large residue of grievances which fit into none of the regular legal moulds, but are none the less real. A humane system of government must provide some way of assuaging them, both for the sake of justice and because accumulating discontent is a serious clog on administrative efficiency in a democratic country.
>
> . . .
>
> The vital necessity is the impartial investigation of complaints .... What every form of government needs is some regular and smooth-running mechanism for feeding back the reactions of its disgruntled customers, after impartial assessment, and for correcting whatever may have gone wrong. Nothing of this kind existed in our system before 1968, except in very limited spheres. Yet it is a fundamental need in every system. It was because it filled that need that the device of the ombudsman suddenly attained immense popularity, sweeping round the democratic world and taking root in Britain and in many other countries, as well as inspiring a vast literature. [See Wade, *Administrative Law* (5th ed.), pp. 73-74.]

This problem is also addressed by Professor Donald C. Rowat, in an article entitled *An Ombudsman Scheme for Canada* (1962), 28 Can. J. Econ. & Poli. Sc. 543, at p. 543:

> It is quite possible nowadays for a citizen's right to be accidentally crushed by the vast juggernaut of the government's administrative machine. In this age of the welfare state, thousands of administrative decisions are

ment incapables de procéder à un examen minutieux des rouages de la bureaucratie dans son ensemble. De plus, il leur manque souvent les ressources nécessaires en matière d'enquête pour bien suivre toutes les questions qu'ils choisissent d'étudier. Voir Powles, *Aspects of the Search for Administrative Justice* (1966), 9 Can. Pub. Admin. 133, aux pp. 142 et 143.

Les limites des tribunaux sont également bien connues. Un procès peut être long et coûteux. Seuls les cas d'abus administratif les plus graves sont donc susceptibles d'aboutir devant les tribunaux. Ce qui importe encore plus, c'est que dans un très grand nombre de cas il n'y a tout simplement pas de recours en droit.

H. W. R. Wade décrit ce problème et le rôle spécial que l'ombudsman en est venu à remplir:

> [TRADUCTION] Il reste cependant un bon nombre de plaintes qui ne correspondent à aucune catégorie juridique ordinaire, mais qui n'en sont pas moins réelles. Un système humanitaire de gouvernement doit fournir un moyen quelconque de les apaiser, autant par souci de justice que parce que l'accumulation du mécontentement est une entrave grave à l'efficacité administrative dans une société démocratique.
>
> . . .
>
> Il est essentiel de pourvoir à un examen impartial des plaintes ... Toute forme de gouvernement a besoin d'un mécanisme régulier et ordonné qui lui permette de connaître les réactions de ses administrés mécontents et, après une évaluation impartiale, de corriger ce qui peut avoir achoppé. Il n'existait rien de tel dans notre système avant 1968 sauf en ce qui concerne des domaines très limités. C'est cependant une nécessité fondamentale dans tout système. C'est parce qu'elle a répondu à ce besoin que la fonction d'ombudsman a soudainement connu une immense popularité, qu'elle s'est répandue dans le monde démocratique et pris racine en Grande-Bretagne et dans de nombreux autres pays, en plus de susciter de nombreux écrits. [Voir Wade, *Administrative Law* (5e éd.), pp. 73 et 74.]

Le professeur Donald C. Rowat aborde le même problème dans un article intitulé *An Ombudsman Scheme for Canada* (1962), 28 Can. J. Econ. & Poli. Sc. 543, à la p. 543:

> [TRADUCTION] Il est tout à fait possible de nos jours que les droits d'un citoyen se trouvent accidentellement anéantis par les forces aveugles de l'appareil administratif gouvernemental. En cette ère de l'État-providence,

made each year by governments or their agencies, many of them by lowly officials; and if some of these decisions are arbitrary or unjustified, there is no easy way for the ordinary citizen to gain redress.

The Ombudsman represents society's response to these problems of potential abuse and of supervision. His unique characteristics render him capable of addressing many of the concerns left untouched by the traditional bureaucratic control devices. He is impartial. His services are free, and available to all. Because he often operates informally, his investigations do not impede the normal processes of government. Most importantly, his powers of investigation can bring to light cases of bureaucratic maladministration that would otherwise pass unnoticed. The Ombudsman "can bring the lamp of scrutiny to otherwise dark places, even over the resistance of those who would draw the blinds": *Re Ombudsman Act* (1970), 72 W.W.R. 176 (Alta. S.C.), *per* Milvain C.J., at pp. 192-93. On the other hand, he may find the complaint groundless, not a rare occurrence, in which event his impartial and independent report, absolving the public authority, may well serve to enhance the morale and restore the self-confidence of the public employees impugned.

In short, the powers granted to the Ombudsman allow him to address administrative problems that the courts, the legislature and the executive cannot effectively resolve.

(c) The Legislative Scheme

The Ombudsman is an "officer of the Legislature", *Ombudsman Act*, s. 2(1), and responsible solely to the Legislative Assembly, to which he must report annually, (s. 30(1)). His term of office is six years (s. 3(1)). He receives the salary of a Supreme Court Judge (s. 4(1)). His duties, simply put, consist of investigating suspected shortcomings in the administration of government, at the request of the legislature (s. 10(3)), on his own initiative or on the basis of complaints made by members of the public (s. 10(1)).

des milliers de décisions administratives sont prises chaque année par les gouvernements ou leurs organismes, souvent par des fonctionnaires de rang inférieur, et s'il arrive que certaines de ces décisions soient arbitraires ou injustifiées, il n'y a pas de moyen facile pour le citoyen ordinaire d'obtenir un redressement.

L'ombudsman représente la réponse de la société à ces problèmes d'abus possibles et de contrôle. Ses attributions uniques lui permettent d'aborder un bon nombre de préoccupations auxquelles ne touchent pas les mécanismes traditionnels de contrôle bureaucratique. Il est impartial. Ses services sont gratuits et accessibles à tous. Parce qu'il agit souvent de façon informelle, ses enquêtes ne nuisent pas aux activités normales du gouvernement. Ce qui importe davantage, ses pouvoirs d'enquête peuvent permettre d'étaler au grand jour des cas de mauvaise administration bureaucratique qui, autrement, passeraient inaperçus. L'ombudsman [TRADUCTION] «peut faire la lumière dans des coins sombres, même en dépit de ceux qui préféreraient tirer le rideau»: *Re Ombudsman Act* (1970), 72 W.W.R. 176 (C.S. Alb.), le juge en chef Milvain, aux pp. 192 et 193. D'autre part, il peut conclure que la plainte est non fondée, ce qui se produit souvent, et dans ce cas son rapport impartial et indépendant, dans lequel il exonère l'organisme public, peut fort bien servir à remonter le moral et à rétablir la confiance en soi des fonctionnaires visés.

Bref, les pouvoirs que possède l'ombudsman lui permettent d'aborder les problèmes administratifs que les pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif ne peuvent résoudre efficacement.

c) Économie de la Loi

L'ombudsman est [TRADUCTION] «un officier de l'Assemblée législative», par. 2(1) de l'*Ombudsman Act*, et il n'est comptable qu'envers l'Assemblée législative à qui il doit soumettre un rapport annuel (par. 30(1)). Son mandat est d'une durée de six ans (par. 3(1)). Il touche le même traitement qu'un juge de la Cour suprême (par. 4(1)). En résumé, ses fonctions consistent à enquêter sur des fautes qui auraient été commises dans l'administration gouvernementale et ce, à la demande de l'Assemblée législative (par. 10(3)), de son propre chef ou en se fondant sur les plaintes portées par des membres du public (par. 10(1)).

In order to facilitate his investigative role, the Ombudsman is granted wide powers. Pursuant to s. 15, he may, *inter alia* enter and inspect premises; require anyone to produce documents or furnish information; summon and examine under oath anyone possessed of relevant information; and conduct hearings. Teeth are given to the Ombudsman's powers by s. 31, which prohibits, upon pain of penal sanction, any conduct intended to interfere with an investigation.

The Act does ensure that all sides of any issue are properly aired by affording any affected party the opportunity to be heard. The Ombudsman must give notice of his investigation to any governmental authority he is investigating and to any other appropriate person and he must consult with the authority upon request (s. 14). He must give the authority and any other person who may be adversely affected the chance to make either oral or written representations before rendering any report or recommendation (s. 16).

It is important to note that the Ombudsman has no power directly to force any governmental authority to remedy a wrong he uncovers. The Act does, however, create a variety of mechanisms whereby the Ombudsman may move the government to implement any decision he reaches after an investigation. He may recommend corrective action to an authority who must then notify him of what action will be taken, if any, and where no action is planned the reasons why (s. 23). If the Ombudsman remains unsatisfied, he may report the matter to the Lieutenant Governor in Council and to the Legislative Assembly (s. 24). And he may comment publicly on any case where he deems it appropriate (s. 30).

It is these sections that ultimately give persuasive force to the Ombudsman's conclusions: they create the possibility of dialogue between governmental authorities and the Ombudsman; they facilitate legislative oversight of the workings of various government departments and other subor-

On a conféré à l'ombudsman des pouvoirs étendus afin de faciliter son rôle d'enquêteur. En vertu de l'art. 15, il peut notamment pénétrer dans des lieux et les inspecter, obliger une personne à produire des documents ou à fournir des renseignements, assigner et interroger sous serment quiconque possède des renseignements pertinents, ainsi que tenir des audiences. Les pouvoirs de l'ombudsman sont renforcés par l'art. 31 qui interdit, sous peine de sanction pénale, toute conduite visant à entraver une enquête.

La Loi a pour effet d'assurer que tous les aspects d'une question sont bien exposés en offrant à toute partie concernée la possibilité de se faire entendre. L'ombudsman doit donner avis de son enquête à tout organisme gouvernemental sur lequel il fait enquête et à toute autre personne intéressée et il doit, lorsqu'on lui en fait la demande, consulter l'organisme gouvernemental (art. 14). Il doit, avant de présenter un rapport ou de faire une recommandation, permettre à l'organisme gouvernemental et à toute autre personne qui peut subir un préjudice de soumettre des observations orales ou écrites (art. 16).

Il importe de souligner que l'ombudsman ne peut forcer directement un organisme gouvernemental à réparer un tort qu'il découvre. La Loi crée cependant divers moyens par lesquels l'ombudsman peut inciter le gouvernement à donner suite à une décision qu'il rend après enquête. Il peut recommander des mesures correctives à un organisme gouvernemental qui doit alors l'informer des mesures qui seront prises, le cas échéant, ou des motifs pour lesquels aucune mesure n'est projetée (art. 23). Si l'ombudsman demeure insatisfait, il peut soumettre la question au lieutenant-gouverneur en conseil et à l'Assemblée législative (art. 24). Il peut en outre commenter publiquement une affaire lorsqu'il le juge à propos (art. 30).

Ce sont ces articles qui confèrent finalement une force persuasive aux conclusions de l'ombudsman: ils permettent aux organismes gouvernementaux et à l'ombudsman de dialoguer, ils facilitent l'exercice d'un contrôle législatif sur les rouages des différents ministères gouvernementaux et des

dinate bodies; and they allow the Ombudsman to marshal public opinion behind appropriate causes.

Read as a whole, the *Ombudsman Act* of British Columbia provides an efficient procedure through which complaints may be investigated, bureaucratic errors and abuses brought to light and corrective action initiated. It represents the paradigm of remedial legislation. It should therefore receive a broad, purposive interpretation consistent with the unique role the Ombudsman is intended to fulfil. There is an abundance of authority to this effect. See, particularly, *Re Ombudsman Act, supra*; *Re Ombudsman of Ontario and Health Disciplines Board of Ontario* (1979), 104 D.L.R. (3d) 597 (Ont. C.A.); also see *Re Ombudsman of Ontario and Minister of Housing of Ontario* (1979), 26 O.R. (2d) 434 (H.C.); *Re Ombudsman for Saskatchewan* (1974), 46 D.L.R. (3d) 452 (Sask. Q.B.); *Re Board of Police Commissioners for the City of Saskatoon and Tickell* (1979), 95 D.L.R. (3d) 473 (Sask. Q.B.)

(d) Analysis

Pursuant to s. 10(1), earlier quoted, the Ombudsman may conduct an investigation into any complaint which presents the following elements:

(1) a decision or recommendation made; an act done or omitted; or a procedure used;

(2) by an authority

(3) that aggrieves or may aggrieve a person

(4) with respect to a matter of administration.

I propose now to examine the meaning of each of these elements and their application to this appeal.

(1) A decision or recommendation made; an act done or omitted; or a procedure used

Paragraphs (a), (b) and (c) of s. 10(1) of the Act, given their plain and ordinary meaning, encompass virtually everything a governmental authority could do, or not do, that might aggrieve someone. It is difficult to conceive of conduct that would not be caught by these words.

autres organismes subsidiaires et ils permettent à l'ombudsman d'éveiller l'opinion publique dans des causes appropriées.

Considérée dans son ensemble, l'*Ombudsman Act* de la Colombie-Britannique énonce une procédure efficace par laquelle on peut enquêter sur des plaintes, mettre au jour des erreurs et des abus bureaucratiques et prendre des mesures correctives. Elle représente le paradigme des lois réparatrices. Elle doit par conséquent être interprétée d'une façon libérale, fonctionnelle et compatible avec le rôle unique que l'ombudsman est censé jouer. Il existe une jurisprudence abondante en ce sens. Voir en particulier les affaires *Re Ombudsman Act*, précitée; *Re Ombudsman of Ontario and Health Disciplines Board of Ontario* (1979), 104 D.L.R. (3d) 597 (C.A. Ont.); voir également les affaires *Re Ombudsman of Ontario and Minister of Housing of Ontario* (1979), 26. O.R. (2d) 434 (H.C.); *Re Ombudsman for Saskatchewan* (1974), 46 D.L.R. (3d) 452 (B.R. Sask.); *Re Board of Police Commissioners for the City of Saskatoon and Tickell* (1979), 95 D.L.R. (3d) 473 (B.R. Sask.)

d) Analyse

En vertu du par. 10(1), précité, l'ombudsman peut enquêter sur toute plainte qui présente les éléments suivants:

1) une décision ou une recommandation, un acte ou une omission, ou une procédure,

2) d'un organisme gouvernemental,

3) qui lèse ou peut léser une personne

4) à l'égard d'une question d'administration.

Je me propose maintenant d'examiner le sens de chacun de ces éléments et leur application au présent pourvoi.

(1) Une décision ou une recommandation, un acte ou une omission, ou une procédure

Suivant leur sens ordinaire, les al. a), b) et c) du par. 10(1) de la Loi englobent pratiquement tout ce qu'un organisme gouvernemental peut faire ou ne pas faire, qui pourrait léser quelqu'un. Il est difficile de concevoir une conduite qui ne serait pas visée par ces termes.

The actions of B.C.D.C. and First Capital toward King Neptune during the negotiations and, in particular, the failure of B.C.D.C. and First Capital to renew the lease or sell the land to King Neptune, was conceded before the Court of Appeal to be "an act or decision" within the meaning of s. 10(1). At trial, Chief Justice McEachern made a finding to that effect. The appellants, however, contested the proposition before this Court. The relevant words were urged upon us as words of limitation. It was argued that "the event which put King Neptune out of possession, i.e. the expiry of the lease, is not a 'decision' a 'recommendation', an 'act done or omitted' or 'a procedure used' ". Rather, it was described as the mere fulfilment of a contractual condition accepted by King Neptune long before B.C.D.C. purchased the land.

This argument improperly characterizes the nature of King Neptune's complaint and ignores the long course of negotiations between the parties. King Neptune did not complain to the Ombudsman about the expiry of its lease in isolation. King Neptune sought an investigation of the treatment it received at the hands of B.C.D.C. and First Capital from the time of the purchase of the land by B.C.D.C. until the ultimate expiry of the lease. The complaint, in substance, was one of bad faith on the part of B.C.D.C. and First Capital in negotiating with King Neptune with respect to the latter's future participation in the redeveloped waterfront area.

In my opinion, the complaint calls into question conduct that can be properly described as an act done or omitted, a decision or, at least, a procedure used.

(2) An Authority

It is not really open to dispute that B.C.D.C. is an "authority" as described in the Schedule to the Act. The list of authorities includes:

> 2. A person, corporation, commission, board, bureau or authority who is or the majority of the members of which are, or the majority of the members of the board of management or board of directors of which are:

On a reconnu devant la Cour d'appel que les actes accomplis par B.C.D.C. et First Capital à l'égard de King Neptune au cours des négociations et, en particulier, leur omission de renouveler le bail ou de vendre le bien-fonds à King Neptune constituaient «un acte ou une décision» au sens du par. 10(1). Le juge en chef McEachern a tiré une conclusion en ce sens en première instance. Les appelantes ont cependant contesté cette proposition devant cette Cour. Elles ont fait valoir devant nous que les termes pertinents sont limitatifs. Elles ont soutenu que [TRADUCTION] «l'événement à l'origine de la dépossession de King Neptune, c.-à-d. l'expiration du bail, n'est ni une «décision», ni une «recommandation», ni un «acte ou une omission», ni «une procédure»». On l'a plutôt décrit comme l'exécution pure et simple d'une condition contractuelle acceptée par King Neptune bien avant que B.C.D.C. eût acheté le bien-fonds.

Cet argument décrit mal la nature de la plainte de King Neptune et ne tient pas compte des longues négociations qui ont eu lieu entre les parties. King Neptune ne s'est pas plainte à l'ombudsman de l'expiration de son bail prise isolément. Elle a demandé que l'on fasse enquête sur la façon dont elle a été traitée par B.C.D.C. et First Capital depuis l'achat du bien-fonds par B.C.D.C. jusqu'à l'expiration du bail. La plainte porte essentiellement sur la mauvaise foi dont auraient fait preuve B.C.D.C. et First Capital dans leurs négociations avec King Neptune concernant la participation future de cette dernière au projet de réaménagement riverain.

À mon avis, la plainte met en cause une conduite qui peut être décrite, à juste titre, comme un acte ou une omission, une décision ou, tout au moins, une procédure.

(2) Un organisme

Il n'est pas vraiment possible de contester que B.C.D.C. est un «organisme gouvernemental» au sens de l'annexe de la Loi. La liste des organismes gouvernementaux comprend:

> [TRADUCTION] 2. Une personne, une société, une commission, un office, un bureau ou un organisme qui

(a) appointed by an Act, minister, the Lieutenant Governor in Council;

(b) in the discharge of their duties, public officers or servants of the Province; or

(c) responsible to the Province.

B.C.D.C. is clearly an authority because, as I have indicated, its directors are appointed by the Lieutenant Governor in Council pursuant to s. 7 of the *Development Corporation Act*.

The characterization of First Capital as an authority is superficially more problematic, having regard to the basis upon which the case was argued in the courts of British Columbia. In the opinion of the chambers judge, no distinction needed to be drawn between B.C.D.C. and First Capital. For the purposes of this analysis he treated the two complaints as though only one had been filed and the two corporations were one; this was also the way the case was presented to the Court of Appeal. In my opinion, that Court correctly accepted this view of the case.

Were it necessary, however, I would have no difficulty in concluding that First Capital is "a corporation . . . responsible to the Province" within the meaning of item 2(c) of the Schedule, as a wholly-owned subsidiary of B.C.D.C. Even in the absence of such a finding, I would have the gravest doubts that a subsidiary, such as First Capital, could lie outside the purview of the Act when it is controlled by an authority that is itself subject to the jurisdiction of the Ombudsman.

This is a convenient point to pause and consider specifically the oral argument before this Court. The appellants, as I understood them, sought to draw a decisive distinction between what they described as the first complaint, against First Capital, alleging bad faith in bargaining with respect to relocation of the restaurant, and the second complaint, against B.C.D.C., for failure to renew the lease or sell the land. It was contended that the proceedings to date have been only in respect of the second complaint, and if the investi-

a) est nommé ou constitué par une loi, par un ministre ou par le lieutenant-gouverneur en conseil,

b) dans l'exercice de ses fonctions, est un fonctionnaire ou un préposé de la province, ou

c) est comptable à la province,

ou dont la majorité des membres du conseil de gestion ou des administrateurs le sont.

B.C.D.C. est manifestement un organisme gouvernemental parce que, comme je l'ai indiqué, ses administrateurs sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à l'art. 7 de la *Development Corporation Act*.

Il est un peu plus difficile de qualifier First Capital d'organisme gouvernemental, compte tenu du fondement du débat devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. Le juge en chambre s'est dit d'avis qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction entre B.C.D.C. et First Capital. Pour les fins de la présente analyse, il a traité les deux plaintes comme si une seule avait été déposée et il a considéré les deux sociétés comme une seule entité; c'est également ainsi que l'affaire a été présentée devant la Cour d'appel. À mon avis, cette cour a eu raison d'accepter ce point de vue.

Je n'hésiterais cependant pas à conclure, si cela était nécessaire, que First Capital est [TRADUCTION] «une société . . . comptable à la province» au sens de l'al. 2c) de l'annexe, à titre de filiale en propriété exclusive de B.C.D.C. Même en l'absence de cette conclusion, je douterais fort qu'une filiale telle que First Capital puisse ne pas être visée par la Loi alors qu'elle est contrôlée par un organisme gouvernemental qui est lui-même assujetti à la compétence de l'ombudsman.

Il convient de s'arrêter un instant et d'examiner spécifiquement les arguments oraux soumis à cette Cour. Si j'ai bien compris, les appelantes cherchent à établir une nette distinction entre ce qu'elles ont décrit comme la première plainte portée contre First Capital, selon laquelle cette dernière aurait fait preuve de mauvaise foi dans les négociations relatives au nouvel emplacement du restaurant, et la seconde plainte portée contre B.C.D.C. à qui on reproche d'avoir omis de renouveler le bail ou de vendre le bien-fonds. On a prétendu que jusqu'à maintenant les procédures n'ont porté que sur la seconde plainte et que, si

gation were limited to that complaint the Ombudsman would be acting in excess of jurisdiction.

The appellants raise in this argument the two points I have just covered under parts (d)(1) and (d)(2) above. In effect, they urge that the complaint does not call into question any conduct on behalf of a body which could be described as an act or decision taken by an authority. In a rather narrow and technical fashion, if I may say so, they attempt to draw a firm line between B.C.D.C. and First Capital and then ascribe certain conduct to one company as distinct from the other.

The petition by which the case was commenced was brought in the name of B.C.D.C. and First Capital. Equally, the appellants admitted before the Court of Appeal that the actions of both companies, between which no distinction was drawn, would be within the power of the Ombudsman to investigate, if the other requirements of s. 10(1) were fulfilled. The prior development of the case therefore seems inconsistent with the distinction the appellants now press upon us. Moreover, no such distinction was made in the factum filed by the appellants in this Court.

Read separately or together, the two complaints alleged bad faith on the part of B.C.D.C and its wholly-owned subsidiary in the conduct of negotiations over the lease or sale of certain lands. These negotiations and the actions of B.C.D.C. and First Capital made up part and parcel of a single transaction. There is no warrant for carving up this transaction in the manner urged by appellants. The distinction for which they contend would result in an unrealistic characterization of the events which have occurred and of the relationship between the two companies and King Neptune.

(3) A Person Aggrieved

Only the conduct of an authority which "aggrieves or may aggrieve a person" is subject to investigation by the Ombudsman. It was argued that King Neptune is not a person and, in any event, was not aggrieved within the meaning of the Act.

l'enquête se limitait à cette plainte, l'ombudsman excéderait sa compétence.

Les appelantes soulèvent dans cet argument les deux points que je viens de traiter dans les première et deuxième parties. En fait, elles font valoir que la plainte ne met pas en cause la conduite d'un organisme qui pourrait être décrite comme un acte ou une décision d'un organisme gouvernemental. D'une façon plutôt étroite et technique, si je puis m'exprimer ainsi, elles tentent d'établir une nette distinction entre B.C.D.C. et First Capital pour ensuite attribuer une certaine conduite à l'une plutôt qu'à l'autre.

La requête introductive d'instance a été déposée au nom de B.C.D.C. et de First Capital. De même, les appelantes ont reconnu devant la Cour d'appel que les actes des deux sociétés, entre lesquelles aucune distinction n'a été établie, seraient assujettis au pouvoir d'enquête de l'ombudsman si les autres conditions du par. 10(1) étaient remplies. Le découlement antérieur de l'instance semble donc incompatible avec la distinction que les appelantes nous demandent maintenant d'accepter. Qui plus est, le mémoire déposé par les appelantes devant cette Cour ne fait état d'aucune distinction de la sorte.

Qu'elles soient prises séparément ou ensemble, les deux plaintes portent que B.C.D.C. et sa filiale en propriété exclusive ont fait preuve de mauvaise foi au cours des négociations concernant la location ou la vente de certains biens-fonds. Ces négociations et les actes de B.C.D.C. et de First Capital faisaient partie intégrante d'une seule opération. Rien ne justifie la fragmentation de cette opération de la manière proposée par les appelantes. La distinction qu'elles font valoir donnerait lieu à une caractérisation irréaliste des événements survenus et des rapports entre les deux sociétés et King Neptune.

(3) Une personne lésée

Seule la conduite d'un organisme gouvernemental qui [TRADUCTION] «lèse ou peut léser une personne» peut faire l'objet d'une enquête de l'ombudsman. On a prétendu que King Neptune n'est pas une personne et que, quoi qu'il en soit, elle n'a pas été lésée au sens de la Loi.

I will not pause long to consider the argument of the Attorney General of British Columbia that the word "person" in s. 10(1) does not include "corporations", like King Neptune. The *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 29, provides that "[i]n an enactment . . . 'person' includes a corporation". There is nothing in the *Ombudsman Act* inconsistent with this provision.

Moreover, as a matter of policy, there is no reason to opt for the narrower meaning. Corporations, after all, are merely the vehicles through which natural persons pursue economic goals. When a corporation is treated unfairly or denied something to which it has a right, the effects are felt by people. Denying standing to corporations would result in some injustices to people going unexamined and possibly unredressed, whether those people are shareholders or, as here, long term employees who stood to lose their jobs if King Neptune's restaurant closed.

The Attorney General of British Columbia advanced the rather strained argument that because corporations may not vote they may not apply to the Ombudsman for redress of their grievances, on the theory that the Legislature represents people, not corporations, and the Ombudsman represents the Legislature. I see no connection whatever between the right to vote and the right to seek the Ombudsman's assistance. For example, a person who has been convicted of an indictable offence and is still serving the sentence imposed may not vote (*Election Act*, R.S.B.C. 1979, c. 103, s. 3(1)(b)), yet s. 12(3) of the *Ombudsman Act* clearly contemplates that such a person may make a complaint to the Ombudsman. The argument that a corporation is not a person within the meaning of s. 10(1) is without merit.

On the second point, the appellants and the Attorney General of British Columbia contend

Je ne m'attarderai pas longtemps à examiner l'argument du procureur général de la Colombie-Britannique portant que le mot «personne» employé au par. 10(1) ne comprend pas les «personnes morales» telles que King Neptune. L'*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 206, art. 29, prévoit que [TRADUCTION] «[d]ans un texte législatif . . . «personne» s'entend également d'une personne morale». Rien dans l'*Ombudsman Act* n'est incompatible avec cette disposition.

En outre, il n'y a en principe aucune raison d'opter pour un sens plus restreint. Après tout, les personnes morales ne sont que des moyens par lesquels les personnes physiques poursuivent des objectifs économiques. Lorsqu'une personne morale est traitée injustement ou qu'on lui refuse ce à quoi elle a droit, ce sont des personnes physiques qui en ressentent les effets. Refuser aux personnes morales la qualité pour agir ferait en sorte que certaines injustices causées à des personnes physiques ne seraient ni contrôlées ni peut-être réparées, que ces personnes soient des actionnaires ou, comme en l'espèce, des employés comptant plusieurs années de service qui se verraient perdre leur emploi si le restaurant de King Neptune fermait ses portes.

Le procureur général de la Colombie-Britannique a avancé l'argument plutôt forcé selon lequel les personnes morales ne peuvent s'adresser à l'ombudsman pour demander le redressement de leurs griefs parce qu'elles ne peuvent pas voter, suivant la théorie que l'assemblée législative représente les personnes physiques et non les personnes morales et que l'ombudsman représente l'assemblée législative. Je ne vois aucun lien entre le droit de voter et le droit de demander l'aide de l'ombudsman. Par exemple, une personne qui a été déclarée coupable d'un acte criminel et qui continue de purger la peine qui lui a été imposée ne peut pas voter (*Election Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 103, al. 3(1)b)); néanmoins, le par. 12(3) de l'*Ombudsman Act* prévoit clairement qu'une telle personne peut porter plainte devant l'ombudsman. L'argument selon lequel une personne morale n'est pas une personne au sens du par. 10(1) est sans fondement.

Quant au second point, les appelantes et le procureur général de la Colombie-Britannique sou-

that the phrase "aggrieves or may aggrieve", as used in s. 10(1), is a term of art intended to describe the denial or potential denial of a legal right; to be aggrieved a person must have been deprived of, or denied something, to which he was entitled by law. They argue that since King Neptune had no right to purchase the land upon which the restaurant stood, or to compel the renewal of the lease, it cannot be said to have been aggrieved by its inability to do so.

The appellants cite *Ex parte Sidebotham. In re Sidebotham* (1880), 14 Ch.D. 458 (C.A.), and *Re Yulka and Minister of Social Services* (1982), 138 D.L.R. (3d) 574 (Sask. Q.B.). On the other side, the Ombudsman and the Attorney General of Ontario cite *Arsenal Football Club Ltd. v. Smith*, [1977] 2 W.L.R. 974 (H.L.); *Re Actus Management Ltd. and City of Calgary* (1975), 62 D.L.R. (3d) 421 (Alta. C.A.); *W.A.W. Holdings Ltd. v. Summer Village of Sundance Beach*, [1980] 1 W.W.R. 97 (Alta. Q.B.); and *Attorney-General of the Gambia v. N'Jie*, [1961] 2 All E.R. 504 (P.C.)

I find these authorities inconclusive. Although each dealt with the meaning of the phrase "person aggrieved", none dealt with a statute remotely resembling the one at bar. Our understanding of s. 10(1) of the *Ombudsman Act* is not likely to be furthered by reference to different statutes containing differently worded sections dealing with different subject matters. The issue can only be resolved by an analysis of the legislation before us in this particular case and the purpose that legislation is designed to achieve.

That the Ombudsman's powers of investigation and reporting were meant to extend beyond those cases in which the complaining party asserts a cause of action is evident from s. 22 of the *Ombudsman Act*, which speaks of determinations by the Ombudsman that something the government did was "unjust", "oppressive" "based in whole or in part on a mistake", brought about through "arbitrary, unreasonable or unfair procedures", or "otherwise wrong". This section also provides that in such cases the Ombudsman "shall report his opinion and the reasons for it to the

tiennent que les mots «lèse ou peut léser» employés au par. 10(1) constituent une expression technique qui sert à désigner la négation ou la négation possible d'un droit prévu par la loi; pour être lésée, une personne doit avoir été privée d'une chose à laquelle elle avait droit. Ils font valoir que, puisque King Neptune n'avait pas le droit d'acheter le terrain sur lequel se trouvait le restaurant ou d'exiger le renouvellement du bail, on ne peut pas dire qu'elle a été lésée par son inhabilité à le faire.

Les appelantes citent les affaires *Ex parte Sidebotham. In re Sidebotham* (1880), 14 Ch.D. 458 (C.A.) et *Re Yulka and Minister of Social Services* (1982), 138 D.L.R. (3d) 574 (B.R. Sask.) D'autre part, l'ombudsman et le procureur général de l'Ontario citent les affaires *Arsenal Football Club Ltd. v. Smith*, [1977] 2 W.L.R. 974 (H.L.), *Re Actus Management Ltd. and City of Calgary* (1975), 62 D.L.R. (3d) 421 (C.A. Alb.); *W.A.W. Holdings Ltd. v. Summer Village of Sundance Beach*, [1980] 1 W.W.R. 97 (B.R. Alb.) et *Attorney-General of the Gambia v. N'Jie*, [1961] 2 All E.R. 504 (C.P.)

J'estime que ces affaires ne sont pas concluantes. Bien que chacune d'elles examine le sens de l'expression «personne lésée», aucune ne porte sur une loi qui ressemble, même vaguement, à celle dont il est question en l'espèce. Notre compréhension du par. 10(1) de l'*Ombudsman Act* ne sera vraisemblablement pas facilitée si nous nous référons à des articles formulés de façon différente dans des lois portant sur un autre sujet. Nous ne pourrons résoudre la question en litige qu'en analysant la loi qui nous est soumise en l'espèce et le but qu'elle vise.

Il ressort manifestement de l'art. 22 de *l'Ombudsman Act* que les pouvoirs d'enquêter et de faire rapport que possède l'ombudsman sont censés s'étendre à d'autres cas que ceux où la partie plaignante invoque un droit d'action; cet article fait mention de décisions rendues par l'ombudsman portant que le gouvernement a fait quelque chose qui est [TRADUCTION] «injuste», «abusif» «fondé en totalité ou en partie sur une erreur», qui découle de «procédures arbitraires, déraisonnables ou injustes», ou qui est «autrement erroné». Cet article prévoit en outre que, dans ces cas, l'om-

authority and may make the recommendation he considers appropriate". This makes clear the intent of the legislature not to confine the Ombudsman to investigating governmental acts that "aggrieve" a person in the narrow sense argued for by the appellants.

Secondly, the appellants offer no principled justification for limiting the meaning of "aggrieves" to the infringement of a legal right. The absence of such justification is not surprising since it was, at least in part, the lack of any remedy at law for many administrative injustices that gave rise to the creation of the office of Ombudsman. The courts, not Ombudsmen, have responsibility for remedying violations of legal rights. As counsel for the Ombudsman of Ontario submits, "the purpose of the Ombudsman Act *inter alia* is to create someone who can investigate actions which prejudice someone's interest even if those actions fall short of violating the strict legal rights which a court protects". To interpret the phrase "aggrieves or may aggrieve" in the manner urged by the appellants would run counter to the legislature's clear intention to provide redress for grievances not legally cognizable.

I would hold that a party is aggrieved or may be aggrieved whenever he genuinely suffers, or is seriously threatened with, any form of harm prejudicial to his interests, whether or not a legal right is called into question. In this case, it is quite clear that the loss of the waterfront location for the restaurant could cause harm prejudicial to the interests of King Neptune and therefore the King Neptune might be aggrieved by the conduct of B.C.D.C. and First Capital.

(4) A Matter of Administration

As I have said, for a complaint to fall within the Ombudsman's jurisdiction it must be "with respect to a matter of administration". The appellants and their supporting intervener contend that their dealings with King Neptune were not matters of administration, but rather, business dealings and

budsman [TRADUCTION] «doit faire rapport de son opinion motivée à l'organisme gouvernemental intéressé et peut faire la recommandation qu'il estime appropriée». Cela établit clairement l'intention du législateur de ne pas limiter le pouvoir de l'ombudsman à celui de faire enquête sur les actes du gouvernement qui «lèsent» une personne suivant le sens strict proposé par les appelantes.

En second lieu, les appelantes ne se fondent sur aucun principe pour limiter le sens du mot «lèse» à la violation d'un droit prévu par la loi. L'absence d'une telle justification n'est pas surprenante puisque c'est en raison, en partie tout au moins, de l'absence de recours juridique contre un grand nombre d'injustices administratives que l'on a créé la fonction d'ombudsman. Ce sont les tribunaux et non l'ombudsman qui ont la responsabilité de réparer la violation des droits prévus par la loi. Comme le fait valoir l'avocat de l'ombudsman de l'Ontario, [TRADUCTION] «l'*Ombudsman Act* a pour objet notamment de désigner quelqu'un qui puisse enquêter sur les actes qui préjudicient aux intérêts d'une personne, même si ces actes ne violent pas les droits stricts protégés par les tribunaux». Interpréter les mots «lèse ou peut léser» de la manière proposée par les appelantes irait à l'encontre de l'intention claire du législateur de prévoir le redressement des griefs qui ne sont pas reconnus par la loi.

Je suis d'avis qu'une partie est lésée ou peut être lésée lors qu'elle subit vraiment ou qu'elle risque de subir toute forme de préjudice portant atteinte à ses intérêts, peu importe qu'un droit prévu par la loi soit ou non en cause. En l'espèce, il est tout à fait clair que la perte de l'emplacement du restaurant dans le secteur riverain peut préjudicier aux intérêts de King Neptune et que celle-ci pourrait donc être lésée par la conduite de B.C.D.C. et de First Capital.

(4) Une question d'administration

Comme je l'ai affirmé, pour qu'une plainte relève de la compétence de l'ombudsman elle doit être [TRADUCTION] «à l'égard d'une question d'administration». Les appelantes et l'intervenant qui les a appuyées soutiennent que leurs négociations avec King Neptune constituent non pas des ques-

therefore not subject to the Act. With respect, I cannot agree.

The words "administration" or "administrative" everywhere qualify the Ombudsman's jurisdiction. In the Act under consideration, and in the Ombudsman Acts of Alberta, Saskatchewan, Manitoba and Newfoundland, the relevant phrase is "a matter of administration": *Ombudsman Act*, R.S.A. 1980, c. 0-7, s. 11(1); *The Ombudsman Act*, R.S.S. 1978, c. 0-4, s. 12(1); *The Ombudsman Act*, R.S.M. 1970, c. 045, s. 15; *The Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act*, R.S.N. 1970, c. 285, s. 14(1). In New Brunswick and Nova Scotia, the jurisdictional words are "the administration of any law": *Ombudsman Act*, R.S.N.B. 1973, c. 0-5, s. 12(1); *Ombudsman Act*, 1970-71 (N.S.), c. 3, s. 11(1). In Ontario, the *Ombudsman Act* speaks of "the administration of a governmental organization": *Ombudsman Act*, R.S.O. 1980, c. 325, s. 15(1). And in Quebec the pertinent language is "the exercise of an administrative function": *Public Protector Act*, R.S.Q. 1977, c. P-32, s. 13.

There is nothing in the words administration or administrative which excludes the proprietary or business decisions of governmental organizations. On the contrary, the words are fully broad enough to encompass all conduct engaged in by a governmental authority in furtherance of governmental policy—business or otherwise. A brief reference to accepted interpretations of the term will make this clear.

S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at pp. 68-71, says:

> The functions of public authorities may be roughly classified as (i) legislative, (ii) administrative (or executive), (iii) judicial (or quasi-judicial) and (iv) ministerial . . . .
>
> . . .
>
> . . . an administrative act cannot be exactly defined, but it includes the adoption of a policy, the making and issue of a specific direction, and the application of a general

Les termes «administration» ou «administratif» limitent dans tous les cas la compétence de l'ombudsman. Dans la Loi soumise à notre examen et dans les lois sur l'ombudsman en vigueur en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba et à Terre-Neuve, l'expression pertinente est [TRADUCTION] «une question d'administration»: *Ombudsman Act*, R.S.A. 1980, chap. 0-7, par. 11(1); *The Ombudsman Act*, R.S.S. 1978, chap. 0-4, par. 12(1); *The Ombudsman Act*, R.S.M. 1970, chap. 045, art. 15; *The Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act*, R.S.N. 1970, chap. 285, par. 14(1). Au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse, les mots attributifs de compétence sont «l'application d'une loi ou règle de droit»: *Loi sur l'Ombudsman*, L.R.N.-B. 1973, chap. 0-5, par. 12(1); *Ombudsman Act*, 1970-71 (N.-É.), chap. 3, par. 11(1). En Ontario, la *Loi sur l'ombudsman* parle «d'un organisme du gouvernement»: *Loi sur l'ombudsman*, L.R.O. 1980, chap. 325, par. 15(1). Et au Québec, les termes pertinents sont «l'exercice d'une fonction administrative»: *Loi sur le Protecteur du citoyen*, L.R.Q. 1977, chap. P-32, art. 13.

Rien dans les termes «administration» ou «administratif» n'exclut les décisions rendues par des organismes gouvernementaux en matière de propriété ou en matière «commerciale». Ces termes sont suffisamment généraux pour englober toutes les conduites adoptées par un organisme gouvernemental pour promouvoir une politique du gouvernement—«commerciale» ou autre. Un bref rappel des définitions acceptées de ce terme permettra de clarifier cela.

Voici ce que dit S.A. de Smith dans son ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action* (4e éd. 1980), aux pp. 68 à 71:

> [TRADUCTION] «Les fonctions des organismes publics peuvent être classées à peu près ainsi: (i) législatives, (ii) administratives (ou exécutives), (iii) judiciaires (ou quasi judiciaires) et (iv) ministérielles . . .
>
> . . .
>
> . . . un acte administratif ne peut pas être défini avec précision, mais il comprend l'adoption d'une politique, la formulation et la communication d'une directive spécifi-

rule to a particular case in accordance with the requirements of policy or expediency or administrative practice.

In *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 1, para. 4, under the title *Administrative Law*, it is written:

> The functions of government are classified as legislative; executive or administrative; judicial; and ministerial ... [E]xecutive and administrative acts entail the formulation or application of general policy in relation to particular situations or cases, or the making or execution of individual discretionary decisions ....

Neither of these interpretations excludes governmental conduct in the proprietary or business sphere. The touchstone of administrative action, according to the above definitions, is the government's adoption, formulation or application of general public policy in particular situations. There is no *caveat* that the policy in question be divorced from proprietary, commercial or business matters.

A transaction can thus be characterized as a matter of administration even though it carries a business flavour. Indeed, a bewildering array of governmental authorities now regularly implement governmental policies and programs in the marketplace. The decisions made by the government's agents in these areas are no less administrative merely because the policies they implement are tied to some greater or lesser extent to business concerns.

I find support for this view in the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re Ombudsman of Ontario and Health Disciplines Board of Ontario*, *supra*. The issue in that case concerned the extent of the Ontario Ombudsman's jurisdiction. The word under consideration was administrative. Morden J.A. said, at p. 608:

> ... it is reasonable to interpret "administrative" as describing those functions of Government which are not performed by the Legislative Assembly and the Courts. Broadly speaking, it describes that part of Government which administers the law and governmental policy.

que et l'application d'une règle générale à un cas particulier conformément aux exigences de principe, de commodité ou de pratique administrative.

Dans *Halsbury's Laws of England* (4e éd.), vol. 1, par. 4, sous le titre *Administrative Law*, on peut lire:

> [TRADUCTION] Les fonctions gouvernementales se divisent en fonctions législatives, exécutives ou administratives, judiciaires et ministérielles ... [L]es actes exécutifs et administratifs impliquent la formulation ou l'application d'une politique générale relative à des situations ou à des cas particuliers, ou encore la prise de décisions discrétionnaires particulières ou leur mise à exécution ...

Ni l'une ni l'autre de ces définitions n'excluent la conduite gouvernementale en matière de propriété ou en matière «commerciale». Suivant ces définitions, la pierre de touche d'un acte administratif est l'adoption, la formulation ou l'application par le gouvernement d'une politique générale dans des situations particulières. Rien ne s'oppose à ce que cette politique ne porte pas sur des questions de propriété ou de nature «commerciale».

On peut donc qualifier une opération de question d'administration même si elle a une saveur «commerciale». En fait, un nombre ahurissant d'organismes gouvernementaux mettent régulièrement en oeuvre sur le marché des politiques et des programmes gouvernementaux. Les décisions prises par les mandataires du gouvernement dans ces domaines n'en sont pas moins «administratives» simplement parce que les politiques qu'ils mettent en oeuvre sont plus ou moins liées à des entreprises commerciales.

Je m'appuie en cela sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Ombudsman of Ontario and Health Disciplines Board of Ontario*, précité. La question en litige dans cette affaire portait sur l'étendue de la compétence de l'ombudsman de l'Ontario. L'analyse portait sur le terme «administratif». Le juge Morden affirme, à la p. 608:

> [TRADUCTION] ... le mot «administratif» peut raisonnablement s'interpréter comme décrivant les fonctions du gouvernement qui ne sont pas exercées par l'Assemblée législative et les tribunaux. D'une façon générale, il désigne le secteur du gouvernement qui applique la loi et la politique gouvernementale.

In accord are *Booth v. Dillon (No. 3)*, [1977] V.R. 143 (S.C.), at p. 144; *Glenister v. Dillon*, [1976] V.R. 550 (S.C.), at p. 558.

That the British Columbia Legislature intended the Ombudsman to have investigative authority over the commercial activities of Crown corporations such as the appellants is evidenced by the Schedule to the *Ombudsman Act*, which defines certain Crown corporations as authorities for the purposes of s. 10. The inclusion of these Crown corporations in the definition of "authorities" suggests that the legislature expected the Ombudsman to oversee their operations. Such operations, for many of these Crown corporations, consist almost entirely of business decisions of the type sought to be insulated here from the Ombudsman's scrutiny.

I do not think it necessary to consider certain *dicta* in the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Nova Scotia in *Ombudsman of Nova Scotia v. Sydney Steel Corp.* (1977), 17 N.S.R. (2d) 361. In this case, relied on by McEachern C.J. at trial, it was held that the Nova Scotia Ombudsman did not have jurisdiction to investigate a complaint against Sydney Steel, a Crown corporation. Under the Nova Scotia Act, the Ombudsman is confined to investigating the "administration, by a department . . . of any law of the Province." The Nova Scotia Court concluded that the corporation, whose sole function was to make and sell steel, did not administer any laws of the Province. Because of the particular language of the statute there involved, the court was not required to, and did not, pass on the question whether the corporation was administering government policy. The holding in *Sydney Steel* does not, therefore, have any bearing on the analysis set forth above or the case at bar.

In this context, I would like to refer to one passage from the judgment of Anderson J.A. in the instant case, namely:

Les décisions *Booth v. Dillon (No. 3)*, [1977] V.R. 143 (C.S.), à la p. 144, *Glenister v. Dillon*, [1976] V.R. 550 (C.S.), à la p. 558, appuient ce point de vue.

L'annexe de l'*Ombudsman Act*, qui définit certaines sociétés d'État comme des organismes gouvernementaux aux fins de l'art. 10, confirme l'intention de la législature de la Colombie-Britannique de conférer à l'ombudsman des pouvoirs d'enquête sur les activités commerciales des sociétés d'État telles que les appelantes. L'inclusion de ces sociétés d'État dans la définition d'«organismes gouvernementaux» laisse entendre que le législateur s'attendait à ce que l'ombudsman surveille leurs opérations. Pour un bon nombre de ces sociétés d'État, ces opérations consistent presque exclusivement en des décisions de nature «commerciale» semblables à celles que l'on cherche à soustraire en l'espèce à l'examen de l'ombudsman.

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'examiner certaines opinions incidentes dans l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse *Ombudsman of Nova Scotia v. Sydney Steel Corp.* (1977), 17 N.S.R. (2d) 361. Dans cette affaire, sur laquelle le juge en chef McEachern s'est fondé en première instance, la cour a jugé que l'ombudsman de la Nouvelle-Écosse n'avait pas compétence pour enquêter sur une plainte portée contre Sydney Steel, une société d'État. En vertu de la Loi néo-écossaise, le pouvoir d'enquête de l'ombudsman est limité à [TRADUCTION] «l'application, par un ministère . . . d'une loi ou règle de droit de la province.» Le tribunal néo-écossais a conclu que la société, qui avait pour unique fonction de fabriquer et de vendre de l'acier, n'était chargée d'appliquer aucune loi ou règle de droit de la province. En raison du texte particulier de la loi en cause, la cour n'était pas tenue d'examiner et elle n'a pas examiné la question de savoir si la société appliquait une politique gouvernementale. L'arrêt *Sydney Steel* n'a donc aucune incidence sur l'analyse susmentionnée ni sur la présente affaire.

Dans ce contexte, j'aimerais citer l'extrait suivant du jugement du juge Anderson de la Cour d'appel:

In the case on appeal, the acquisition of land was for the purposes of the river front development scheme. B.C.D.C. was performing a governmental public function in the public interest in accordance with its objects and powers, as provided for in sections 4 and 4.1 of the *Development Corporation Act*. It was not engaged in a commercial enterprise but in a programme designed to implement government policy.

With respect, I would have thought that B.C.D.C. was engaged in both a commercial enterprise and in a programme designed to implement government policy. But for the reasons just expressed, I do not believe the fact that an authority, as defined, is engaged in a commercial activity screens it from the gaze of the Ombudsman.

The appellants and their supporting intervener maintain that sound policy considerations demand that this Court give a restrictive reading to the phrase "a matter of administration" in the British Columbia *Ombudsman Act*.

First, they argue that the "formidable powers of investigation" given to the Ombudsman by the Act militate strongly against extending the Ombudsman's jurisdiction to disputes stemming from commercial arrangements. This argument influenced the chambers judge. He said:

> It just cannot be the case, in my view, that the Legislature intended every business decision made by an authority should be subject to investigation. If that were so, no authority could function in any competitive market, particularly in the real estate development field and no development corporation could ever satisfy lenders that a safe investment could be made . . . .

A similar view is reflected in the reasons for judgment of McFarlane J.A., dissenting, in the Court of Appeal.

With respect, this argument misconceives the reach of the Ombudsman's investigative powers. The Ombudsman's powers, far from being formidable, are in reality quite limited. The Ombudsman may only investigate, recommend and publicize. His recommendations are binding on no one;

[TRADUCTION] En l'espèce, le bien-fonds a été acquis pour les fins du plan d'aménagement du secteur riverain. B.C.D.C. exerçait une fonction gouvernementale dans l'intérêt public conformément à ses objets et pouvoirs prévus aux art. 4 et 4.1 de la *Development Corporation Act*. Elle s'était engagée non pas dans une entreprise commerciale, mais dans un programme destiné à mettre en oeuvre une politique gouvernementale.

Avec égards, j'aurais pensé que B.C.D.C. s'était engagée à la fois dans une entreprise commerciale et dans un programme destiné à mettre en oeuvre une politique gouvernementale. Mais pour les motifs que je viens d'exposer, je ne pense pas que le fait qu'un organisme gouvernemental, tel que défini, s'adonne à une activité commerciale, a pour effet de le soustraire au contrôle de l'ombudsman.

Les appelantes et l'intervenant qui les appuie soutiennent que pour des considérations de principe valables cette Cour devrait interpréter restrictivement l'expression «une question d'administration» qui figure dans l'*Ombudsman Act* de la Colombie-Britannique.

Ils prétendent tout d'abord que les [TRADUCTION] «pouvoirs d'enquête redoutables» conférés à l'ombudsman par la Loi militent fortement contre l'extension de la compétence de l'ombudsman aux litiges découlant d'arrangements commerciaux. Cet argument a influencé le juge en chambre qui a affirmé:

> [TRADUCTION] Il est tout simplement impossible, à mon avis, que le législateur ait voulu que chaque décision prise en matière commerciale par un organisme gouvernemental fasse l'objet d'une enquête. S'il en était ainsi, aucun organisme gouvernemental ne pourrait fonctionner dans un marché concurrentiel, particulièrement dans le domaine de l'aménagement immobilier, et aucune société d'aménagement ne pourrait convaincre les bailleurs de fonds qu'ils peuvent faire un placement sûr . . .

Le juge McFarlane de la Cour d'appel a adopté un point de vue semblable dans ses motifs de dissidence.

Avec égards, cet argument donne une fausse idée de la portée des pouvoirs d'enquête de l'ombudsman. Loin d'être «redoutables», ces pouvoirs sont en réalité très limités. L'ombudsman peut seulement enquêter, recommander et faire connaître au public ses recommandations qui ne lient

he has no power to overrule the decisions of government officials. Nor can he bring a punitive action for official malfeasance. Clearly, he cannot impede the functioning of those with whom he deals.

In my view, the phrase "a matter of administration" encompasses everything done by governmental authorities in the implementation of government policy. I would exclude only the activities of the legislature and the courts from the Ombudsman's scrutiny.

Turning to the facts of the instant case, it is clear that B.C.D.C. and First Capital were engaged in the administration and implementation of policies of the Government of British Columbia when they dealt with King Neptune. As I have earlier indicated, the corporate objects of B.C.D.C. are wide and include: (1) creating and increasing economic benefits for the Province of British Columbia "by encouraging and assisting in the establishment, expansion and continued operation of industrial enterprises in the Province"; and (2) "act[ing] as agent for, and provid[ing] assistance to, the government in the administration or implementation of government programs". *Development Corporation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 93, ss. 4, 4.1; (emphasis added).

The government program being administered by B.C.D.C. was a municipal redevelopment project approved by the Minister of Municipal Affairs and authorized by the legislature in the *New Westminster Redevelopment Act 1979*, 1979 (B.C.), c. 36. It called for First Capital to acquire "title or other method of control" over the land in the New Westminster waterfront area and oversee its development in accordance with the statutorily authorized redevelopment plan. B.C.D.C. and First Capital, in dealing with the land in question, were thus implementing governmental policy and administering a governmental program. B.C.D.C.'s acquisition on behalf of First Capital of the land on which King Neptune's restaurant stood, and its consequent refusal to renew King Neptune's lease, were part and parcel of its administration of the project. It follows that King

personne; il n'a pas le pouvoir d'infirmer les décisions des fonctionnaires. Il ne peut pas non plus prescrire des mesures punitives pour les méfaits commis par des fonctionnaires. Il ne peut manifestement pas gêner le travail des personnes avec lesquelles il traite.

J'estime que l'expression «une question d'administration» englobe tout ce que les organismes gouvernementaux font pour mettre en oeuvre les politiques du gouvernement. À mon avis, seules les activités de l'assemblée législative et des tribunaux échappent à l'examen de l'ombudsman.

Pour revenir aux faits de l'espèce, il est manifeste que B.C.D.C. et First Capital procédaient à l'administration et à la mise en oeuvre des politiques du gouvernement de la Colombie-Britannique au moment où elles ont traité avec King Neptune. Comme je l'ai déjà indiqué, les objets de B.C.D.C. englobent beaucoup de choses et consistent notamment: (1) à susciter et à accroître les avantages économiques pour la province de la Colombie-Britannique «en encourageant et en facilitant l'établissement, l'expansion et l'exploitation constante d'entreprises industrielles dans la province», et (2) à «agir à titre de mandataire du gouvernement et [à] lui fournir de l'aide dans l'administration et la mise en oeuvre de programmes gouvernementaux»: *Development Corporation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 93, art. 4, 4.1; (c'est moi qui souligne).

Le programme gouvernemental administré par B.C.D.C. était un projet de réaménagement municipal approuvé par le ministre des Affaires municipales et autorisé par la législature dans la *New Westminster Redevelopment Act 1979*, 1979 (C.-B.), chap. 36. Ce programme exigeait que First Capital acquière [TRADUCTION] «le titre de propriété ou une autre méthode de contrôle» du bien-fonds situé dans le secteur riverain de New Westminster et qu'elle supervise son aménagement conformément au plan de réaménagement autorisé par la Loi. Ainsi, dans leurs négociations relatives au bien-fonds en question, B.C.D.C. et First Capital procédaient à la mise en oeuvre d'une politique gouvernementale et à l'administration d'un programme gouvernemental. L'acquisition par B.C.D.C. pour le compte de First Capital du bien-fonds sur lequel se trouvait le restaurant de King

Neptune's complaints regarding the manner in which the two corporations dealt with it regarding the land and the location of the restaurant were, in spite of their commercial flavour, "with respect to a matter of administration", as that phrase is used in s. 10(1) of the *Ombudsman Act*.

V Conclusion

In my view, the respondent Ombudsman possessed jurisdiction to investigate the complaints made by King Neptune against B.C.D.C. and First Capital.

I would dismiss the appeal with costs to the respondent Ombudsman in all courts. There should be no costs payable by the Attorney General of British Columbia. There should be no costs payable to any of the interveners.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the mis en cause the Attorney General for the Province of British Columbia: Attorney General for the Province of British Columbia.

Solicitors for the intervener the Ombudsman for the Province of Ontario: Cassels, Brock, Toronto.

Solicitors for the intervener Yves Labonté, Public Protector for the Province of Quebec: Aquin & Chenard, Montréal.

Solicitors for the intervener David Tickell, Ombudsman of Saskatchewan: Hleck, Kanuka, Thuringer, Semenchuk, Sandomirsky, Boyd & Baker, Regina.

Neptune et son refus subséquent de renouveler le bail de King Neptune faisaient partie intégrante de son administration du projet. Il s'ensuit que les plaintes de King Neptune concernant la façon dont les deux sociétés ont négocié avec elle au sujet du bien-fonds et de l'emplacement du restaurant sont, malgré leur saveur commerciale, «à l'égard d'une question d'administration», suivant l'expression employée au par. 10(1) de l'*Ombudsman Act*.

V Conclusion

À mon avis, l'ombudsman intimé a compétence pour enquêter sur les plaintes portées par King Neptune contre B.C.D.C. et First Capital.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours en faveur de l'ombudsman intimé. Il n'y a pas d'adjudication de dépens contre le procureur général de la Colombie-Britannique. Les intervenants n'ont droit à aucuns dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs du mis en cause le procureur général de la province de la Colombie-Britannique: Procureur général de la province de la Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenant l'Ombudsman de la province de l'Ontario: Cassels, Brock, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Yves Labonté, Protecteur du citoyen de la province de Québec: Aquin & Chenard, Montréal.

Procureurs de l'intervenant David Tickell, Ombudsman de la Saskatchewan: Hleck, Kanuka, Thuringer, Semenchuk, Sandomirsky, Boyd & Baker, Regina.

Denis Blanchard *Appellant*;

and

Control Data Canada Limited *Respondent*;

and

Jean-Paul Lalancette *Mis en cause.*

File No.: 17680.

1984: March 15; 1984: November 22.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Judicial review — Labour law — Arbitral award — Complaint of dismissal without good and sufficient cause — Alteration by arbitrator of penalty imposed by employer — Writ of evocation — Privative clause — Powers of arbitrator — Whether arbitral award reasonable and sufficient reasons given — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 124, 125, 126, 127, 128, 129 — Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 as am., s. 139 — Code of Civil Procedure, art. 846.

Appellant, contrary to his employer's policies and despite a previous prohibition, accepted a trip to Jamaica offered by the radio station with which he was negotiating an advertising purchase contract on behalf of his employer. Appellant was dismissed and submitted to the Commission des normes du travail a complaint of dismissal without good and sufficient cause. After examining the evidence submitted by the parties, the arbitrator concluded that appellant's insubordination did not justify such a penalty. Relying on s. 128 of the *Act respecting labour standards*, he substituted for the dismissal a suspension without pay for four months. Respondent applied to the Superior Court for a writ of evocation. The application was dismissed. A majority of the Court of Appeal reversed the judgment and authorized the writ to be issued. The majority of the Court held that the arbitrator had the power under s. 128 to amend the penalty chosen by the employer, but in the case at bar had exceeded his jurisdiction by making an unreasonable award. Additionally, they considered that the arbitrator's reasons were only an expression of opinion and that therefore the decision could be regarded as void and rendered entirely without jurisdiction. The present appeal raises three questions: whether (1) the existence of "good and sufficient cause for dismissal" is a prerequisite for the exercise by the arbitrator of his

Denis Blanchard *Appelant*;

et

Control Data Canada Limitée *Intimée*;

et

Jean-Paul Lalancette *Mis en cause.*

N° du greffe: 17680.

1984: 15 mars; 1984: 22 novembre.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrôle judiciaire — Droit du travail — Sentence arbitrale — Plainte de congédiement sans cause juste et suffisante — Modification par l'arbitre de la sanction imposée par l'employeur — Bref d'évocation — Clause privative — Pouvoirs de l'arbitre — La sentence arbitrale est-elle raisonnable et suffisamment motivée? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., chap. N-1.1, art. 124, 125, 126, 127, 128, 129 — Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 et mod., art. 139 — Code de procédure civile, art. 846.

Contrairement aux politiques de son employeur et malgré une interdiction antérieure, l'appelant a accepté un voyage en Jamaïque offert par la station radiophonique avec laquelle il négociait un contrat d'achat de publicité pour le compte de son employeur. Congédié, l'appelant a soumis à la Commission des normes du travail une plainte pour congédiement sans cause juste et suffisante. Après avoir examiné la preuve soumise par les parties, l'arbitre a conclu que l'insubordination de l'appelant ne justifiait pas une telle sanction. S'appuyant sur l'art. 128 de la *Loi sur les normes du travail*, il a substitué au congédiement une suspension sans paye de quatre mois. L'intimée s'est alors adressée à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation. La requête a été rejetée. La Cour d'appel à la majorité a infirmé le jugement et autorisé la délivrance du bref. Les juges majoritaires ont statué que l'arbitre avait le pouvoir en vertu de l'art. 128 de modifier la sanction choisie par l'employeur mais, qu'en l'espèce, il avait excédé sa juridiction en rendant une sentence déraisonnable. De plus, ils ont estimé que les motifs de l'arbitre n'étaient que l'expression d'une opinion et qu'en conséquence la décision pouvait être considérée comme nulle et rendue en l'absence de toute juridiction. Le présent pourvoi vise à déterminer trois questions: (1) l'existence d'une «cause juste et suffisante de congédie-

jurisdiction; (2) in light of the powers conferred on him by s. 128, the arbitrator exceeded his jurisdiction by making an "unreasonable" award; and (3) in view of the requirement in s. 129 of the Act that the arbitral award be supported by reasons, should this Court intervene and vacate the award if it is not supported by sufficient reasons?

Held: The appeal should be allowed.

Per curiam: On the first question: the existence of good and sufficient cause for dismissal is not a prerequisite to the exercise of the arbitrator's jurisdiction, but is an intra-jurisdictional question, since it is the very subject of the inquiry. It is the only question which the arbitrator must decide before making the order he thinks proper.

Per Beetz, Chouinard and Wilson JJ., agreeing on the two other questions with the reasons of Monet J.A., dissenting, in the Court of Appeal. Moreover, on the second question: the complaint which the majority of the Court of Appeal made against the arbitrator was not, strictly speaking, that he committed an error of law or fact, but more precisely, that he committed an abuse of authority like that referred to in para. 4 of art. 846 *C.C.P.* Whatever the arbitrator's decision, an abuse of power amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice would divest him of his jurisdiction and be a basis for judicial review by evocation, regardless of any privative clause. In the case at bar, however, the arbitrator's award did not constitute such an abuse. It cannot be said that the less severe penalty imposed by the arbitrator is, in view of all the circumstances, clearly abusive, flagrantly unjust, absurd, contrary to common sense and lacking any basis in the evidence as a whole.

Per McIntyre and Lamer JJ., agreeing in substance on the second and third questions with the reasons of Monet J.A., dissenting, in the Court of Appeal. The Supreme Court has tended in exercising its power of review to avoid intervening when the decision of the administrative tribunal, whether erroneous or not, is reasonable in view of the applicable legislation. Where there is a privative clause, however, judicial review may only be exercised on questions of jurisdiction. The distinction between error of law and fact then becomes superfluous: an unreasonable finding, whatever its origin, impairs the jurisdiction of the tribunal and justifies judicial intervention. In the case at bar the arbitrator did not exceed his jurisdiction. His interpretation of s. 128 and of the powers it confers is not only reasonable but correct. An arbitrator acting under that section has a power to substitute another penalty for the dismissal

ment» est-elle une condition préalable à l'exercice de la compétence de l'arbitre? (2) Compte tenu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 128, l'arbitre a-t-il excédé sa juridiction en rendant une sentence «déraisonnable» et (3) compte tenu de l'obligation de motiver la sentence arbitrale énoncée à l'art. 129 de la Loi, cette Cour doit-elle intervenir et déclarer la sentence nulle faute de motivation suffisante?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour: Sur la première question: l'existence d'une cause juste et suffisante de congédiement n'est pas une condition préalable à l'exercice de la compétence de l'arbitre, mais bien une question intrajuridictionnelle puisqu'il s'agit de l'objet même de l'enquête. C'est la seule question que l'arbitre doit trancher avant de rendre l'ordonnance qu'il estime appropriée.

Les juges Beetz, Chouinard et Wilson sont, sur les deux autres questions, d'accord avec les motifs du juge Monet, dissident en Cour d'appel. Au surplus, sur la deuxième question: le reproche que la majorité de la Cour d'appel adresse à l'arbitre n'est pas à proprement parler, d'avoir commis une erreur de droit ou de fait mais, plus précisément, d'avoir commis un abus de pouvoir comme celui que vise l'al. 4 de l'art. 846 *C.p.c.* Quelle que soit la juridiction de l'arbitre, un abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante lui ferait perdre juridiction et donnerait ouverture à la révision judiciaire par voie d'évocation, nonobstant toute clause privative. En l'espèce, toutefois, la décision de l'arbitre ne constitue pas un tel abus. Il est en effet impossible d'affirmer que la sanction moins sévère imposée par l'arbitre est, compte tenu de toutes les circonstances, clairement abusive, manifestement injuste, contraire au sens commun et sans aucun fondement dans l'ensemble de la preuve.

Les juges McIntyre et Lamer sont, sur la deuxième et la troisième questions, d'accord pour l'essentiel avec les motifs du juge Monet, dissident en Cour d'appel. La tendance de la Cour suprême dans l'exercice de son pouvoir de révision est d'éviter d'intervenir lorsque la décision du tribunal administratif, erronée ou non, est raisonnable compte tenu de la législation pertinente. En présence d'une clause privative, le contrôle judiciaire ne peut toutefois s'exercer que sur des questions de compétence. La distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait devient alors superflue: une conclusion ou une détermination déraisonnable, quelle qu'en soit la source, porte atteinte à la juridiction du tribunal et justifie l'intervention judiciaire. En l'espèce, l'arbitre n'a pas excédé sa juridiction. Son interprétation de l'art. 128 et des pouvoirs qu'il confère est non seulement raisonnable mais aussi exacte. Un arbitre qui agit en vertu de cet article a

imposed by the employer if, in his opinion, there is not a cause significant enough to warrant that penalty. As regards the award, it was not shown that in view of the facts considered by the arbitrator and his privileged position he rendered an unreasonable award by imposing a lesser penalty on appellant. A court may not agree with the arbitral award, but that does not authorize it to substitute its own opinion for that of an arbitrator who has acted in accordance with his enabling legislation and in a manner which is not "patently unreasonable".

In addition, the arbitral award is not void because insufficient reasons were given for it. Even if the decision was not very well formulated, the arbitrator's reasons are intelligible and it is possible to understand the basis for his decision. In any case, even assuming that the reasons were insufficient, this is an error of law apparent of the face of the record. Where there is a privative clause such errors are generally beyond judicial review.

Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation, [1979] 2 S.C.R. 227; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R 710; *Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *St. Luc Hospital v. Lafrance*, [1982] 1 S.C.R. 974; *C.L.R.B. v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, considered; *Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 536, distinguished; *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365, not followed; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Jacmain v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 15; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85; *Newfoundland Association of Public Employees v. Attorney General of Newfoundland*, [1978] 1 S.C.R. 524; *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318 (U.K.); *Re Racal Communications Ltd.*, [1980] 2 All E.R. 634, referred to.

le pouvoir de substituer au congédiement imposé par l'employeur une autre sanction si, dans son esprit, il n'existe pas une cause suffisamment importante pour justifier cette sanction. Pour ce qui est de la sentence, il n'a pas été démontré que, en regard des faits considérés par l'arbitre et de sa position privilégiée, il a rendu une sentence déraisonnable en imposant une sanction moindre à l'appelant. Une cour peut être en désaccord avec la sentence arbitrale, mais cela ne l'autorise pas à substituer son opinion à celle d'un arbitre qui a agi conformément à sa loi habilitante et d'une façon qui n'est pas manifestement déraisonnable.

En outre, la sentence arbitrale n'est pas nulle faute de motivation suffisante. Quoique la formulation de la sentence ne soit pas des plus heureuses, les motifs de l'arbitre sont intelligibles et permettent de comprendre les fondements de sa décision. De toute façon, même en tenant pour acquis que les motifs sont insuffisants, il s'agirait là d'une erreur de droit apparente à la lecture du dossier. Or, en présence d'une clause privative une telle erreur est généralement à l'abri du contrôle judiciaire.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *Hôpital St-Luc c. Lafrance*, [1982] 1 R.C.S. 974; *C.C.R.T. c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589; distinction faite avec l'arrêt: *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536; arrêt non suivi: *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365; arrêts mentionnés: *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Jacmain c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85; *Newfoundland Association of Public Employees c. Procureur général de Terre-Neuve*, [1978] 1 R.C.S. 524; *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318 (U.K.); *Re Racal Communications Ltd.*, [1980] 2 All E.R. 634.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 129, which reversed a judgment of the Superior Court refusing to issue a writ of evocation. Appeal allowed.

Robert Décary, Germain Canuel and *Michel Canuel*, for the appellant.

Jean-Jacques Rainville and *Réjean Rioux*, for the respondent.

English version of the judgment of Beetz, Chouinard and Wilson JJ. delivered by

BEETZ J.—I have had the benefit of reading the opinion of my brother Lamer J. I adopt his description of the facts and pleadings and I refer also to his statement of the three points in issue.

On the first point, I consider as he does that the existence of good and sufficient cause of dismissal is not a prerequisite to the exercise of the arbitrator's jurisdiction, but is the very subject of his inquiry, and it is the principal question which the arbitrator must decide before making any other order he thinks proper and reasonable in view of all circumstances.

On the other two points, like Lamer J. I concur with the reasons of Monet J.A., dissenting in the Court of Appeal, *Control Data Canada Ltée v. Lalancette*, [1983] C.A. 129, at pp. 137-43.

I cannot add very much to the reasons of Monet J.A.

However, I feel I should make certain observations on the second point at issue.

According to the prior decisions of this Court, a patently unreasonable error by an administrative tribunal in interpreting a provision which it has to apply within the limits of its jurisdiction will in itself cause the tribunal to lose its jurisdiction. Reference may be made to these precedents in the case at bar, at least by analogy. But it is an analogy, considering the nature of the reproach addressed to the arbitrator by the majority of the Court of Appeal, at pp. 134 and 135 of the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 129, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure qui avait refusé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

Robert Décary, Germain Canuel et *Michel Canuel*, pour l'appelant.

Jean-Jacques Rainville et *Réjean Rioux*, pour l'intimée.

Le jugement des juges Beetz, Chouinard et Wilson a été rendu par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de mon collègue le juge Lamer. Je m'en remets à son exposé des faits et des procédures et je réfère également à son exposé des trois questions en litige.

Sur la première question, je pense comme mon collègue que l'existence d'une cause juste et suffisante de congédiement n'est pas une condition préliminaire à l'exercice de la compétence de l'arbitre mais qu'il s'agit de l'objet même de son enquête et que c'est la question principale que l'arbitre doit décider avant de rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances.

Pour ce qui est des deux autres questions, je suis, comme mon collègue, en accord avec les motifs du juge Monet, dissident en Cour d'appel, *Control Data Canada Ltée c. Lalancette*, [1983] C.A. 129, aux pp. 137 à 143.

Je ne puis guère ajouter aux motifs du juge Monet.

Je crois cependant utile de faire quelques observations à propos de la deuxième question en litige.

Selon la jurisprudence de cette Cour, l'erreur manifestement déraisonnable commise par un tribunal administratif en interprétant une disposition qu'il est chargé d'appliquer dans les cadres de sa juridiction suffit à lui faire perdre juridiction. On peut vraisemblablement invoquer cette jurisprudence en l'espèce, au moins par analogie. Mais c'est une analogie, compte tenu de la nature du reproche que la majorité de la Cour d'appel adresse à l'arbitre aux pp. 134 et 135 des *Recueils*

Recueils de jurisprudence de la Cour d'appel. This reproach was that

[TRANSLATION] ... [the arbitrator] committed an excess of jurisdiction by giving the facts an unreasonable interpretation: his award was totally lacking in reality and contrary to public order ... [it] constituted a flagrant denial of justice, an invitation to repeat the offence and a bad example for the other employees.

It appears to me that the reproach is not, strictly speaking, that the arbitrator committed an error of law or fact, but more precisely, that he committed an abuse of authority like that referred to in para. 4 of art. 846 of the *Code of Civil Procedure*:

846. The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:

1. when there is want or excess of jurisdiction;

2. when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effect;

3. when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;

4. when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case, the judgments of the court seized with the proceeding are not susceptible of appeal.

Whatever the arbitrator's jurisdiction, strictly speaking, an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice would divest him of his jurisdiction and be a basis for judicial review by evocation, regardless of any privative clause.

I cannot say that the arbitrator's award constituted such an abuse.

The majority on the Court of Appeal appears in fact to have decided that the only reasonable sanction for the unquestionably reprehensible behaviour of appellant necessarily had to be the ultimate sanction of dismissal, and that by imposing a less severe penalty the arbitrator acted contrary to public order. It seems to me, be it said

de jurisprudence de la Cour d'appel. Ce reproche, c'est que par son

... interprétation déraisonnable des faits de l'affaire [il] a commis un excès de juridiction: sa décision manque totalement de réalisme et est contraire à l'ordre public ... [elle] constitue un déni de justice flagrant, une incitation à la récidive et un mauvais exemple pour les autres employés.

Il me paraît que ce reproche n'est pas, à proprement parler, d'avoir commis une erreur de droit ou de fait mais, plus précisément, d'avoir commis un abus de pouvoir comme celui que vise l'art. 846 du *Code de procédure civile* à son al. 4:

846. La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:

1. dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction;

2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;

3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;

4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

Quelle que soit la juridiction de l'arbitre, au sens strict, un abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante lui ferait perdre juridiction et donnerait ouverture à la révision judiciaire par voie d'évocation, nonobstant toute clause privative.

Je ne puis dire que la décision de l'arbitre constitue un tel abus.

La majorité en Cour d'appel me paraît avoir effectivement décidé que la seule sanction raisonnable du comportement certes répréhensible de l'appelant est nécessairement la sanction ultime, le congédiement, et qu'en imposant une sanction moins sévère, l'arbitre est allé à l'encontre de l'ordre public. Il me semble, soit dit avec les plus

with the greatest respect, that this is coming close to confusing the appellant's actions and those of the arbitrator. I am far from certain that I would have decided as the arbitrator did, but I also cannot say that the less severe penalty which is imposed instead of the ultimate penalty is, in view of all the circumstances, clearly abusive, flagrantly unjust, absurd, contrary to common sense, and lacking any basis in the evidence as a whole.

I would dispose of the appeal as my brother Lamer J. suggests.

English version of the reasons of McIntyre and Lamer JJ. delivered by

LAMER J.—This case raises the problem of the extent of judicial review of the decisions of administrative tribunals. Appellant Blanchard is asking this Court to restore the decision of a judge of the Superior Court of Quebec who refused to issue a writ of evocation against the mis en cause arbitrator. A majority of the Court of Appeal of Quebec reversed this judgment and directed that the writ be issued.

Appellant Blanchard had been employed by the respondent since July 1973 and was dismissed on April 30, 1980. The circumstances resulting in this dismissal are essentially not in dispute. It was admitted that in November 1979, while working in advertising and promotion for the respondent, Mr. Blanchard accepted two tickets for a two-week stay in the Bahamas offered by station CJFM in connection with a contract for the purchase of advertising air time. These tickets were given by Mr. Blanchard to his subordinate Mr. Ducharme. It appeared that on the latter's return, Messrs. Blanchard and Ducharme were told by an officer of the company that such actions were contrary to professional ethics and the company's policies.

In April 1980, in similar circumstances, Mr. Blanchard accepted two tickets for a two-week stay in Jamaica, which he decided to use himself. Shortly after, on April 30, 1980, Mr. Blanchard was dismissed. It may be noted from the evidence admitted by the arbitrator that relations between Control Data Canada Limited and Mr. Blanchard

grands égards, que c'est là venir près de confondre entre la conduite de l'appelant et celle de l'arbitre. Je suis loin d'être certain que j'aurais rendu la même décision que l'arbitre mais je suis également incapable d'affirmer que la pénalité moins sévère qu'il a imposée en remplacement de la pénalité ultime est, compte tenu de toutes les circonstances, clairement abusive, manifestement injuste, absurde, contraire au sens commun, et sans aucun fondement dans l'ensemble de la preuve.

Je disposerais du pourvoi comme le propose mon collègue le juge Lamer.

Les motifs des juges McIntyre et Lamer ont été rendus par

LE JUGE LAMER—Cette affaire soulève le problème de l'étendue du contrôle judiciaire sur les tribunaux administratifs. L'appelant Blanchard demande à cette Cour de rétablir la décision d'un juge de la Cour supérieure du Québec qui refuse l'émission d'un bref d'évocation contre l'arbitre mis en cause. La Cour d'appel du Québec a renversé ce jugement à la majorité et a ordonné l'émission du bref.

À l'emploi de l'intimée depuis juillet 1973, l'appelant Blanchard a été congédié par cette dernière le 30 avril 1980. Les circonstances ayant mené à ce congédiement ne sont pas sérieusement contestées. Essentiellement, il est reconnu que M. Blanchard, alors qu'il était affecté à la publicité et à la promotion pour l'intimée, a accepté en novembre 1979 deux billets pour un séjour de deux semaines aux Bahamas offerts par la station CJFM dans le cadre d'un contrat pour l'achat de publicité sur les ondes. Ces billets ont été remis par M. Blanchard à son subalterne M. Ducharme. Il appert qu'au retour de ce dernier, MM. Blanchard et Ducharme ont été avisés, par un officier de la compagnie, que de tels agissements étaient contraires à l'éthique professionnelle et aux politiques de la compagnie.

En avril 1980, dans des circonstances similaires, M. Blanchard acceptait deux billets pour un séjour de deux semaines en Jamaïque, qu'il décidait d'utiliser lui-même. Peu après, le 30 avril 1980, M. Blanchard était congédié. Il est à noter, selon la preuve retenue par l'arbitre, que les relations entre Control Data Canada Limitée et M. Blanchard

had deteriorated before the latter trip, as the result of a complaint by Mr. Blanchard to the Commission de surveillance de la langue française.

On May 25, 1980, appellant submitted a complaint to the Commission des normes du travail for dismissal without good and sufficient cause, under ss. 124 *et seq.* of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1.

DIVISION III

RECOURSE AGAINST DISMISSALS NOT MADE FOR GOOD AND SUFFICIENT CAUSE

124. An employee credited with five years of uninterrupted service with one employer who believes that he has not been dismissed for a good and sufficient cause may present his complaint in writing to the Commission within 30 days of his dismissal, except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this act, in another act or in an agreement.

125. Upon receiving the complaint, the Commission may appoint a person who shall endeavour to settle the complaint to the satisfaction of the interested parties.

The Commission may require from the employer a writing containing the reasons for dismissing the employee. It must provide a copy of this writing to the employee, on demand.

126. Where no settlement is reached within 30 days of the filing of the complaint with the Commission, the employee may apply to the Commission to have his complaint referred to arbitration.

The Commission shall appoint an arbitrator whose name appears on the list provided for in the second paragraph of section 78 of the Labour Code (chapter C-27).

127. Sections 100.1 to 100.9, 100.11 and 100.12, 100.14 to 100.16, 101, 101.3, 101.4, 139 and 140 of the Labour Code (chapter C-27) apply, *mutatis mutandis*, to the arbitrator so appointed.

128. Where the arbitrator considers that the employee has not been dismissed for good and sufficient cause, he may

(1) order the employer to reinstate the employee;

(2) order the employer to pay to the employee an indemnity up to a maximum equivalent to the wage he would normally have earned had he not been dismissed;

s'étaient détériorées avant ce dernier voyage, en raison du dépôt d'une plainte par M. Blanchard auprès de la Commission de surveillance de la langue française.

Le 25 mai 1980, l'appelant soumettait une plainte à la Commission des normes du travail pour congédiement sans cause juste et suffisante, en vertu des art. 124 et suiv. de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1.

SECTION III

RECOURS À L'ENCONTRE D'UN CONGÉDIEMENT FAIT SANS UNE CAUSE JUSTE ET SUFFISANTE

124. Le salarié qui justifie de cinq ans de service continu chez un même employeur et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission dans les 30 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

125. Sur réception de la plainte, la Commission peut nommer une personne qui tente de régler la plainte à la satisfaction des intéressés.

La Commission peut exiger de l'employeur un écrit contenant les motifs du congédiement du salarié. Elle doit, sur demande, fournir une copie de cet écrit au salarié.

126. Si aucun règlement n'intervient dans les 30 jours du dépôt de la plainte à la Commission, le salarié peut demander à la Commission de déférer sa plainte à l'arbitrage.

La Commission nomme un arbitre dont le nom apparaît à la liste prévue par le deuxième alinéa de l'article 78 du Code du travail (chapitre C-27).

127. Les articles 100.1 à 100.9, 100.11 et 100.12, 100.14 à 100.16, 101, 101.3 et 101.4 et 139 et 140 du Code du travail s'appliquent à l'arbitre ainsi nommé, en faisant les changements nécessaires.

128. Si l'arbitre juge que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante, il peut:

1° ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié;

2° ordonner à l'employeur de payer au salarié une indemnité jusqu'à un maximum équivalant au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

(3) render any other decision he believes fair and reasonable, taking into account all the circumstances of the matter.

However, in the case of a domestic, the arbitrator may only order the payment to the employee of an indemnity corresponding to the wage and other benefits of which he was deprived due to dismissal up to a maximum period of three months.

129. The arbitration award must state the grounds on which it is based and be rendered in writing.

(Emphasis added.)

In an arbitral award on February 4, 1982 the mis en cause Jean-Paul Lalancette, relying on s. 128 of the Act, substituted for the dismissal a suspension without pay for four months and directed that Mr. Blanchard be reinstated retroactively to August 30, 1980, that is, the date of the suspension's expiry. In his reasons, the arbitrator reviewed the facts and the evidence presented by the parties, and concluded:

[TRANSLATION] Accordingly, there was insubordination by the complainant in view of the warning given by Mr. Jetté a year earlier; but once again, I am not persuaded that he was dismissed because of that, but rather because of all the events occurring in February, March and April 1980.

If we consider the three (3) events in turn, namely the reduction in performance, the complaint to the Commission and the acceptance of a trip to Jamaica, none of these events is a ground for dismissal in itself. Even if they were to be taken as a whole, I do not think that they constitute a ground for dismissal, as the demotion was to some extent negotiated by the two (2) parties; so far as the complaint is concerned, it was the complainant's right to make it even if it was an unfortunate move: he could perhaps have acted differently; and that leaves the trip to Jamaica.

Accordingly, I cannot conclude there should have been a dismissal, even though some penalty was required, and in the circumstances the arbitrator makes use of s. 128(3) of the Labour Standards Act, namely:

> "(3) render any other decision he believes fair and reasonable, taking into account all the circumstances of the matter."

WHEREAS complainant has no previous disciplinary record;

WHEREAS the employee's performance was excellent until early 1980;

3° rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

Cependant dans le cas d'un domestique, l'arbitre ne peut qu'ordonner le paiement au salarié d'une indemnité correspondant au salaire et aux autres avantages dont l'a privé le congédiement pour une période maximum de trois mois.

129. La sentence arbitrale doit être motivée et rendue par écrit.

(C'est moi qui souligne.)

Dans une décision arbitrale rendue le 4 février 1982, le mis en cause Jean-Paul Lalancette, s'appuyant sur l'art. 128 de la Loi, substituait au congédiement une suspension sans paye de quatre mois et ordonnait la réintégration de M. Blanchard avec effet rétroactif au 30 août 1980, soit à l'expiration de la suspension. Dans ses motifs, l'arbitre passe en revue les faits et la preuve des parties et conclut:

Il y a donc eu insubordination de la part du plaignant, en regard de l'avertissement fait par Monsieur Jetté, un an auparavant, mais je ne suis pas convaincu, encore une fois, que c'est à cause de cela qu'il a été congédié, mais plutôt à cause de tous les événements survenus au cours des mois de février, mars et avril 1980.

Si l'on examine l'un après l'autre les trois (3) événements, soit la baisse de rendement, la dénonciation à la Commission de Surveillance et l'acceptation d'un voyage en Jamaïque, aucun de ces événements en soi n'est un motif de congédiement. Même si l'on voulait les prendre comme un tout, je ne crois pas qu'il y ait là motif à congédiement, car la rétrogradation a été, en quelque sorte, négociée par les deux (2) parties; quant à la plainte, c'était le droit du plaignant de la faire, même s'il a été malhabile; il aurait peut-être pu faire autrement; reste donc le voyage en Jamaïque.

Donc, je ne peux pas conclure au congédiement, même s'il y a lieu à sanction et dans les circonstances, l'Arbitre se prévaut du troisième (3ième) paragraphe de l'article 128 de la Loi des Normes, à savoir:

> «3° rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.»

CONSIDÉRANT que le plaignant n'a pas de dossier disciplinaire;

CONSIDÉRANT que le rendement de l'employé a été excellent jusqu'au début de 1980;

IN VIEW OF the events of February, March and April 1980;

WHEREAS disciplinary action was necessary, but dismissal was not appropriate;

WHEREAS in light of the offence committed;

WHEREAS it seems fair and reasonable to substitute for the dismissal a suspension of complainant without pay;

FOR ALL THESE REASONS, THE ARBITRATOR:

1. DIRECTS that complainant be rehired from the date on which this decision is received;

2. SUBSTITUTES for the dismissal of April 30, 1980 a suspension without pay for four (4) months, that is from April 30 to August 30, 1980;

3. DIRECTS the employer to pay complainant a wage of $410.00 bi-weekly, beginning August 30, 1980 until the date he is re-hired, plus the average salary increases paid to other employees, if any, and deducting for the four (4) weeks of salary paid, referred to in the letter of April 30, 1980, P-2, namely the salary paid up to May 2, 1980;

4. DECIDES that the whole shall bear interest at the legal rate, as specified in s. 100.15 (s. 88o of the Labour Code) referred to in s. 127 of the Labour Standards Act;

5. CONTINUES the rights and privileges of complainant as if he had not been dismissed, except for the suspension period;

6. DOES NOT AWARD any commission to complainant, pursuant to the employer's commissions plan, as complainant did not work;

7. RESERVES JURISDICTION to determine the amount owed under the provisions of s. 127 of the Labour Standards Act and 101.4 (89d of the Labour Code).

By a motion for a writ of evocation, respondent asked the Superior Court to quash the arbitrator's decision on three grounds:

—insufficient reasons were given for the decision;
—misinterpretation of s. 128 by the arbitrator;

—the arbitral award was unreasonable.

On April 5, 1982 Bisaillon J. dismissed the motion on the bench. In his opinion, the reasons given for the decision were quite sufficient since [TRANSLATION] "the conclusion arrived at by the

CONSIDÉRANT les événements de février, mars et avril 1980;

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu à mesure disciplinaire, mais qu'il n'y a pas lieu à congédiement;

CONSIDÉRANT qu'en regard de la faute commise;

CONSIDÉRANT qu'il m'apparaît juste et raisonnable de substituer au congédiement une suspension sans paye au plaignant;

POUR TOUTES CES RAISONS, L'ARBITRE:

1. ORDONNE le réembauchage du plaignant, à compter de la réception de la présente décision;

2. SUBSTITUE au congédiement du 30 avril 1980, une suspension sans paye de quatre (4) mois, soit du 30 avril 1980 au 30 août 1980;

3. ORDONNE à l'Employeur de verser au plaignant un salaire de $410.00 par deux (2) semaines (bi-weekly), à compter du 30 août 1980 et cela jusqu'à la date de son réembauchage, plus les augmentations moyennes de salaires versées aux autres employés, s'il y en a eu, déductions faites, cependant, des quatre (4) semaines de salaires payées, dont il est question à la lettre du 30 avril 1980, P-2, soit le salaire payé jusqu'au 2 mai 1980;

4. DÉCIDE le tout portant intérêts au taux légal, comme le veut l'article 100.15 (article 88 o du Code du Travail) rapporté à l'article 127 de la Loi des Normes;

5. MAINTIENT les droits et privilèges du plaignant, comme s'il n'avait pas été congédié, sauf pour la période de suspension;

6. N'ACCORDE PAS, cependant, une commission quelconque au plaignant, en regard du plan de commissions de l'Employeur, le plaignant n'ayant pas travaillé;

7. SE RÉSERVE JURIDICTION quant à la détermination du montant dû et cela en vertu des dispositions de l'article 127 de la Loi des Normes et 101.4 (89 d du Code du Travail).

Par une requête pour obtenir l'émission d'un bref d'évocation, l'intimée a demandé à la Cour supérieure d'annuler la décision de l'arbitre pour trois motifs:

—l'insuffisance de la motivation de la décision;
—la mauvaise interprétation de l'art. 128 par l'arbitre;
—le caractère déraisonnable de la sentence arbitrale.

Le 5 avril 1982, le juge Bisaillon rejette la requête séance tenante. À son avis, la motivation de la décision est amplement suffisante puisque «la conclusion à laquelle en est arrivé l'arbitre découle

arbitrator proceeds logically from the analysis made by him of the evidence".

On section 128, respondent argued that the arbitrator's powers are alternative and not cumulative. According to this interpretation, in other words, the arbitrator could not both order that the employee be reinstated and suspended for four months. Bisaillon J. dismissed this argument, observing that the wording of s. 128 does not require such an interpretation, and that moreover, even if the arbitrator erred in this regard, his error was "intra-jurisdictional" and so excluded from judicial review by the privative clause.

On the third ground, Bisaillon J. stated:

[TRANSLATION] It was then argued that the arbitrator committed an abuse of authority by making an unreasonable award. What is reasonable and unreasonable is a very elastic concept, but as the argument was that there had been an abuse of authority, the error must amount to an abuse of authority of such a nature as to cause a flagrant injustice ([1977] 2 S.C.R. 568). I see no abuse of authority here, first, in the conclusion arrived at by the arbitrator that the action required a penalty and second, in the remedial measures adopted by him, all of which was within his jurisdiction. It might be argued that his award was too harsh, or that it was not harsh enough, but the arbitrator has sole control of the degree of harshness. That is his function, and if it appears to the Court that his award was too harsh or not harsh enough, the Court cannot allow evocation solely in order to revise it in one direction or the other and to substitute its own concept of harshness.

(Case of Appeal, at p. 37)

On appeal, the Court was divided, [1983] C.A. 129. Turgeon J.A., writing for himself and for Malouf J.A., set aside the judgment of the Superior Court. After reviewing the decisions of this Court on disciplinary arbitration (*Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85; *Newfoundland Association of Public Employees v. Attorney General of Newfoundland*, [1978] 1 S.C.R. 524, and *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768), Turgeon J.A. held that s. 128 expressly confers on the arbitrator a power to substitute some other penalty for that chosen by the employer, if this is justified by the circumstances. He therefore dismissed the argument of Control Data Canada

logiquement de l'analyse de la preuve qu'il a faite».

Quant à l'art. 128, l'intimée soutenait que les pouvoirs de l'arbitre sont alternatifs et non cumulatifs. Autrement dit, selon cette interprétation, l'arbitre ne pouvait en même temps ordonner la réintégration de l'employé et sa suspension pour quatre mois. Le juge Bisaillon rejette cet argument en indiquant que le texte de l'art. 128 n'appelle pas une telle interprétation; au surplus, même si l'arbitre avait erré à cet égard, son erreur serait «intra-juridictionnelle» et donc exclue du contrôle judiciaire par la clause privative.

Sur le troisième motif, le juge Bisaillon déclare:

On prétend ensuite que l'arbitre a commis un abus de pouvoir en rendant une décision déraisonnable. Mais les mots raisonnables et déraisonnables sont des mots bien élastiques, mais comme on parle d'abus de pouvoir, l'erreur doit équivaloir à un abus de pouvoir de nature à entraîner une injustice flagrante (no. 1977 (2) R.C.S. 568). Ici je ne vois pas d'abus de pouvoir, premièrement dans la conclusion à laquelle en était arrivé l'arbitre à l'effet que le geste méritait sanction et deuxièmement, dans les mesures correctives qu'il a adoptées, qu'il a toutes rendues dans les cadres de sa juridiction. On peut prétendre que sa sentence est trop sévère, on peut prétendre qu'elle n'est pas assez sévère, mais c'est lui seul l'arbitre qui est maître de sa sévérité. Il est là pour cela et s'il apparaît à la Cour que sa sentence est trop sévère ou pas assez sévère, la Cour ne peut permettre une évocation dans le seul but de la réviser dans un sens ou dans l'autre et de lui substituer son propre concept de sévérité.

(Dossier d'appel, à la p. 37.)

En appel, la Cour s'est divisée, [1983] C.A. 129. Le juge Turgeon, écrivant pour lui-même et le juge Malouf, a renversé le jugement de la Cour supérieure. Après avoir analysé la jurisprudence de cette Cour en matière d'arbitrage disciplinaire (*Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85; *Newfoundland Association of Public Employees c. Procureur général de Terre-Neuve*, [1978] 1 R.C.S. 524, et *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768), le juge Turgeon a décidé que l'art. 128 confère expressément à l'arbitre le pouvoir de substituer une autre sanction à celle choisie par l'employeur, si les circonstances le justifient. Il a donc rejeté l'argument de Control

Limited that the arbitrator had exceeded his jurisdiction by amending the penalty in the case at bar.

However, Turgeon J.A. held that the arbitrator had exceeded his jurisdiction by making an unreasonable award. Emphasizing the importance of the relationship of trust between an employer and his employee, Turgeon J.A. observed that [TRANSLATION] "if an employee's actions are likely to shake the trust an employer must have in him, it is not surprising that the latter decides to dispense with his services".

Applying these principles, therefore, Turgeon J.A. held that the acceptance of bribes by Mr. Blanchard constituted very serious misconduct for which the employer was justified in dismissing him.

As this misconduct is in addition a criminal offence, Turgeon J.A. concluded, at p. 134, that the arbitrator had lent his approval to unlawful acts, and that:

[TRANSLATION] The arbitrator committed an excess of jurisdiction by giving the facts an unreasonable interpretation: his award was totally lacking in reality and contrary to public order. In the case at bar, though recognizing that there had been insubordination and that this insubordination could cause conflicts of interest, the arbitrator directed that the mis en cause be reinstated subject merely to a suspension.

Additionally, Turgeon J.A. considered that the arbitrator's reasons were only an expression of opinion and that therefore the decision [TRANSLATION] "could be regarded as void and rendered entirely without jurisdiction".

Monet J.A. agreed with the majority on the interpretation of s. 128, but dissented on the other two points at issue. Noting that the *Act respecting labour standards* changes the rules of the game regarding dismissals without good and sufficient cause and gives the arbitrator very wide powers, Monet J.A. concluded that the employer had not shown that the award was unreasonable. He noted the existence of the privative clause in s. 139 of the *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, which is made applicable to an arbitrator by s. 127 of the Act, he emphasized the advantage which the arbitrator

Data Canada Limitée voulant que l'arbitre ait excédé sa juridiction en modifiant la sanction en l'espèce.

Toutefois, le juge Turgeon a jugé que l'arbitre avait excédé sa juridiction en rendant une sentence déraisonnable. Insistant sur l'importance de la relation de confiance entre un employeur et son employé, le juge Turgeon a indiqué que «dès que les agissements d'un salarié sont susceptibles d'entamer la confiance que l'employeur doit avoir en lui, il n'est pas surprenant que ce dernier décide de se départir de ses services».

Dès lors, appliquant ces principes, le juge Turgeon a déclaré que l'acceptation de «pots-de-vin» par M. Blanchard constituait une faute très grave pour laquelle l'employeur était justifié de le congédier.

Considérant que cette faute est au surplus un acte criminel, le juge Turgeon a conclu à la p. 134 que l'arbitre avait cautionné des actes illicites et que:

C'est par une interprétation déraisonnable des faits de l'affaire que l'arbitre a commis un excès de juridiction: sa décision manque totalement de réalisme et est contraire à l'ordre public. Dans le présent cas, l'arbitre, tout en reconnaissant qu'il y a eu insubordination, que cette insubordination pouvait causer des conflits d'intérêt, ordonne la réintégration du mis en cause assortie d'une simple suspension.

Au surplus, le juge Turgeon a estimé que les motifs de l'arbitre n'étaient que l'expression d'une opinion et qu'en conséquence, la décision «pourrait être considérée comme nulle et rendue en l'absence de toute juridiction».

D'accord avec la majorité quant à l'interprétation de l'art. 128, le juge Monet a exprimé son désaccord en ce qui concerne les deux autres questions en litige. Rappelant que la *Loi sur les normes du travail* change les règles du jeu relativement aux congédiements sans cause juste et suffisante et donne des pouvoirs très larges à l'arbitre, le juge Monet a conclu que l'employeur n'avait pas démontré le caractère déraisonnable de la sentence. Soulignant l'existence de la clause privative de l'art. 139 du *Code du travail*, L.R.Q. 1977, chap. C-27, rendue applicable à l'arbitre par l'art.

has in seeing and hearing the witnesses, and he went on to say (at p. 142):

[TRANSLATION] Was it a resentment or a sense of honesty which led appellant to dismiss the mis en cause? In my view, the function of this Court in hearing this appeal is not to decide this question. Under the statute which is applicable, the powers of the arbitrator are autonomous, and in deciding not to simply vacate the dismissal he was exercising those powers. Similarly, he thought it fair to substitute a non-drastic disciplinary measure, that is, one which in light of his weighing of the evidence as a whole seemed fair and reasonable to him. His decision was not on the legality of the dismissal, but on whether the mis en cause was right in concluding that he had been unfairly treated by being dismissed. Surely this was his function, as specified by the Act.

After dismissing the second argument, Monet J.A. concluded on the final point at issue that sufficient reasons were given for the arbitral award and [TRANSLATION] "that it was even in accordance with the generally accepted principles in such matters".

With respect, I concur in the opinion of Monet J.A. and I conclude that the Court of Appeal erred in setting aside the decision of Bisaillon J. and authorizing that a writ of evocation be issued.

As I see them, the questions at issue are:

(a) in light of the respondent's factum is the existence of "good and sufficient cause for dismissal" a prerequisite for the arbitrator to exercise his jurisdiction?

(b) in light of the powers conferred on him by s. 128, did the arbitrator exceed his jurisdiction by making an award "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?" (*Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237—the *C.U.P.E.* case.)

(c) in view of the requirement in s. 129 of the Act that the arbitral award be supported by reasons, should this Court intervene and quash

127 de la Loi, le juge Monet insiste sur l'avantage que possède l'arbitre de voir et d'entendre les témoins et déclare (à la p. 142):

Est-ce le ressentiment ou le sens de la loyauté qui a amené l'appelante à congédier le mis en cause? À mon avis, saisie du présent pourvoi, notre Cour n'a pas pour fonction de statuer sur cette question. Dans le cadre de la loi qui nous intéresse, l'arbitre a des pouvoirs autonomes. C'est d'ailleurs dans l'exercice de ces pouvoirs qu'il a décidé de ne pas annuler purement et simplement le congédiement. De la même façon, il a jugé équitable de substituer une mesure disciplinaire non draconienne, c'est-à-dire celle qui, compte tenu de son appréciation de l'ensemble de la preuve, était selon lui juste et raisonnable. Il n'a pas statué sur la légalité du congédiement mais sur la question de savoir si le mis en cause a raison de considérer qu'il a été traité injustement en étant congédié. N'est-ce pas là son rôle, tel que le veut la loi?

Après avoir rejeté le deuxième moyen, le juge Monet conclut, sur le dernier point en litige, que la sentence arbitrale est suffisamment motivée et «même qu'elle obéit aux préceptes généralement admis en la matière».

Avec respect, je partage l'avis du juge Monet et j'en conclus que la Cour d'appel a erré en renversant la décision du juge Bisaillon et en autorisant l'émission d'un bref d'évocation.

Les questions en litige, telles que je les vois, sont:

a) En regard du mémoire de l'intimée, l'existence d'une «cause juste et suffisante de congédiement» est-elle une condition préliminaire à l'exercice de la compétence de l'arbitre?

b) Compte tenu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 128, l'arbitre a-t-il excédé sa juridiction en rendant une sentence «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?» (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237—l'arrêt *S.C.F.P.*)

c) Compte tenu de l'obligation de motiver la sentence arbitrale énoncée à l'art. 129 de la Loi, cette Cour doit-elle intervenir et déclarer

the award if it is not supported by sufficient reasons?

Before answering these three questions, it is worth mentioning again that s. 127 of the Act makes the arbitrator subject to the provisions of s. 139 of the *Labour Code*, which on April 5, 1982 (the day of the judgment in the Superior Court) provided that:

139. No action under article 33 of the Code of Civil Procedure, or extraordinary recourse within the meaning of such code, or injunction shall be exercised against any council of arbitration, court of arbitration, arbitrator on grievances, certification agent, labour commissioner or the Court by reason of any act, proceeding or decision relating to the exercise of their functions.

Of course, as a result of the decision of this Court in *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, such a clause can in no way impede judicial review regarding questions of jurisdiction. However, it is recognized that these clauses bar judicial review of any question other than that of jurisdiction. Further, on May 11, 1982, subsequent to the decision by the Superior Court in the case at bar, the Quebec legislator amended s. 139 of the Code to bring it in line with this case law:

139. Except on a question of jurisdiction, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 850 of the Code of Civil Procedure shall be exercised and no injunction granted against any council of arbitration, court of arbitration, certification agent, labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

It is therefore necessary to bear in mind the effect of the old s. 139 as limited by decisions of this Court. That provision clearly indicated the intention of the legislator to make the arbitrator responsible for deciding completely and finally the questions submitted to him by the Act. This deference is undoubtedly based both on the respect of the legislator for the arbitrator's expert knowledge and on the importance of ensuring a quick settlement of labour law disputes.

As Dickson J., as he then was, observed in similar circumstances in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, *supra*, at p. 781:

la sentence nulle faute de motivation suffisante?

Avant de répondre à ces trois questions, il importe de rappeler encore une fois que l'art. 127 de la Loi rend applicable à l'arbitre les dispositions de l'art. 139 du *Code du travail* qui prévoyait le 5 avril 1982 (au jour du jugement en Cour supérieure) que:

139. Nulle action en vertu de l'article 33 du Code de procédure civile, ni aucun recours extraordinaire au sens de ce code, ni aucune injonction ne peuvent être exercés contre un conseil d'arbitrage, un tribunal d'arbitrage, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal en raison d'actes, d'actes de procédure ou de décisions se rapportant à l'exercice de leurs fonctions.

Bien entendu, en raison de la décision de cette Cour dans *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, une telle clause ne peut aucunement empêcher le contrôle judiciaire en ce qui concerne les questions de compétence. Toutefois, il est reconnu que ces clauses empêchent l'intervention judiciaire dans des questions autres que des questions de compétence. D'ailleurs le 11 mai 1982, postérieurement à la décision en Cour supérieure dans la présente affaire, le législateur québécois modifiait l'art. 139 du Code en le rendant conforme à cette jurisprudence:

139. Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un conseil d'arbitrage, un tribunal d'arbitrage, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle.

On doit donc garder à l'esprit l'effet de l'ancien art. 139, tel que restreint par notre jurisprudence. Cette disposition indique clairement l'intention du législateur de laisser à l'arbitre le soin de décider de façon complète et définitive les questions qui lui sont soumises par la Loi. Cette déférence repose, on ne peut en douter, tant sur le respect du législateur pour l'expertise de l'arbitre que sur l'importance de la célérité du règlement des litiges en matière de droit du travail.

Comme le soulignait le juge Dickson, alors juge puîné, dans un contexte similaire dans l'affaire *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, précitée, à la p. 781:

There is a very good policy reason for judicial restraint in fettering adjudicators in the exercise of remedial powers. The whole purpose in establishing a system of grievance adjudication under the Act is to secure prompt, final, and binding settlement of disputes arising out of interpretation or application of the collective agreement, or disciplinary action taken by the employer, all to the end that industrial peace may be maintained.

(Emphasis added.)

The courts must respect this choice made by the legislator and be extremely cautious in exercising their power of review. They should only intervene if they find a genuine excess of jurisdiction by the arbitrator, not simply where they disagree with his findings. Judicial review may only be exercised here on questions of jurisdiction.

It is in keeping with this approach and bearing these observations in mind that I now turn to a solution of the three questions stated above.

(A) The problem of the prerequisite to the exercise of the arbitrator's jurisdiction

In this Court, respondent argued that the existence of a "good and sufficient cause for dismissal" is a prerequisite to the exercise of the arbitrator's power to "render any other decision he believes fair and reasonable". Respondent maintained that s. 128 provides for a procedure which has two distinct stages: first, the arbitrator must decide whether good and sufficient cause exists for the dismissal. If such a cause exists, the arbitrator has no jurisdiction to intervene. If such a cause does not exist, the arbitrator may exercise the powers conferred on him by s. 128. In other words, respondent argued that since the arbitrator committed an error as to the existence of good and sufficient cause, he conferred on himself a jurisdiction which he did not have under the Act.

This argument by respondent is based on the well-known theory in administrative law of so-called "collateral" or "preliminary" questions, according to which an administrative tribunal cannot err on these questions because any error

Une très bonne raison de principe explique l'hésitation judiciaire à contrôler les arbitres dans l'exercice de leurs pouvoirs. Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix.

(C'est moi qui souligne.)

Les cours doivent respecter ce choix du législateur et être extrêmement prudentes dans l'exercice de leur pouvoir de révision. Elles ne doivent intervenir que si elles trouvent un véritable excès de juridiction de la part de l'arbitre et non simplement si elles se trouvent en désaccord avec ses conclusions. Le contrôle judiciaire ne peut s'exercer ici que sur des questions de compétence.

C'est en conformité avec cette attitude et avec ces réflexions à l'esprit que j'aborde maintenant la solution aux trois questions que j'ai énoncées plus haut.

A) Le problème de la condition préliminaire à l'exercice de la compétence de l'arbitre

Devant cette Cour, l'intimée a plaidé que l'existence d'une «cause juste et suffisante de congédiement» est une condition préliminaire à l'exercice du pouvoir de l'arbitre de «rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable». L'intimée soutient que l'art. 128 prévoit une procédure en deux étapes distinctes: l'arbitre doit d'abord décider s'il existe une cause juste et suffisante de congédiement. Si une telle cause existe, l'arbitre est sans compétence pour intervenir. Si une telle cause n'existe pas, l'arbitre peut exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 128. En d'autres termes, selon les prétentions de l'intimée, puisque l'arbitre a commis une erreur quant à l'existence d'une cause juste et suffisante, il s'est conféré une juridiction que la loi ne lui accorde pas.

Cet argument de l'intimée est fondé sur la théorie bien connue en droit administratif des questions dites «collatérales» ou «préliminaires» et qui veut que sur ces questions, le tribunal administratif ne puisse errer parce que toute erreur équivaudrait à

would amount to assuming a jurisdiction which is different from what the legislator intended to confer on it.

In *Jacmain v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 15, Dickson J., dissenting, properly observed that this theory places the superior courts in an extremely difficult position (at p. 29):

> The intractable difficulty is this. It is hard to conceive that a legislature would create a tribunal with a limited jurisdiction and yet bestow on such tribunal an unlimited power to determine the extent of its jurisdiction. On the other hand, if the correctness of every detail upon which the jurisdiction of the tribunal depends is to be subject to re-trial in the Courts and the opinion of a judge substituted for that of the tribunal, then the special experience and knowledge of the members of such a tribunal and the advantage they have of hearing and seeing the witnesses may be lost. The power to review jurisdictional questions provides the Courts with a useful tool to ensure that tribunals deal with the type of issues which the Legislature intended. It enables the Courts to check unlawful attempts at usurpation of power. But the Courts, in my opinion, should exercise restraint in declaring a tribunal to be without jurisdiction when it has reached its decision honestly and fairly and with due regard to the material before it. The Court should allow some latitude in its surveillance of jurisdictional findings. It should ask whether there is substantial evidence for decisions of fact and a rational basis for decisions of law, or mixed decisions of fact and law. The error must be manifest. The role of the Court is one of review, not trial *de novo*.

Professor Paul P. Craig, in his text *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1983, at pp. 299 *et seq.*, also emphasizes that the great weakness of the preliminary questions theory is the absence of any coherent test for distinguishing what is in fact preliminary.

To use the writer's words, at p. 302:

> The enabling statute always, explicitly or implicitly, states, *if* X_1, X_2, X_3 exist, you may or shall do [Y_1, Y_2, Y_3].

s'attribuer une juridiction différente de celle que le législateur entendait lui conférer.

Dans l'affaire *Jacmain c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15, le juge Dickson soulignait avec justesse, en dissidence, que cette théorie place les juridictions supérieures dans une position extrêmement difficile (à la p. 29):

> La grande difficulté est la suivante: il est difficile de concevoir que le législateur puisse créer un tribunal à compétence limitée et qu'en même temps, il lui accorde un pouvoir illimité pour fixer l'étendue de sa compétence. Par contre, si l'exactitude de chaque détail dont dépend la compétence du tribunal est susceptible d'examen par une juridiction supérieure et si l'opinion d'un seul juge est alors substituée à celle du tribunal, on peut perdre le bénéfice de l'expérience et des connaissances spéciales des membres de ce tribunal et l'avantage qu'ils ont d'entendre et de voir les témoins. Le pouvoir de contrôle sur les questions de juridiction fournit aux cours de justice un bon outil pour s'assurer que les tribunaux connaissent du genre de litiges que le législateur leur a confié. Il leur permet de contrôler les tentatives d'usurpation de pouvoir. Mais, à mon avis, les cours de justice devraient hésiter à déclarer un tribunal incompétent quand sa décision est honnête et équitable et qu'il a correctement pris en considération la documentation qui lui a été soumise. Dans l'exercice de son contrôle sur les conclusions en matière de compétence, la Cour doit laisser place à une certaine latitude. Elle doit se demander si la preuve est suffisante pour étayer les conclusions de fait et si les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit sont logiques. L'erreur doit être manifeste. La Cour a un rôle de révision; elle ne doit pas faire un nouveau procès.

Le professeur Paul P. Craig, dans son livre *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1983, aux pp. 299 et suiv. souligne lui aussi que la grande faiblesse de la théorie des questions préliminaires est l'absence de principe cohérent pour distinguer ce qui est préliminaire de ce qui ne l'est pas.

Pour emprunter les mots de cet auteur, à la p. 302:

> [TRADUCTION] La loi habilitante prescrit toujours, explicitement ou implicitement, *si* X_1, X_2, X_3 existent, vous pouvez ou devez faire [Y_1, Y_2, Y_3].

It is clear that all the "X" conditions can to some extent be categorized as prerequisites to the exercise of the "Y" powers. In my view, there is no logical reason for distinguishing between condition X_1 and condition X_2 and concluding that one is preliminary and the other is not. Thus, if all the "X" conditions are said to be preliminary, the administrative tribunal has lost the capacity to err: it can only exercise the power conferred on it by the law if it is *right* in its interpretation of what is meant by X_1, X_2 and X_3. Ultimately, the distinction between an appeal and judicial review is somewhat fine. This distinction becomes non-existent if we also adopt the theory that the administrative tribunal cannot err as to the content of powers Y_1, Y_2 and Y_3, since it is then exercising a power that the law does not confer on it.

In short, it is important not to distort the superintending power of the superior courts, and to use the [TRANSLATION] "theory of prerequisites to the exercise of jurisdiction" with a great deal of caution. As Dickson J. observed in the *C.U.P.E.* case (at p. 233):

> The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

The current tendency is thus to limit the concept of a "preliminary question" as far as possible. Even those who favour retaining this concept limit it to questions concerning jurisdiction in the strict sense, of the initial power to proceed with an inquiry (*C.U.P.E.*, *supra*, at p. 234, and *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 389). These questions are identified by the fact that they fall outside the limits of the enabling legislation itself, and are not usually within the area of expertise of the administrative tribunal (*Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589).

Whether we reject the theory of preliminary questions or apply it in its limited form as is currently being done, I think it is clear that the

Or, il est clair que toutes les conditions «X» peuvent, dans une certaine mesure être qualifiées de conditions préliminaires à l'exercice des pouvoirs «Y». Il n'existe, à mon avis, pas de raison logique de distinguer entre la condition X_1 et la condition X_2 et déclarer l'une préliminaire et l'autre pas. Dès lors, si toutes les conditions X sont dites préliminaires, le tribunal administratif a perdu la faculté de se tromper: il ne peut exercer le pouvoir qui lui est conféré par la loi que s'il a *raison* quant à son interprétation de ce que X_1, X_2 et X_3 veulent dire. Au bout du compte, la distinction entre l'appel et le contrôle judiciaire est assez mince. Cette distinction devient inexistante si on retient aussi la théorie voulant que le tribunal administratif ne peut se tromper sur le contenu des pouvoirs Y_1, Y_2 et Y_3 puisqu'il exerce alors un pouvoir que la loi ne lui confère pas.

Bref, il importe de ne pas dénaturer le pouvoir de surveillance des juridictions supérieures et d'utiliser la «théorie des conditions préalables à l'exercice de la compétence» avec beaucoup de circonspection. Ainsi que le disait le juge Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.* (à la p. 233):

> À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

La tendance actuelle est donc de restreindre autant que possible la notion de «question préliminaire». Même ceux qui favorisent le maintien de cette notion la limitent aux questions touchant à la compétence dans le sens strict du pouvoir initial de procéder à l'enquête (l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 234; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, à la p. 389). On identifie ces questions par le fait qu'elles sont des questions qui sont en dehors des limites de la loi habilitante elle-même et qui ne relèvent pas normalement de l'expertise du tribunal administratif (*Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589).

Qu'on rejette la théorie des questions préliminaires ou qu'on l'applique dans son acception restreinte comme le veut la tendance actuelle, il me

existence of good and sufficient cause is not a prerequisite to the exercise of the arbitrator's jurisdiction. On the contrary, it is the very subject of the inquiry. It is the only question which the arbitrator must decide before making the order he thinks proper. The Act does not confer a remedial authority on the arbitrator in the abstract: this authority is given to him when he finds that there is a situation requiring his intervention, namely dismissal without good and sufficient cause. By analogy, the Superior Court is not acting without jurisdiction when it directs that damages be paid after having erroneously held a defendant delictually liable: *it is erring in the exercise of its jurisdiction.* In the same way, the arbitrator is not acting without jurisdiction when he substitutes a new penalty for that chosen by the employer after erroneously finding that there was no good and sufficient cause for dismissal: *he is erring in the exercise of his jurisdiction.*

This observation gains additional weight from the actual wording of s. 128: the arbitrator has the powers specified in that section "where [he] *considers* that the employee has not been dismissed for good and sufficient cause". Section 128 does not make the use of these powers conditional on the objective existence of that cause, but on the arbitrator's subjective assessment.

For all these reasons, I consider that the existence of good and sufficient cause for dismissal is not a prerequisite to the exercise of the arbitrator's jurisdiction, but is an intra-jurisdictional question. This leads on to the second problem, which is determining whether the arbitral award is so unreasonable as to constitute an excess of jurisdiction.

(B) Whether arbitral award unreasonable

In principle, where there is a privative clause the superior courts should not be able to review errors of law made by the administrative tribunals. However, it is now settled that some errors of law can cause the arbitrator to lose his jurisdiction. The debate turns on the question of *which* errors of law result in the loss of jurisdiction. Contrary to the

semble clair que l'existence d'une cause juste et suffisante n'est pas une condition préliminaire à l'exercice de la compétence de l'arbitre. Il s'agit au contraire de l'objet même de l'enquête. C'est la seule question que l'arbitre doit décider avant de rendre l'ordonnance qu'il estime appropriée. La loi ne confère pas un pouvoir réparateur à l'arbitre dans l'abstrait: ce pouvoir lui est conféré lorsqu'il prend connaissance d'une situation qui mérite intervention, soit le congédiement sans cause juste et suffisante. Par analogie, la Cour supérieure n'agit pas sans juridiction quand elle ordonne le paiement de dommages-intérêts après avoir erronément déterminé la responsabilité délictuelle d'un défendeur: *elle erre dans l'exercice de sa juridiction.* De la même façon, l'arbitre n'agit pas sans juridiction quand il substitue une nouvelle sanction à celle choisie par l'employeur après avoir erronément constaté l'absence de cause juste et suffisante de congédiement: *il erre dans l'exercice de sa juridiction.*

Cette constatation est renforcée par les termes mêmes de l'art. 128: l'arbitre dispose des pouvoirs prévus à cet article s'il «*juge* que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante». L'article 128 ne rend pas l'usage de ces pouvoirs conditionnel à l'existence objective de cette cause mais plutôt conditionnel à l'appréciation subjective de l'arbitre.

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que l'existence d'une cause juste et suffisante de congédiement n'est pas une condition préliminaire à l'exercice de la compétence de l'arbitre, mais bien une question intrajuridictionnelle. Cela nous amène au deuxième problème, qui est celui de déterminer si la sentence arbitrale est déraisonnable au point de constituer un excès de juridiction.

B) Caractère déraisonnable de la sentence arbitrale

En principe, compte tenu de la présence d'une clause privative, les juridictions supérieures ne devraient pas pouvoir réviser les erreurs de droit des tribunaux administratifs. Toutefois, il est maintenant établi que certaines erreurs de droit peuvent faire perdre juridiction à l'arbitre. La controverse porte plutôt sur la détermination de

decision of Lord Denning in *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365, where he said (at p. 372) that "no court or tribunal has any jurisdiction to make an error of law on which the decision of the case depends" (subsequently disapproved by the Privy Council in *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318, and *Re Racal Communications Ltd.*, [1980] 2 All E.R. 634), this Court has tended since *Nipawin*, *supra*, and *C.U.P.E.*, *supra*, to avoid intervening when the decision of the administrative tribunal was reasonable, whether erroneous or not. In other words, only unreasonable errors of law can affect jurisdiction. The following extract from *C.U.P.E.*, *supra*, at p. 237, frequently referred to in later cases, has become the classic statement of the approach taken by this Court:

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?

This is a very severe test and signals a strict approach to the question of judicial review. It is nevertheless the test which this Court has applied and continues to apply:

—in *Teamsters Union Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710, in which Laskin C.J. observed at p. 724 "that mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error";

—in *Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923, where Laskin C.J. applied the test mentioned above to a case involving a "quasi-privative" clause, which preserved the remedy of *certiorari* but conferred on the administrative tribunal a final jurisdiction not subject to appeal;

quelles erreurs de droit font perdre juridiction. Contrairement à la décision de Lord Denning dans l'affaire *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365, où il est dit (à la p. 372) que [TRADUCTION] «aucune cour ni aucun tribunal n'a la compétence de faire une erreur de droit dont dépend l'issue de l'affaire» (désapprouvée par la suite par le Conseil privé dans *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318, et *Re Racal Communications Ltd.*, [1980] 2 All E.R. 634), la tendance de cette Cour depuis les affaires *Nipawin*, précitée, et *S.C.F.P.*, précitée, a été d'éviter d'intervenir lorsque la décision du tribunal administratif, erronée ou non, était raisonnable. En d'autres termes, seules les erreurs de droit déraisonnables portent atteinte à la juridiction. L'extrait suivant de l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 237, cité à maintes reprises par la suite, est devenu l'énoncé classique de l'approche de cette Cour:

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?

C'est là un test très sévère et qui marque une approche restrictive en ce qui concerne le contrôle judiciaire. C'est pourtant le test que cette Cour a appliqué et applique encore:

—dans l'affaire *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, où le juge en chef Laskin soulignait, à la p. 724, «qu'un simple doute quant à l'exactitude d'une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence»;

—dans l'arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923, où le juge en chef Laskin appliquait le test énoncé plus haut en présence d'une clause «quasi-privative», qui préservait le recours au *certiorari* mais conférait au tribunal administratif une juridiction finale et sans appel;

—in *St. Luc Hospital v. Lafrance*, [1982] 1 S.C.R. 974, where Chouinard J. used the *C.U.P.E.* test in a case not involving any privative clause respecting evocation;

—finally, and more recently, *C.L.R.B. v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269 and *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176.

As this argument does not question the arbitrator's initial jurisdiction to rule on the award or to substitute his opinion for that of the employer, I cite these decisions in support of a rule, and to the extent that they enunciate a rule, which clearly applies to non-jurisdictional errors, without thereby stating any position on the effect of these decisions on the rule that must be applied to errors granting jurisdiction.

In looking for an error which might affect jurisdiction, the emphasis placed by this Court on the dichotomy of the reasonable or unreasonable nature of the error casts doubt on the appropriateness of making, on this basis, a distinction between error of law and error of fact. In addition to the difficulty of classification, the distinction collides with that given by the courts to unreasonable errors of fact. An unreasonable error of fact has been categorized as an error of law. The distinction would mean that this error of law is then protected by the privative clause unless it is unreasonable. What more is needed in order that an unreasonable finding of fact, in becoming an error of law, becomes an unreasonable error of law? An administrative tribunal has the necessary jurisdiction to make a mistake, and even a serious one, but not to be unreasonable. The unreasonable finding is no less fatal to jurisdiction because the finding is one of fact rather than law. An unreasonable finding is what justifies intervention by the courts.

Not only is the distinction between error of law and of fact superfluous in light of an unreasonable finding or conclusion, but the reference to error itself is as well. Indeed, though all errors do not

—dans l'arrêt *Hôpital St-Luc c. Lafrance*, [1982] 1 R.C.S. 974, où le juge Chouinard utilisait le test de l'arrêt *S.C.F.P.* en l'absence de toute clause privative quant à l'évocation;

—enfin, plus récemment, dans les affaires *C.C.R.T. c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, et *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176.

Comme ce moyen ne conteste pas la compétence initiale de l'arbitre de se prononcer sur la sentence ni celle qu'il a de substituer son opinion à celle de l'employeur, je cite ces décisions au soutien d'une règle et dans la mesure où elles énoncent une règle qui s'applique sûrement aux erreurs non-attributives de compétence, sans pour autant me prononcer ici sur la portée de ces décisions sur la règle que l'on doit appliquer à celles qui sont attributives de compétence.

Dans la recherche de l'erreur portant atteinte à la juridiction, l'emphase placée par cette Cour sur la dichotomie du caractère raisonnable-déraisonnable de l'erreur remet en question l'opportunité de faire, à même celle-ci, la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Outre la difficulté de qualification, la distinction se bute à celle que les tribunaux ont donné aux erreurs de fait déraisonnables. L'erreur de fait déraisonnable a été qualifiée d'erreur de droit. La distinction voudrait qu'en un deuxième temps cette erreur de droit soit à l'abri de la clause privative à moins d'être déraisonnable. Que faut-il de plus à la conclusion de fait déraisonnable, pour que, en devenant erreur de droit elle devienne une erreur de droit déraisonnable. Le tribunal administratif a la compétence voulue pour se tromper, et même gravement, mais n'a pas celle d'être déraisonnable. Ce qui est déraisonnable n'atrophie pas moins la juridiction du fait que la conclusion en est une de fait plutôt que de droit. La justification de l'intervention judiciaire est la conclusion déraisonnable.

Non seulement la distinction entre l'erreur de droit et celle de fait est superfétatoire en regard d'une détermination ou d'une conclusion déraisonnable, mais la référence à l'erreur elle-même l'est

lead to unreasonable findings, every unreasonable finding results from an error (whether of law, fact, or a combination of the two), which is unreasonable.

In conclusion, an unreasonable finding, whatever its origin, affects the jurisdiction of the tribunal. I hasten to add that the distinction between an error of law and one of fact is still entirely valid when the tribunal is not protected by a privative clause. Indeed, though all errors of law are then subject to review, only unreasonable errors of fact are, but no others.

Accordingly, the arbitrator in the case at bar only exceeded his jurisdiction if the award he made is unreasonable in light of the wording of s. 128 and/or the evidence. In this context, the arbitrator might have erred on four different points:

1. he interpreted the words "dismissed without good and sufficient cause" unreasonably;
2. he applied this test unreasonably to the facts of the case;
3. he gave an unreasonable interpretation of the various powers conferred on him by s. 128;
4. having regard to the evidence, he substituted an unreasonable penalty for that chosen by the employer.

It was not seriously argued in this Court that the arbitrator interpreted s. 128 unreasonably (questions 1 and 3). So far as the interpretation of the words "dismissed without good and sufficient cause" is concerned (question 1), respondent cited the decision of this Court in *Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 536. In that case, five employees had submitted a complaint to the labour commissioner pursuant to s. 16 of the *Labour Code* (then s. 15), alleging that they had been dismissed because they exercised a right enuring to them under the Code.

15. When an employee is dismissed, suspended or transferred by the employer or his representative because of the exercise by such employee of a right arising from this Code, the labour commissioner may

tout autant. En effet, si toutes les erreurs n'aboutissent pas à des déterminations déraisonnables, toute détermination déraisonnable résulte d'une erreur (de droit, de fait, et d'une combinaison des deux, peu importe) qui, elle, est déraisonnable.

En conclusion, une détermination déraisonnable, quelle qu'en soit la source, porte atteinte à la juridiction du tribunal. Je m'empresse de rappeler que la distinction entre l'erreur de droit et celle de fait conserve par ailleurs toute son utilité lorsque le tribunal n'est pas à l'abri d'une clause privative. En effet, quoique toutes les erreurs de droit sont dès lors sujettes à révision, seules les erreurs de fait déraisonnables le sont, mais pas les autres.

Donc, l'arbitre en l'espèce n'a excédé sa juridiction que si la sentence qu'il a rendue est déraisonnable compte tenu du texte de l'art. 128 et de la preuve ou des deux. Dans ce contexte, l'arbitre est susceptible d'avoir erré sur quatre questions différentes:

1. il a interprété de façon déraisonnable les mots «congédié sans cause juste et suffisante»;
2. il a appliqué ce critère de façon déraisonnable aux faits de l'espèce;
3. il a interprété de façon déraisonnable les divers pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 128;
4. il a, en regard de la preuve, substitué une sanction déraisonnable à celle choisie par l'employeur.

Or, il n'y a pas, devant cette Cour, d'argument sérieux à l'effet que l'arbitre a interprété de façon déraisonnable l'art. 128 (questions 1 et 3). En ce qui concerne l'interprétation des mots «congédié sans cause juste et suffisante» (question 1), l'intimée a invoqué l'arrêt de cette Cour dans *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536. Dans cette affaire, cinq salariés avaient soumis une plainte au commissaire du travail conformément à l'art. 16 du *Code du travail* (alors l'art. 15) alléguant avoir été congédiés à cause de l'exercice d'un droit résultant du Code.

15. Lorsqu'un salarié est congédié, suspendu ou déplacé par l'employeur ou son agent à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présent code, le commissaire du travail peut ordonner à l'em-

order the employer to reinstate such employee in his employment, within eight days of the service of the decision, with all his rights and privileges, and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to dismissal, suspension or transfer.

That indemnity is due in respect of the whole period comprised between the time of dismissal, suspension or transfer and that of the carrying out of the order, or the default of the employee to resume his employment after having been duly recalled by his employer.

If the employee has worked elsewhere during the above mentioned period, the salary which he so earned shall be deducted from such indemnity.

16. An employee who believes that he has been illegally dismissed, suspended or transferred by reason of the exercise of a right which devolves on him under this code must, if he wishes to take advantage of section 15, present or mail his complaint in writing to the labour commissioner-general within fifteen days of the dismissal, suspension or transfer. The labour commissioner-general shall appoint a labour commissioner to make an investigation and decide as to the complaint.

17. If it is shown to the satisfaction of the labour commissioner seized of the matter that the employee exercises a right accorded to him by this code, there shall be a presumption in his favour that he was dismissed, suspended or transferred because he exercised such right, and the burden of proof that the employee was dismissed, suspended or transferred for another good and sufficient reason shall be upon the employer.

This was the context in which Chouinard J. had to interpret the final words of the presumption stated in s. 17 (then s. 16): "and the burden of proof that the employee was dismissed, suspended or transferred for *another good and sufficient reason* shall be upon the employer". After briefly reviewing the construction placed on these words by the courts, Chouinard J. concluded (at p. 547):

As his jurisdiction consisted of determining whether the other reason cited by the employer was a substantive reason as opposed to a pretext, and whether it constituted the true reason for the dismissal, by ruling on the severity of the penalty as compared with the seriousness of the wrongful act the judge substituted his judgment for that of the employer. In doing so he exceeded his jurisdiction, and this is the basis for the writ of evocation.

ployeur de réintégrer ce salarié dans son emploi avec tous ses droits et privilèges dans les huit jours de la signification de la décision et de lui verser, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

Cette indemnité est due pour toute la période comprise entre le moment du congédiement, de la suspension ou du déplacement et celui de l'exécution de l'ordonnance ou du défaut du salarié de reprendre son emploi après avoir été dûment rappelé par l'employeur.

Si le salarié a travaillé ailleurs au cours de la période précitée, le salaire qu'il a ainsi gagné doit être déduit de cette indemnité.

16. Le salarié qui croit avoir été illégalement congédié, suspendu ou déplacé à cause de l'exercice d'un droit lui résultant du présent code doit, s'il désire se prévaloir des dispositions de l'article 15, soumettre sa plainte par écrit au commissaire général du travail dans les quinze jours du congédiement, de la suspension ou du déplacement, ou la mettre à la poste à l'adresse du commissaire générale du travail dans ce délai. Ce dernier désigne un commissaire du travail pour faire enquête et disposer de la plainte.

17. S'il est établi à la satisfaction du commissaire du travail saisi de l'affaire que le salarié exerce un droit lui résultant du présent code, il y a présomption en sa faveur qu'il a été congédié, suspendu ou déplacé à cause de l'exercice de ce droit, et il incombe à l'employeur de prouver que le salarié a été congédié, suspendu ou déplacé pour une autre cause, juste et suffisante.

C'est dans ce contexte que le juge Chouinard a été appelé à interpréter les derniers mots de la présomption énoncée à l'art. 17 (alors l'art. 16): «et il incombe à l'employeur de prouver que le salarié a été congédié, suspendu ou déplacé pour une *autre cause juste et suffisante*». Après une brève revue de l'interprétation jurisprudentielle de ces mots, le juge Chouinard conclut (à la p. 547):

Sa juridiction consistant à déterminer si l'autre cause invoquée par l'employeur est une cause sérieuse par opposition à un prétexte, et si elle constitue la cause véritable du congédiement, en se prononçant sur la rigueur de la sanction eu égard à la gravité de la faute, le juge a substitué son jugement à celui de l'employeur. En ce faisant il a excédé sa juridiction ce qui donne ouverture au bref d'évocation.

Respondent is therefore arguing that under s. 128 an arbitrator does not have to weigh the "sufficiency" of the cause and must refrain from acting once he finds there is a good cause for the penalty chosen by the employer.

L'intimée soutient donc que l'arbitre n'a pas, sous l'art. 128, à apprécier la «suffisance» de la cause et qu'il doit s'abstenir d'agir dès qu'il trouve une raison sérieuse motivant la sanction choisie par l'employeur.

I agree with the Court of Appeal that this case does not apply to the case at bar. The construction given by Chouinard J. must be placed in the context of ss. 15 *et seq.* of the *Labour Code*, which provide a remedy against dismissal that is unlawful because it results from the exercise by an employee of a right conferred on him by the Code. In the context of this remedy, the employee benefits from the presumption of s. 17 of the Code, and the commissioner's role is very limited in light of this presumption: he is only required to ensure that "the other reason" cited by the employer is not a pretext to mask an unlawful dismissal. This is a long way from s. 128 of the *Act respecting labour standards*, since a labour commissioner acting under ss. 15 *et seq.* of the *Labour Code* is not required, as an arbitrator appointed by the Commission des normes du travail is, to review the reasonableness of the exercise of the disciplinary power of the employer *but its legality*. Any question regarding the proportionality of the penalty is thus beyond the immediate limits of his inquiry.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel que cet arrêt ne s'applique pas en l'espèce. L'interprétation retenue par le juge Chouinard doit être replacée dans le contexte des art. 15 et suiv. du *Code du travail*, qui prévoient un recours contre le congédiement illégal parce que fondé sur l'exercice par le salarié d'un droit qui lui est garanti par le Code. Dans le cadre de ce recours, le salarié bénéficie de la présomption de l'art. 17 du Code, et relativement à cette présomption le rôle du commissaire est très mince; il n'a qu'à s'assurer que «l'autre cause» invoquée par l'employeur n'est pas un prétexte camouflant un congédiement illégal. On est donc bien loin de l'art. 128 de la *Loi sur les normes du travail*, puisque le commissaire du travail agissant sous les art. 15 et suiv. du *Code du travail* ne se trouve pas, comme c'est le rôle de l'arbitre nommé par la Commission des normes du travail, à réviser le caractère raisonnable de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur *mais sa légalité*. Toute question relative à la proportionnalité de la sanction est donc au delà des fins immédiates de son enquête.

For my part, I consider that the words "good and sufficient" in s. 128 must be given a meaning, and it is that there has to be a cause which in the arbitrator's opinion is significant enough to warrant a dismissal. In other words, there is no good and sufficient cause if the arbitrator considers that the penalty of dismissal was disproportionate to the wrongful act. This is the interpretation applied by the arbitrator in the case at bar: he concluded that there was no good and sufficient cause since in his view Mr. Blanchard's action was not wrongful enough to justify his dismissal. I therefore consider that the interpretation of these words by the arbitrator (question 1, *supra*) is not only reasonable but correct. I will return below to the question of how these words apply to the facts in the case at bar (question 2, *supra*).

Je suis d'avis, pour ma part, qu'il faut donner un sens aux mots «juste et suffisante» dans l'art. 128 et qu'ils signifient qu'il doit exister une cause qui, selon l'arbitre, est suffisamment importante pour justifier un congédiement. En d'autres termes, il n'y a pas de cause juste et suffisante si, dans l'esprit de l'arbitre, le congédiement est une sanction disproportionnée par rapport à la faute. C'est l'interprétation qu'a retenue l'arbitre en l'espèce: il a conclu à l'absence de cause juste et suffisante puisqu'à son avis la faute de M. Blanchard n'était pas assez importante pour justifier son congédiement. Je crois donc que l'interprétation de ces mots par l'arbitre (question 1, précitée) est non seulement raisonnable, elle est aussi exacte. En ce qui concerne l'application de ces mots aux faits de l'espèce (question 2, précitée), j'y reviendrai plus loin.

As regards the interpretation by the arbitrator of the powers conferred on him by s. 128 (question 3, *supra*), I consider that it is also reasonable and so beyond judicial review. The Court of Appeal referred to the decision of this Court in *Heustis*, *supra*, to determine the scope of the arbitrator's powers under s. 128.

In that case, the adjudicator appointed pursuant to the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, had to determine whether the employer had good and sufficient reason to dismiss Mr. Heustis, but had no express power to substitute a lesser penalty. Dickson J., as he then was, concluded (at p. 783):

> There being nothing in either the agreement, or the Act, which expressly precludes the adjudicator's exercise of remedial authority, I am of the opinion that an adjudicator under the *Public Service Labour Relations Act* of New Brunswick has the power to substitute some lesser penalty for discharge where he had found just and sufficient cause for some disciplinary action, but not for discharge.

If that was true where there were no express remedial powers, *a fortiori* an arbitrator acting under s. 128 has the power to substitute a lesser penalty than that chosen by the employer. The terms of that section are clear: the arbitrator may order that the employee be reinstated, that an indemnity be paid to him, or he may "*render any other decision he believes fair and reasonable, taking into account all the circumstances of the matter*". In the case at bar, the arbitrator held that these provisions authorized him to substitute a four-month suspension for the dismissal, and once again, his construction of the law is reasonable and, be it said in passing, correct.

I therefore consider that the mis en cause arbitrator did not interpret the law unreasonably and did not exceed his jurisdiction (questions 1 and 3, *supra*).

However, a majority of the Court of Appeal held that the decision made by the arbitrator was unreasonable in view of the seriousness of appellant's act. In other words, the arbitrator was said

Quant à l'interprétation par l'arbitre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 128 (question 3, précitée) je suis d'avis qu'elle est tout aussi raisonnable et donc à l'abri du contrôle judiciaire. La Cour d'appel s'est référée à la décision de cette Cour dans l'affaire *Heustis*, précitée, pour déterminer l'étendue des pouvoirs de l'arbitre sous l'art. 128.

Dans cette affaire, l'arbitre des griefs nommé en vertu de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, devait déterminer si l'employeur avait une cause juste et suffisante pour congédier M. Heustis, mais ne disposait d'aucun pouvoir exprès de substituer une sanction moindre. Le juge Dickson, alors juge puîné, concluait (à la p. 783):

> En l'absence de quelque disposition de la convention et de la Loi interdisant expressément l'exercice de pouvoirs réparateurs par l'arbitre, je suis d'avis qu'un arbitre agissant en vertu de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* du Nouveau-Brunswick a le pouvoir de remplacer un congédiement par une sanction moindre lorsqu'il conclut qu'une cause juste et suffisante justifie une mesure disciplinaire mais non un congédiement.

En effet, si tel était le cas en l'absence de pouvoirs réparateurs exprès, à fortiori l'arbitre agissant sous l'art. 128 a-t-il le pouvoir de substituer une sanction moindre à celle choisie par l'employeur. Les termes de cet article sont clairs: l'arbitre peut ordonner la réintégration du salarié, le paiement d'une indemnité, ou «*rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire*». En l'espèce, l'arbitre a jugé que ces dispositions l'autorisaient à substituer une suspension de quatre mois au congédiement et encore une fois, son interprétation de la loi est raisonnable, et, soit dit en passant, exacte.

Je suis donc d'avis que l'arbitre mis en cause n'a pas interprété la loi de façon déraisonnable et n'a pas excédé sa juridiction (questions 1 et 3, précitées).

Toutefois, la majorité de la Cour d'appel soutient que la sentence rendue par l'arbitre est déraisonnable compte tenu de la gravité de la faute de l'appelant. En d'autres termes, ce qu'on reproche à

to have erred in his application of the law to the facts of the case (questions 2 and 4, *supra*).

As I mentioned earlier, the arbitrator was said to have erred in two ways, namely by deciding that appellant's wrongful act did not justify dismissal and by imposing a penalty which was too light in view of the seriousness of the act. The court will only intervene if it is persuaded that the arbitrator made an unreasonable award. In coming to such a conclusion, the courts should always be mindful of the fact that an arbitrator is in a far better position to assess the impact of the award. It needs to be said again that administrative tribunals exist to provide solutions to disputes that can be best solved by a decision-making process other than that available in the courts. Often, too, the administrative "judge" is better trained and better informed on the area of his jurisdiction, and has access to information which more often than not does not find its way into the record submitted to the court. To this must be added the fact that the arbitrator saw and heard the parties.

In the case at bar, he chose to impose a four-month suspension without pay for an act which was unquestionably very reprehensible. He found that appellant's wrongful act did not justify his dismissal, taking all the circumstances into account.

The Court naturally condemns the actions of appellant and is fully in agreement with the arbitrator that those actions should be penalized. As to whether the penalty should have been dismissal or something less is a question for the arbitrator to decide.

For my part I was not persuaded that the arbitrator's decision, that the dismissal was not justified in the circumstances, was not based on a rational and reasonable assessment of the circumstances of the case and the rules applicable to the matter.

This Court may or may not agree with an arbitrator's award, but that does not authorize it to substitute its own opinion for that of an arbitrator who has acted in accordance with his enabling

l'arbitre, c'est son application de la loi aux faits en l'espèce, (questions 2 et 4, précitées).

Comme je l'ai mentionné précédemment, on accuse l'arbitre d'avoir erré de deux façons soit en ayant jugé que la faute de l'appelant ne justifiait pas un congédiement et en ayant imposé une sanction trop légère compte tenu de la gravité de cette faute. La cour n'interviendra que si elle est satisfaite que l'arbitre a rendu une sentence déraisonnable. C'est une conclusion à laquelle les tribunaux ne devraient arriver qu'en se rappelant que l'arbitre est éminemment mieux placé pour juger de l'impact de la décision. En effet, faut-il encore le rappeler, les tribunaux administratifs répondent au besoin d'apporter des solutions à des conflits qui se prêtent mieux à un procédé décisionnel autre que celui qu'offrent les tribunaux judiciaires. Souvent, aussi, le «juge» administratif est mieux formé et mieux renseigné sur le milieu où s'exerce sa compétence, et a accès à des renseignements qui ne se retrouvent pas, plus souvent qu'autrement, au dossier soumis à la cour. À cela s'ajoute le fait que l'arbitre a vu et entendu les parties.

Il a choisi en l'espèce d'imposer une suspension de quatre mois sans salaire pour un geste qui est sans contredit très répréhensible. Il a jugé que la faute de l'appelant ne justifiait pas son congédiement, compte tenu de toutes les circonstances.

Bien entendu, la Cour réprouve les gestes de l'appelant et se dit pleinement d'accord avec l'arbitre que de tels gestes méritent sanction. Quant à savoir si cette sanction doit être le congédiement ou une sanction moindre, c'est là la question, même s'il n'y en avait qu'une, qui est du ressort de l'arbitre.

Pour ma part, on ne m'a pas convaincu que la décision de l'arbitre à l'effet que le congédiement n'était pas justifié en l'espèce n'est pas fondée sur une appréciation rationnelle et raisonnable des circonstances de l'affaire et des règles applicables en la matière.

Cette Cour peut être d'accord ou pas avec la sentence arbitrale, cela ne l'autorise pas à substituer son opinion à celle d'un arbitre qui a agi conformément à sa loi habilitante et d'une façon

legislation and in a manner which is not "patently unreasonable". It is clear that the arbitrator took into account all the circumstances surrounding the dismissal and that he concluded that Mr. Blanchard had been dismissed for various reasons, only one of which was his acceptance of bribes. It is conceivable that in most circumstances, such a wrongful act would be a good and sufficient reason for dismissal. However, it was not shown that in light of the facts considered by the arbitrator and his privileged position, he made an unreasonable decision by imposing a lesser penalty on appellant.

With respect, therefore, it seems to me that the Court of Appeal erred in accepting this argument of the employer.

(C) Insufficiency of reasons given

There remains the final argument of respondent, which was also accepted by the Court of Appeal, that insufficient reasons were given for the arbitrator's award and that therefore it is "void and rendered entirely without jurisdiction".

In my view, this argument must be dismissed. Assuming for the purposes of argument that the reasons were in fact insufficient or ambiguous, as respondent suggested, this is an error of law apparent on the face of the record.

[TRANSLATION] Error of law may also be pleaded to deal with insufficiency apparent on the record of the reasons given for the decisions of administrative bodies.

(*Principes de contentieux administratif*, G. Pépin and Y. Ouellette, 2nd ed., 1982, Yvon Blais Inc., at p. 277.)

Where there is a privative clause such errors are beyond judicial review except in accordance with the rules discussed above. Additionally, it is hard to see how such a deficiency in the reasons could affect the arbitrator's jurisdiction to hear the case and to render the decision he thinks proper, except to the extent that the insufficiency of the reasons is so great that it amounts to an infringement of the rules of natural justice.

qui n'est pas «manifestement déraisonnable». Or, il est clair que l'arbitre a tenu compte de toutes les circonstances entourant le congédiement et qu'il en a conclu que M. Blanchard a été congédié pour diverses raisons, dont l'acceptation de «pots-de-vin» n'est qu'un élément. Il est concevable que dans la plupart des circonstances, une telle faute sera une cause juste et suffisante de congédiement. Toutefois, il n'a pas été démontré que, en regard des faits qu'a considérés l'arbitre et de sa position privilégiée, celui-ci a rendu une sentence déraisonnable en imposant une sanction moindre à l'appelant.

Avec respect, il me semble donc que la Cour d'appel a erré en acceptant cet argument de l'employeur.

C) L'insuffisance de la motivation

Reste donc le dernier argument de l'intimée, que la Cour d'appel a accepté aussi, à l'effet que la sentence arbitrale est insuffisamment motivée et qu'elle est donc «nulle et rendue en l'absence de toute juridiction».

À mon avis, cet argument doit être rejeté. Tenant pour acquis, pour les fins de la discussion, que les motifs sont effectivement insuffisants ou ambigus, comme le suggère l'intimée, il s'agit d'une erreur de droit apparente à la lecture du dossier.

L'erreur de droit pourra aussi être plaidée pour contrôler l'insuffisance apparente au dossier de la motivation des décisions des organismes administratifs.

(*Principes de contentieux administratif*, G. Pépin et Y. Ouellette, 2e éd., 1982, Yvon Blais Inc., à la p. 277.)

Or, en présence d'une clause privative, de telles erreurs sont à l'abri du contrôle judiciaire, sauf en conformité avec les principes que j'ai énoncés précédemment. Au surplus, il m'est difficile de voir comment un tel défaut dans les motifs pourrait porter atteinte à la juridiction de l'arbitre d'entendre le litige et de rendre la décision qu'il juge appropriée, sauf dans la mesure ou l'insuffisance des motifs est tellement importante qu'elle équivaut à une violation des règles de justice naturelle.

That does not appear to be the case here. There was no total absence of reasons. Even if as respondent suggests the decision was not very well worded, the arbitrator's reasons are intelligible and it is possible to understand the basis for his decision. Such a wording is far from amounting to an infringement of the rules of natural justice. I would therefore dismiss this last argument.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore that of the Superior Court denying the writ of evocation. Respondent will pay costs in all courts, except to the mis en cause arbitrator in this Court, as the latter filed no factum.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Canuel, Quidoz, Tremblay, Blier, Castonguay & Sylvain, Montréal.

Solicitors for the respondent: Vermette, Dunton & Associés, Montréal.

Il me semble que ce n'est pas le cas ici. Il n'y a pas absence totale de motifs. Même si, selon l'intimée, la formulation de la sentence n'est pas des plus heureuses, les motifs de l'arbitre sont intelligibles et permettent de comprendre les fondements de sa décision. Cette formulation est loin d'équivaloir à une violation des règles de justice naturelle. Je rejetterais donc ce dernier argument.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, casserais le jugement de la Cour d'appel et rétablirais celui de la Cour supérieure refusant l'émission du bref d'évocation. L'intimée payera les frais dans toutes les cours sauf dans cette Cour à l'arbitre mis en cause, celui-ci n'ayant pas produit de mémoire.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Canuel, Quidoz, Tremblay, Blier, Castonguay & Sylvain, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Vermette, Dunton & Associés, Montréal.

Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Udeco Inc. and Gaston Desmeules *Respondents*;

and

Prêt Hypothécaire, The Honourable Guy Joron *et al.* and The Honourable Jacques Parizeau *Mis en cause*;

and

Attorney General of Canada and Deputy Attorney General for Ontario *Interveners.*

and between

Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés *Appellants*;

and

Udeco Inc. and Gaston Desmeules *Respondents*;

and

Prêt Hypothécaire, The Honourable Guy Joron *et al.* and The Honourable Jacques Parizeau *Mis en cause*;

and

Attorney General of Canada and Deputy Attorney General for Ontario *Interveners.*

File Nos.: 17595 and 17622.

1984: May 23, 24; 1984: November 22.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Companies — Provincial securities legislation empowering minister to suspend powers of board of directors of company and to appoint provisional administrator — Nature of Minister's power — Whether power is one of those exercised by the courts referred to in s. 96 of the Constitution — Securities Act, R.S.Q. 1977, c. V-1, s. 112 — Constitu-

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Udeco Inc. et Gaston Desmeules *Intimés*;

et

Le Prêt Hypothécaire, monsieur le ministre Guy Joron *et al.* et monsieur le ministre Jacques Parizeau *Mis en cause*;

et

Le procureur général du Canada et le sous-procureur général de l'Ontario *Intervenants.*

et entre

Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés *Appelants*;

et

Udeco Inc. et Gaston Desmeules *Intimés*;

et

Le Prêt Hypothécaire, monsieur le ministre Guy Joron *et al.* et monsieur le ministre Jacques Parizeau *Mis en cause*;

et

Le procureur général du Canada et le sous-procureur général de l'Ontario *Intervenants.*

N^os du greffe: 17595 et 17622.

1984: 23, 24 mai; 1984: 22 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Compagnies — Loi provinciale sur les valeurs mobilières autorisant le ministre à suspendre les pouvoirs du conseil d'administration d'une compagnie et à nommer un administrateur provisoire — Nature du pouvoir du ministre — S'agit-il d'un pouvoir de la nature de ceux exercés par les cours visées à l'art. 96 de la Constitution? — Loi sur les

tion Act, 1867, s. 96 — Code of Civil Procedure, art. 33.

The Quebec Commission des valeurs mobilières held a hearing on the activities and operations of Prêt Hypothécaire and found that the administrative practices and the deterioration in the financial situation of the company tended to depreciate the value of the instruments issued by it. In accordance with s. 112 of the *Securities Act*, the Minister of Consumer Affairs, Cooperatives and Financial Institutions, following a recommendation by the Commission and after hearing the parties, suspended the powers of the Prêt Hypothécaire board of directors and appointed a provisional administrator to administer the company. Respondents brought a direct action in nullity in the Superior Court to quash the Minister's order. This action was dismissed. On appeal, the Court of Appeal reversed this judgment and held s. 112 *ultra vires* the Quebec legislature, in so far as it confers on the Minister the power to suspend the powers of the board of directors of a company trading in securities, and to substitute a provisional administrator therefor. The Attorney General of Quebec and the provisional administrators appealed this decision. This appeal is to determine whether the Quebec legislature infringed s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

Held: The appeal should be allowed.

The power of the Minister to suspend the board of directors of a company and replace it with a provisional administrator is not unconstitutional. The power exercised by the Minister is an administrative and not a judicial power because there was no real issue between the parties and the Minister's decision was based not on considerations of legality but on considerations of expediency. These two criteria, referred to in the earlier cases, suffice to determine the nature of this power.

In any case, the power in question is not one of those which was exercised by the Superior Court at the time of Confederation. The superintending and reforming power of that Court over bodies politics and corporate, established by art. 33 *C.C.P.*, has always applied to abuse of authority and fraud. In the present state of the law, a superior court could not suspend a board of directors and substitute another for it based on reasons of economic expediency.

Re Residential Tenancies Act, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413; *Attorney General*

valeurs mobilières, L.R.Q. 1977, chap. V-1, art. 112 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Code de procédure civile, art. 33.

La Commission des valeurs mobilières du Québec a tenu une enquête sur les activités et les opérations de la société Prêt Hypothécaire et a constaté que les pratiques administratives ainsi que la dégradation de la situation financière de cette société étaient de nature à déprécier la valeur des titres émis par celle-ci. Conformément à l'art. 112 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, le ministre des Consommateurs, Coopératives et Institutions financières a, à la suite d'une recommandation de la Commission et après audition des parties, suspendu les pouvoirs du conseil d'administration de la société Prêt Hypothécaire et confié son administration à un administrateur provisoire. Les intimés ont intenté en Cour supérieure une action directe en nullité pour casser l'ordonnance du Ministre. Cette action a été rejetée. En appel, la Cour d'appel a infirmé ce jugement et déclaré l'art. 112 *ultra vires* de la législature du Québec en autant qu'il confère au Ministre le pouvoir de suspendre les pouvoirs du conseil d'administration d'une société faisant le commerce des valeurs mobilières et d'y substituer une administration provisoire. Le procureur général du Québec et les administrateurs provisoires en appellent de cette décision. Le présent pourvoi vise à déterminer si la législature du Québec a violé l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le pouvoir du Ministre de suspendre le conseil d'administration d'une compagnie et de lui substituer un administrateur provisoire n'est pas inconstitutionnel. Le pouvoir exercé par le Ministre est un pouvoir administratif et non judiciaire parce qu'il n'y a pas de véritable litige entre les parties et parce que la décision du Ministre est fondée non pas sur des considérations de légalité mais sur des considérations d'opportunité. Ces deux critères, mentionnés par la jurisprudence, suffisent ici pour déterminer la nature de ce pouvoir.

De toute manière, le pouvoir en question n'est pas de ceux qu'exerçait la Cour supérieure au moment de la Confédération. Le pouvoir de surveillance et de contrôle de cette cour à l'endroit des corps politiques et des corporations, consacré par l'art. 33 *C.p.c.*, a toujours visé l'excès de pouvoir et la fraude. Dans l'état actuel du droit, une cour supérieure ne pourrait suspendre un conseil d'administration et lui en substituer un autre en se fondant sur des motifs d'opportunité économique.

Jurisprudence: arrêts suivis: *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Gouvernement de la Sas-*

of Quebec and Régie du logement v. Grondin, [1983] 2 S.C.R. 364, followed; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Giroux v. Maheux*, [1947] Que. K.B. 163; *Re Ashby*, [1934] 3 D.L.R. 565; *Re Davisville Investment Co. and City of Toronto* (1977), 15 O.R. (2d) 553; *Hébert v. School Commissioners of St-Félicien* (1921), 62 S.C.R. 174; *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Crevier v. Paquin*, [1975] C.S. 260; *Lagacé v. Lagacé*, [1966] C.S. 489; *Blitt v. Congregation Ajudath Acham of Sherbrooke* (1926), 64 C.S. 303, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 43, 1 D.L.R. (4th) 609, setting aside a judgment of the Superior Court, J.E. 80-924. Appeal allowed.

Jean-K. Samson and *Jean Bouchard*, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Pierre Delisle and *Jacques Paquet*, for the appellants Laliberté, Lanctôt, Morin et Associés.

No one appearing for the respondents and the mis en cause.

Jean-Claude Ruelland, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Lorraine E. Weinrib, for the intervener the Deputy Attorney General for Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—The constitutional question, the only one raised by this appeal, was formulated by an order of Beetz J.:

In view of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, is s. 112 of the Quebec *Securities Act* (R.S.Q. 1977, c. V-1) *intra vires* the Quebec legislature in so far as it empowers the Minister of Consumer Affairs, Cooperatives and Financial Institutions to suspend the powers of the board of directors of a company trading in securities and replace it with a provisional administration?

Section 112 of the *Securities Act* reads as follows:

112. If the Commission, on an investigation made under section 53, deems that there has been mal-

katchewan, [1981] 2 R.C.S. 413; *Procureur général du Québec et Régie du logement c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; arrêts mentionnés: *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Giroux c. Maheux*, [1947] B.R. 163; *Re Ashby*, [1934] 3 D.L.R. 565; *Re Davisville Investment Co. and City of Toronto* (1977), 15 O.R. (2d) 553; *Hébert v. School Commissioners of St-Félicien* (1921), 62 R.C.S. 174; *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Crevier c. Paquin*, [1975] C.S. 260; *Lagacé c. Lagacé*, [1966] C.S. 489; *Blitt c. Congregation Ajudath Acham of Sherbrooke* (1926), 64 C.S. 303.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 43, 1 D.L.R. (4th) 609, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 80-924. Pourvoi accueilli.

Jean-K. Samson et *Jean Bouchard*, pour l'appelant le procureur général du Québec.

Pierre Delisle et *Jacques Paquet*, pour les appelants Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés.

Personne n'a comparu pour les intimés et les mis en cause.

Jean-Claude Ruelland, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lorraine E. Weinrib, pour l'intervenant le sous-procureur général de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—La question constitutionnelle, la seule question soulevée par ce pourvoi, a été formulée par ordonnance du juge Beetz:

Compte tenu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'art. 112 de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec (L.R.Q. 1977, chap. V-1) est-il *intra vires* des pouvoirs de la législature du Québec dans la mesure où il attribue au ministre des Consommateurs, Coopératives et Institutions financières, le pouvoir de suspendre les pouvoirs du Conseil d'administration d'une corporation faisant le commerce des valeurs mobilières et d'y substituer une administration provisoire?

L'article 112 de la *Loi sur les valeurs mobilières* est rédigé en ces termes:

112. Si, à l'occasion d'une enquête faite en vertu de l'article 53, la commission juge qu'il y a eu malversa-

feasance, breach of trust or any other misconduct by one or more members of the board of directors or several of its officers, or that such board or person is seriously remiss in the performance of the obligations imposed on it or him by this act or resorts to management practices tending to depreciate the value of the instruments issued by the said company, the Commission shall recommend to the Minister that the powers of such board be suspended and an administrator be appointed.

The Commission may also act in such a way whenever it issues an order under section 80 and also at any time when it deems that the interests of holders of securities must be protected.

Before suspending the powers of such board, the Minister shall give to such company or person the opportunity to make his or its representations.

The administrator shall remain in office until the end of the period for which he has been appointed unless the Minister terminates his mandate sooner.

The administrator so appointed shall have full power to dispose of, alienate and wind up all the property owned by such person or company or held in trust by such person or company on behalf of any other person or company.

The administrator shall, as soon as his mandate has expired, make to the Minister and the Commission a complete report on his findings.

The Minister, as soon as he has received the report of the administrator, may:

(*a*) dismiss from office the members of the board of directors and order the holding of a special meeting of the shareholders to elect new members of the board; or

(*b*) order, on the conditions that he determines, the winding-up of the company and appoint a liquidator.

The decision of the Minister ordering the winding-up shall have the same effect as an order made by a judge of the Superior Court under section 25 of the Winding-Up Act (chapter L-4).

Section 53, referred to in s. 112, reads as follows:

53. The Commission may, at any time, on its own authority or following a complaint, make any investigation, question any person, require any information and examine any document or thing, in order to ascertain if a fraudulent act or offence against this act or the regulations has been or is about to be committed.

tion, abus de confiance ou autres inconduites d'un ou de plusieurs membres du conseil d'administration ou de plusieurs de ses officiers, ou qu'un tel conseil ou qu'une telle personne manque gravement aux obligations qui lui sont imposées par la présente loi ou s'adonne à des pratiques administratives qui sont de nature à déprécier la valeur des titres émis par ladite compagnie, elle doit recommander au ministre que les pouvoirs de ce conseil soient suspendus, avec la nomination d'un administrateur.

La commission peut également agir ainsi lorsqu'elle émet une ordonnance en vertu de l'article 80, et de même en tout temps, lorsqu'elle juge que les intérêts de détenteurs de valeurs mobilières doivent être protégés.

Avant de suspendre les pouvoirs de ce conseil, le ministre doit donner à cette compagnie ou personne l'occasion de faire valoir son point de vue.

L'administrateur demeure en fonction jusqu'à l'expiration de la période pour laquelle il a été nommé, à moins que le ministre ne mette fin à son mandat plus tôt.

L'administrateur ainsi nommé détient tous les pouvoirs de disposition ou d'aliénation et de liquidation de tous les biens appartenant à la personne ou compagnie, ou détenus en fiducie par la personne ou compagnie pour toute autre personne ou compagnie.

L'administrateur doit, dès que son mandat est expiré, faire au ministre et à la commission un rapport complet de ses constatations.

Le ministre peut, dès qu'il a reçu le rapport de l'administrateur:

a) déclarer déchus de leur fonction, les membres du conseil d'administration et ordonner la tenue d'une assemblée spéciale des actionnaires pour procéder à l'élection de nouveaux membres du conseil; ou

b) ordonner, aux conditions qu'il détermine, la liquidation de la compagnie et nommer un liquidateur.

La décision du ministre ordonnant la liquidation a le même effet qu'une ordonnance rendue par un juge de la Cour supérieure en vertu de l'article 25 de la Loi sur la liquidation des compagnies (chapitre L-4).

L'article 53 auquel réfère l'art. 112 est comme suit:

53. La commission peut, en tout temps, de son chef ou à la suite d'une plainte, faire toute enquête, interroger toute personne, exiger tout renseignement et examiner tout document ou pièce, afin de se rendre compte si un acte frauduleux ou une infraction à la présente loi ou aux règlements a été commise ou est sur le point de l'être.

It may also authorize in writing any person to hold such investigations for it.

The facts underlying the dispute are summarized as follows by the Attorney General of Quebec in his submission:

[TRANSLATION] Prêt Hypothécaire is a legally established corporation the purposes of which are, *inter alia*, "to undertake lending and investment operations of all kinds, and in particular, to receive money on deposit and to create and issue receipts, bonds, bills, debentures and notes".

Accordingly, Prêt Hypothécaire is subject to the Quebec *Deposit Insurance Act* (R.S.Q. 1977, c. A-26) and the Board created by that Act, from which it had held a permit for several years.

On February 1, 1980 the Quebec Régie de l'assurance-dépôts (the Board) told Prêt Hypothécaire that it intended to suspend its permit on the grounds that "the said company no longer meets the conditions necessary for a permit and is insolvent or on the point of becoming so". At the same time, the Board invited directors of the company to present their arguments at a hearing set for February 12, 1980.

On February 26, 1980 the Board suspended the permit of Prêt Hypothécaire, due to the deterioration in the company's financial situation.

Additionally, on March 25, 1980 the Board refused the application for renewal of its permit which Prêt Hypothécaire had previously made in the ordinary course of its business.

On March 26, 1980 the Quebec Commission des valeurs mobilières (the Commission), following a report by one of its officers on the financial situation of Prêt Hypothécaire, ordered that a hearing be held on the company's activities and operations pursuant to s. 53 of the *Securities Act*.

In this investigation the Commission found that the administrative practices and the deterioration in the financial situation of Prêt Hypothécaire tended to depreciate the value of the instruments issued by the company.

The Commission accordingly recommended that the Minister of Consumer Affairs, Cooperatives and Financial Institutions suspend the powers of the company's board of directors and appoint a provisional administrator pursuant to s. 112 of the *Securities Act*.

Elle peut aussi autoriser, par écrit, toute personne à faire pour elle de telles enquêtes.

Les faits à l'origine du litige sont résumés de la façon suivante par le procureur général du Québec dans son mémoire:

Le Prêt Hypothécaire est une corporation légalement constituée dont les objets sont notamment «de faire des opérations de prêts et de placements de toutes sortes et en particulier de recevoir de l'argent en dépôt et de créer et émettre des reconnaissances, obligations, bons et débentures ou billets».

A ce titre, le Prêt Hypothécaire est assujetti à la *Loi sur l'assurance-dépôts du Québec* (L.R.Q. 1977, c. A-26) et à la régie créée par cette Loi dont elle a détenu un permis pendant plusieurs années.

Le 1er février 1980, la Régie de l'assurance-dépôts du Québec (la Régie) informe le Prêt Hypothécaire qu'elle se propose de suspendre son permis aux motifs que «ladite société n'est plus dans les conditions requises pour obtenir son permis et qu'elle est insolvable ou sur le point de le devenir». Par la même occasion, la Régie invite les administrateurs de la société à faire valoir leur point de vue lors d'une audition fixée pour le 12 février 1980.

Le 26 février 1980, la Régie suspend le permis du Prêt Hypothécaire en raison de la détérioration de la situation financière de la société.

De plus, le 25 mars 1980, la Régie refuse la demande de renouvellement de permis que le Prêt Hypothécaire avait faite antérieurement dans le cours ordinaire de ses affaires.

Le 26 mars 1980, la Commission des valeurs mobilières du Québec (la Commission), suite au rapport de l'un de ses officiers chargé d'étudier la situation financière du Prêt Hypothécaire, ordonne la tenue d'une enquête sur les activités et les opérations de cette société, conformément à l'article 53 de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

A la suite de cette enquête, la Commission constate que les pratiques administratives ainsi que la dégradation de la situation financière du Prêt Hypothécaire sont de nature à déprécier la valeur des titres émis par la société.

La Commission recommande donc au Ministre des consommateurs, coopératives et institutions financières de suspendre les pouvoirs du conseil d'administration de la société et de nommer un administrateur provisoire, le tout conformément à l'article 112 de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

On April 15, 1980, the Minister acted on this recommendation after a hearing of the parties before counsel for the Department of Justice, duly authorized thereto, and made order A-156 suspending the powers of the Prêt Hypothécaire board of directors and making the accounting firm Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés responsible for provisional administration, on the ground that "the interests of holders of securities had to be protected".

From April 15, 1980 onwards, the administrator appointed by the Minister acted as administrator of Prêt Hypothécaire. On June 11, 1980 the administrator signed an affidavit supporting an application for a winding-up order against the company, filed in the Superior Court.

This application, in which the Board was an intervener, was allowed by the Superior Court and affirmed by the Court of Appeal of Quebec in respect of the Board. On March 1, 1983 this Court denied leave to appeal from this decision of the Court of Appeal, ordering the winding-up of Prêt Hypothécaire.

On June 6, 1980 respondents brought a direct action in nullity in the Superior Court to quash, *inter alia*, the order made by the Minister the effect of which was to suspend the powers of the Prêt Hypothécaire board of directors and to appoint a provisional administrator. The action was dismissed.

Respondents appealed from this judgment. The Court of Appeal of Quebec allowed the appeal and held s. 112 of the *Securities Act ultra vires* the Quebec legislature, in so far as it confers on the Minister the power to suspend the powers of the board of directors of a company trading in securities, and to substitute a provisional administrator therefor.

The relevant part of the Court of Appeal's decision is as follows:

[TRANSLATION] FINDS section 112, *Securities Act*, Revised Statutes of Quebec 1977, c. V-1, *ultra vires* the provincial legislature in so far as it confers on the Minister of Consumer Affairs, Cooperatives and Financial Institutions of Quebec the power to suspend the directors of a corporation trading in securities and to appoint a provisional administrator therefor;

This is the only power at issue in this appeal. The other powers conferred on the Minister by s. 112, namely the power to dismiss the members of the board of directors from office and order that a special meeting of shareholders be held to elect

Le 15 avril 1980, le Ministre donne suite à cette recommandation après audition des parties devant un avocat du ministère de la Justice mandaté à cette fin et rend l'ordonnance A-156 qui suspend les pouvoirs du conseil d'administration du Prêt Hypothécaire et confie l'administration provisoire à la firme comptable Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés, au motif que «les intérêts des détenteurs de valeurs mobilières doivent être protégés».

A compter du 15 avril 1980, l'administrateur nommé par le ministre agit comme administrateur du Prêt Hypothécaire. Le 11 juin 1980, l'administrateur signe l'affidavit à l'appui d'une requête en liquidation de la société, présentée devant la Cour supérieure.

Cette requête, à laquelle la Régie est intervenue, est accueillie par la Cour supérieure et confirmée par la Cour d'appel du Québec quant à la Régie. Le 1er mars 1983, la présente Cour refuse la permission d'en appeler de cette décision de la Cour d'appel ordonnant la liquidation du Prêt Hypothécaire.

Par ailleurs, le 6 juin 1980, les intimés intentent en Cour supérieure une action directe en nullité pour faire casser notamment l'ordonnance rendue par le ministre ayant pour effet de suspendre les pouvoirs du conseil d'administration du Prêt Hypothécaire et de nommer un administrateur provisoire. L'action est rejetée.

Les intimés interjettent appel de ce jugement. La Cour d'appel du Québec accueille l'appel et déclare l'article 112 de la *Loi sur les valeurs mobilières ultra vires* de la législature du Québec en autant qu'il confère au ministre le pouvoir de suspendre les pouvoirs du conseil d'administration d'une société faisant le commerce des valeurs mobilières et d'y substituer une administration provisoire.

La partie pertinente du dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel est la suivante:

DÉCLARE l'article 112, *Loi sur les valeurs mobilières*, Lois refondues du Québec 1977, c. V-1, *ultra vires* de la législature provinciale en autant qu'il confère au ministre des Consommateurs, Coopératives et Institutions financières du Québec le pouvoir de suspendre le conseil d'administration d'une corporation faisant le commerce des valeurs mobilières et d'y nommer un administrateur provisoire;

C'est le seul pouvoir en cause dans ce pourvoi. Il n'est pas question des autres pouvoirs confiés au Ministre par l'art. 112, soit le pouvoir de déclarer déchus de leur fonction, les membres du conseil d'administration et d'ordonner la tenue d'une

new members of the board, and the power to order the winding-up of the company and appoint a liquidator, are not at issue.

It should be noted that, as long as Prêt Hypothécaire held a permit from the Board, it was exempt from the registration required by s. 24 of the *Securities Act*. It was exempted by the *Regulation excepting certain transactions from the application of section 24 of the Securities Act*, R.R.Q. 1981, c. V-1, r. 2, adopted pursuant to s. 101(*d*) of the Act. The situation was different after the Board suspended the permit, and this was the reason for the intervention by the Commission in spring 1980.

Judgment of the Superior Court

The constitutional question was not raised in the Superior Court, and the judgment is therefore silent on the point.

Judgment of the Court of Appeal

The Court of Appeal had two appeals before it, [1983] C.A. 43, 1 D.L.R. (4th) 609.

One concerned the direct action in nullity dismissed by the Superior Court, J.E. 80-924. The Court of Appeal allowed this unanimously, but for different reasons, those of Malouf J.A., concurred in by Nolan J.A., and those of L'Heureux-Dubé J.A.

The other appeal concerned the winding-up order made by the Superior Court, [1980] C.S. 992, at the request of the administrators of Prêt Hypothécaire on the one hand and at the request of the Régie de l'assurance-dépôts on the other, which had made an aggressive intervention. In view of its decision finding the disputed power under s. 112 of the *Securities Act* unconstitutional and vacating the appointment of appellants Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés as administrators of Prêt Hypothécaire, the Court of Appeal accordingly quashed the winding-up order made at their request. However, the Court of Appeal affirmed the winding-up order made at the request of the Régie de l'assurance-dépôts. This Court denied leave to appeal from this judgment, [1983]

assemblée spéciale des actionnaires pour procéder à l'élection de nouveaux membres ainsi que le pouvoir d'ordonner la liquidation de la compagnie et de nommer un liquidateur.

Il convient de mentionner que tant que le Prêt Hypothécaire détenait un permis de la Régie, il était exempt de l'enregistrement requis par l'art. 24 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Il était dispensé par l'effet du *Règlement soustrayant certaines transactions à l'application de l'article 24 de la Loi sur les valeurs mobilières*, R.R.Q. 1981, chap. V-1, r. 2, adopté en vertu du par. 101*d*) de la Loi. La situation n'est plus la même après la suspension du permis de la Régie et c'est ce qui explique l'intervention de la Commission au printemps 1980.

Le jugement de la Cour supérieure

La question constitutionnelle n'a pas été soulevée en Cour supérieure et le jugement est, par conséquent, muet sur le sujet.

L'arrêt de la Cour d'appel

La Cour d'appel était saisie de deux appels, [1983] C.A. 43, 1 D.L.R. (4th) 609.

L'un portait sur l'action directe en nullité rejetée par la Cour supérieure, J.E. 80-924. La Cour d'appel l'a accueilli à l'unanimité, mais pour des motifs distincts, ceux du juge Malouf auxquels a concouru le juge Nolan et ceux du juge L'Heureux-Dubé.

L'autre appel portait sur l'ordonnance de liquidation prononcée par la Cour supérieure, [1980] C.S. 992, à la demande des administrateurs du Prêt Hypothécaire d'une part et à la demande de la Régie de l'assurance-dépôts d'autre part, laquelle avait fait une intervention agressive. Vu sa décision déclarant inconstitutionnel le pouvoir contesté de l'art. 112 de la *Loi sur les valeurs mobilières* et annulant la nomination des appelants Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés comme administrateurs du Prêt Hypothécaire, la Cour d'appel a, par voie de conséquence, cassé l'ordonnance de liquidation prononcée à leur demande. La Cour d'appel a cependant confirmé l'ordonnance de liquidation prononcée à la demande de la Régie de l'assurance-dépôts. Cette Cour a refusé d'auto-

1 S.C.R. vii, and it accordingly only has before it the appeal raising the constitutional question, namely regarding the direct action in nullity.

Parties and Interveners

With leave of this Court, the Attorney General of Quebec and the administrators appointed by the Minister, Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés, who were sued personally, appealed from the judgment of the Court of Appeal. In their submission, the administrators adopted the argument of the Attorney General of Quebec. In essence they did so at the hearing as well.

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario intervened in support of the appellants.

Arguments Made

In *Re The Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, this Court developed a threefold criterion for determining whether a statute is consistent with the provisions of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. This criterion was summarized by Laskin C.J. in *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413, at p. 429, as follows:

> 1. Does the challenged power or jurisdiction broadly conform to the power or jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts at the time of Confederation?
> 2. Is the function of the provincial tribunal within its institutional setting a judicial function, considered from the point of view of the nature of the question which the tribunal is called upon to decide or, to put it in other words, is the tribunal concerned with a private dispute which it is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules and in a manner consistent with fairness and impartiality?
> 3. If the power or jurisdiction of the provincial tribunal is exercised in a judicial manner, does its function as a whole in its entire institutional context violate s. 96?

However, in *Re The Residential Tenancies Act, 1979, supra*, before the statement of the rule there

riser un pourvoi contre ce jugement, [1983] 1 R.C.S. vii, et elle n'est donc saisie que du pourvoi qui soulève la question constitutionnelle, soit celui relatif à l'action directe en nullité.

Les parties et les intervenants

Se sont pourvus contre l'arrêt de la Cour d'appel, avec l'autorisation de cette Cour, le procureur général du Québec de même que les administrateurs nommés par le Ministre, Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés, lesquels étaient poursuivis personnellement. Ceux-ci dans leur mémoire adoptent l'argumentation du procureur général du Québec. Ils en ont fait autant pour l'essentiel à l'audition.

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario sont intervenus à l'appui des appelants.

Les moyens soulevés

Dans *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, cette Cour a élaboré un critère à trois volets pour déterminer la compatibilité d'une loi avec les dispositions de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce critère a été résumé par le juge en chef Laskin dans *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413, à la p. 429, de la façon suivante:

> 1. Est-ce que le pouvoir ou la compétence attaqué correspond généralement au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération?
> 2. La fonction du tribunal provincial dans son cadre institutionnel est-elle une fonction judiciaire, examinée du point de vue de la nature de la question que le tribunal doit trancher ou, en d'autres mots, est-ce que le tribunal touche à un litige privé qu'il est appelé à trancher en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité?
> 3. Si le pouvoir ou la compétence du tribunal provincial s'exerce d'une manière judiciaire, est-ce que sa fonction globale dans tout son contexte institutionnel enfreint l'art. 96?

Cependant, dans *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, avant l'exposé du critère on

is the following passage, at p. 730, in the reasons of Dickson J., speaking for the Court:

> The same process of liberalization, this time in the context of a transfer of jurisdiction from a Superior Court to an administrative tribunal, was initiated by the Privy Council in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Limited*, [1949] A.C. 134. Lord Simonds proposed a two-fold test. The first limb of the test is to ask whether the board or tribunal exercises "judicial power". Lord Simonds did not propose a 'final' answer to the definition of "judicial power", but he suggested that,
>
> > ... the conception of the judicial function is inseparably bound up with the idea of a suit between parties, whether between Crown and subject or between subject and subject, and that it is the duty of the court to decide the issue between those parties, with whom alone it rests to initiate or defend or compromise the proceedings. (p. 149)
>
> If the answer to the initial question as to "judicial power" is in the negative, then that concludes the matter in favour of the provincial board. If, however, the power is in fact a judicial power, then it becomes necessary to ask a second question: in the exercise of that power, is the tribunal analogous to a superior, district or county court?

Relying on this passage, the Attorney General of Quebec submitted that the Court should first consider the initial question of whether the Minister's power is a judicial one, as this Court did in connection with the power to fix rents in *Attorney General of Quebec and Régie du logement v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364, at pp. 376-77. The Attorney General of Quebec submitted that the initial question should be given a negative answer, because there is no real *lis* between the parties in the case at bar and because the Minister's decision is based on considerations of expediency rather than on considerations of legality. The Attorney General of Quebec further submitted that the power in question is not one which was exercised by the Superior Court at the time of Confederation.

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario, for their part, proceeded to examine in turn the three aspects of the criterion, relying essentially on the same arguments as the Attorney General of Quebec.

trouve dans les motifs du juge Dickson qui écrit au nom de la Cour, le passage suivant, à la p. 730:

> Le même processus de libéralisation, cette fois dans le contexte d'un transfert de compétence d'une cour supérieure à un tribunal administratif, a été mis en branle par le Conseil privé dans l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Limited*, [1949] A.C. 134. Lord Simonds a proposé un critère à deux facettes. Le premier membre de ce critère consiste à se demander si la commission ou le tribunal exerce «un pouvoir judiciaire». Lord Simonds n'a pas proposé de définition «définitive» du «pouvoir judiciaire», mais il a exprimé l'avis que
>
> > [TRADUCTION] ... la fonction judiciaire est intrinsèquement liée à l'idée de poursuites entre des parties, que ce soit entre Sa Majesté et un sujet ou entre des particuliers, et il appartient à la Cour de trancher le litige entre ces parties, qui seules peuvent intenter des poursuites, y défendre ou les régler à l'amiable. (à la p. 149)
>
> Si la réponse à la question initiale concernant le «pouvoir judiciaire» est négative, cela règle la question en faveur de l'organisme provincial. Par contre, si le pouvoir exercé est de fait un pouvoir judiciaire, il est alors nécessaire de poser une deuxième question: dans l'exercice de ce pouvoir, le tribunal est-il analogue à une cour supérieure, de district ou de comté?

S'appuyant sur ce passage, le procureur général du Québec soumet qu'il y a lieu de considérer en premier lieu la question initiale à savoir si le pouvoir du Ministre est un pouvoir judiciaire comme cette Cour l'a fait au sujet du pouvoir de fixer le loyer dans *Procureur général du Québec et Régie du logement c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364, plus particulièrement aux pp. 376 et 377. À la question initiale, le procureur général du Québec soumet que la réponse doit être négative parce qu'il n'y a pas en l'espèce de véritable litige entre les parties et parce que la décision du Ministre est fondée sur des considérations d'opportunité plutôt que sur des considérations de légalité. Le procureur général du Québec soumet d'autre part que le pouvoir en question n'est pas de ceux qu'exerçait la Cour supérieure au moment de la Confédération.

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario procèdent pour leur part à l'examen dans l'ordre des trois volets du critère en invoquant pour l'essentiel les mêmes moyens que le procureur général du Québec.

A twofold common proposition may be derived from the argument of the Attorneys General: this is not a judicial power, and still less is it a power exercised by the Superior Court in 1867.

Nature of the Minister's Power

R. Dussault, in his *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, tome II, writes at p. 1236:

[TRANSLATION] Accordingly, anyone looking in the Canadian and Quebec cases for a cogent and consistent definition of judicial power is likely to be disappointed.

The case law reviewed by the writer nonetheless contains a number of criteria by which a given power may be classified. These criteria are grouped by G. Pépin and Y. Ouellette, in *Principes de contentieux administratif*, 2nd ed., 1982, under the following headings: the organic criterion; the criterion of the firm decision; the criterion of the basis for the decision; the criterion of the decision affecting rights; the criterion of the judicial process; and considerations of public policy.

This is not to say that a power must be examined in each case in light of each of the given criteria in order to determine its nature: but that, depending on the circumstances, one or more of these criteria should be used in arriving at a conclusion.

As we have seen, in the case at bar appellants and the interveners submitted that the Minister's power to suspend the board of directors and substitute a provisional administrator therefor is not a judicial power because there is no real *lis* between the parties, and because the basis of the Minister's decision was not legality but expediency.

I repeat the passage cited above from Lord Simonds:

... the conception of the judicial function is inseparably bound up with the idea of a suit between parties, whether between Crown and subject or between subject and subject, and that it is the duty of the court to decide the issue between those parties, with whom alone it rests to initiate or defend or compromise the proceedings.

On peut dégager de l'argumentation des procureurs généraux une double proposition commune: il ne s'agit pas d'un pouvoir judiciaire, encore moins d'un pouvoir exercé par la Cour supérieure en 1867.

La nature du pouvoir du Ministre

R. Dussault, dans son *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, tome II, écrit à la p. 1236:

Bien déçu serait donc celui qui entendrait trouver dans la jurisprudence canadienne et québécoise une définition du pouvoir judiciaire qui soit cohérente et constante.

La jurisprudence que l'auteur passe en revue a néanmoins reconnu un certain nombre de critères qui permettent de qualifier un pouvoir donné. Ces critères sont regroupés par G. Pépin et Y. Ouellette, dans *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., 1982, sous les rubriques suivantes: le critère organique; le critère de la décision ferme; le critère du fondement de la décision; le critère de la décision qui affecte les droits; le critère du processus judiciaire; et les considérations de *public policy*.

Ce n'est pas à dire que dans chaque cas l'on doive examiner un pouvoir en regard de chacun des critères retenus pour en déterminer la nature. Mais, selon les circonstances, c'est en faisant appel à l'un ou plusieurs de ceux-ci que l'on pourra tirer une conclusion.

En l'espèce, comme on l'a vu, les appelants et les intervenants soumettent que le pouvoir du Ministre de suspendre le conseil d'administration et de lui substituer un administrateur provisoire n'est pas un pouvoir judiciaire parce qu'il n'y a pas de véritable litige entre des parties et parce que le fondement de la décision du Ministre n'est pas la légalité mais l'opportunité.

Je rappelle le passage précité de lord Simonds:

[TRADUCTION] ... la fonction judiciaire est intrinsèquement liée à l'idée de poursuites entre des parties, que ce soit entre Sa Majesté et un sujet ou entre des particuliers, et il appartient à la Cour de trancher le litige entre ces parties, qui seules peuvent intenter des poursuites, y défendre ou les régler à l'amiable.

In *Re The Residential Tenancies Act, 1979, supra*, Dickson J. wrote at p. 743:

I have already indicated that the hallmark of a judicial power is a *lis* between parties in which a tribunal is called upon to apply a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality. The adjudication deals primarily with the rights of the parties to the dispute, rather than considerations of the collective good of the community as a whole.

In *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, commenting on the decision of the Minister to authorize a seizure, Dickson J. wrote at pp. 506-07:

The decision of the Minister does not involve the adversary process. It is not the "triangular" case of A being called upon to resolve a dispute between B and C. There is a dispute but not in an adversarial sense. The analogy of a court is entirely inappropriate. There are no curial procedural rules imposed by the legislation.

In *Giroux v. Maheux*, [1947] Que. K.B. 163, Pratte J.A. of the Court of Appeal wrote at p. 168:

[TRANSLATION] Whatever tribunal renders it, a judicial decision does not create rights: it only recognizes those found by the tribunal to exist. Such a decision results solely from examining the facts in light of the law. The latter creates the rights, and the tribunal recognizes them. This recognition results from the application to the facts of an objective standard, which is independent of the tribunal itself and which it may not alter in any way: the law. The power to decide otherwise is not in any way a judicial power.

In *Re Ashby*, [1934] 3 D.L.R. 565, Masten J.A. of the Ontario Court of Appeal at p. 568 quotes the following passage from an article by D. M. Gordon, "Administrative Tribunals and the Courts", (1933) 49 L.Q. Rev. 94, at pp. 106-08:

A tribunal that dispenses justice, *i.e.* every judicial tribunal, is concerned with legal rights and liabilities, which means rights and liabilities conferred or imposed by law; and "law" means statute or long-settled principles. These legal rights and liabilities are treated by a judicial tribunal as pre-existing; such a tribunal professes merely to ascertain and give effect to them; it investigates the facts by hearing "evidence" (as tested by long-settled rules), and it investigates the law by consulting precedents. Rights or liabilities so ascertained cannot, in theory, be refused recognition and enforce-

Dans *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, le juge Dickson écrit à la p. 743:

J'ai déjà mentionné que le marque d'un pouvoir judiciaire est l'existence d'un litige entre des parties dans lequel un tribunal est appelé à appliquer un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité. La décision porte d'abord sur les droits des parties au litige plutôt que sur l'examen du bien-être de la collectivité.

Dans *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, commentant la décision du Ministre d'autoriser une saisie, le juge Dickson écrit aux pp. 506 et 507:

La décision du Ministre n'implique pas de procédure contradictoire. Il ne s'agit pas de la situation «triangulaire» où A est appelé à résoudre un différend entre B et C. Il y a un différend mais pas au sens de débat contradictoire. On ne peut faire aucune analogie avec un tribunal. La Loi n'impose aucune règle de procédure judiciaire.

Dans *Giroux c. Maheux*, [1947] B.R. 163, le juge Pratte de la Cour d'appel écrit à la p. 168:

La décision judiciaire, quel que soit le tribunal qui la rende, ne crée pas de droits; elle ne fait que déclarer ceux dont le tribunal constate l'existence. Cette décision résulte uniquement de l'examen des faits à la lumière de la loi. Celle-ci crée les droits, et le tribunal les constate. Cette constatation se fait par l'application aux faits d'une norme objective, indépendante du tribunal lui-même, et à laquelle celui-ci ne peut rien changer: la loi. Le pouvoir de décider autrement n'est point le pouvoir judiciaire.

Dans *Re Ashby*, [1934] 3 D.L.R. 565, le juge Masten de la Cour d'appel de l'Ontario cite, à la p. 568, le passage suivant d'un article de D. M. Gordon, «Administrative Tribunals and the Courts», (1933) 49 L.Q. Rev. 94, aux pp. 106 à 108:

[TRADUCTION] Un tribunal qui rend la justice, savoir tout tribunal judiciaire, s'intéresse aux droits et obligations juridiques c'est-à-dire ceux qui sont conférés ou imposés par la loi; et le terme «loi» désigne un texte de loi ou des principes bien établis. Un tribunal judiciaire considère que ces droits et obligations juridiques sont préexistants; il s'engage simplement à les vérifier et à les appliquer; il examine les faits en entendant des «témoignages» (selon des règles établies depuis longtemps) et il étudie la loi en consultant la jurisprudence. En théorie, on ne peut refuser de reconnaître et d'appliquer les

ment, and no judicial tribunal claims the power of refusal . . . .

In contrast, non-judicial tribunals of the type called "administrative" have invariably based their decisions and orders, not on legal rights and liabilities, but on policy and expediency .

. . .

A judicial tribunal looks for some law to guide it; an "administrative" tribunal, within its province, is a law unto itself.

In *Re Davisville Investment Co. and City of Toronto* (1977), 15 O.R. (2d) 553, the Court had to consider an application for judicial review of a decision by the Lieutenant Governor in Council directing that a new public hearing be held by the Ontario Municipal Board. The power of the Lieutenant Governor in Council proceeds from s. 94(1) of *The Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1970, c. 323, reading as follows:

94.—(1) Upon the petition of any party or person interested, filed with the Clerk of the Executive Council within twenty-eight days after the date of any order or decision of the Board, the Lieutenant Governor in Council may,

(*a*) confirm, vary or rescind the whole or any part of such order or decision; or

(*b*) require the Board to hold a new public hearing of the whole or any part of the application to the Board upon which such order or decision of the Board was made,

and the decision of the Board after the public hearing ordered under clause *b* is not subject to petition under this section.

In the reasons of the majority, at pp. 555, 556 and 557 respectively, there are the following passages cited in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at pp. 751-52:

The petition does not constitute a judicial appeal or review. It merely provides a mechanism for a control by the executive branch of Government applying its perception of the public interest to the facts established before the Board, plus the additional facts before the Council. The Lieutenant-Governor in Council is not concerned with matters of law and jurisdiction which are within the ambit of judicial control. But it can do what Courts

droits ou obligations qui ont été ainsi examinés et aucun tribunal judiciaire ne revendique le pouvoir de les refuser . . .

Par opposition, les tribunaux non judiciaires du genre «administratif» ont invariablement fondé leurs décisions et leurs ordonnances, non sur les droits et obligations juridiques mais sur la politique et sur l'opportunité.

. . .

Un tribunal judiciaire cherche une loi pour le guider; un tribunal «administratif» à l'intérieur de sa juridiction, constitue en lui-même une loi.

Dans *Re Davisville Investment Co. and City of Toronto* (1977), 15 O.R. (2d) 553, il s'agissait d'une demande d'examen judiciaire d'une décision du lieutenant-gouverneur en conseil ordonnant la tenue d'une nouvelle audience publique par l'Ontario Municipal Board. Le pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil découle du par. 94(1) de *The Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1970, chap. 323, ainsi rédigé:

[TRADUCTION] **94.**—(1) Sur la requête de toute partie ou personne intéressée, déposée auprès du greffier du conseil exécutif dans les vingt-huit jours qui suivent la date de toute ordonnance ou décision de la Commission, le lieutenant-gouverneur en conseil peut

a) confirmer, modifier ou rescinder l'ensemble de cette ordonnance ou décision ou toute partie de celle-ci; ou

b) exiger que la Commission tienne une nouvelle audience publique sur l'ensemble ou sur toute partie de la demande présentée devant la Commission à l'égard de laquelle l'ordonnance ou la décision a été rendue,

et la décision de la Commission suivant l'audience publique ordonnée en application de l'alinéa *b*) n'est pas assujettie à la requête que prévoit le présent article.

Dans les motifs de la majorité on peut lire aux pp. 555 et 556, et 557 respectivement les passages suivants dont on trouve la traduction aux pp. 751 et 752 de *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735:

La requête ne constitue ni une intimation d'appel ni une demande de contrôle judiciaire. Elle ne fait que mettre en marche le mécanisme de contrôle de l'Exécutif qui applique sa vision de l'intérêt public aux faits établis devant le Conseil et aux éléments complémentaires d'information soumis à son propre examen. Le lieutenant-gouverneur en conseil ne connaît pas des questions de droit et de compétence, lesquelles relèvent du contrôle

will not do, namely, it can substitute its opinion on a matter of public convenience and general policy in the public interest. This is what was done by the Order in Council: if it was done without any error of law, or without defects of a jurisdictional nature, the Divisional Court had no power to interfere and properly dismissed the application before it.

. . .

Section 94 of *The Ontario Municipal Board Act* should not be construed restrictively as if it involved an inferior tribunal to which certain matters have been committed by the Legislature. I prefer to regard the power as one reserved by the legislative to the executive branch of Government acting on broad lines of policy. There is no reason to fetter and restrict the scope of the power by a narrow judicial interpretation.

There is no question that the purpose of the *Securities Act*, *supra*, is to protect investors. In pursuit of this purpose, the Act confers wide powers of supervision and control on the Commission des valeurs mobilières and the Minister.

The principal provisions of this Act, as they stood at the time in question, should be briefly examined.

When it has to make a decision, the Commission follows the same rules as most administrative tribunals in Quebec which have similar powers. In the decision-making process, it has discretion to determine the rules applicable to hearings (s. 12). It may review its own decisions and those of the Director. An appeal lies to three judges of the Provincial Court (s. 17). A decision by that Court is final. The Commission benefits from the protection of a privative clause excluding extraordinary recourses under the *Code of Civil Procedure* and the superintending and reforming power of the Superior Court (s. 18). This is the usual form of an administrative tribunal exercising quasi-judicial powers.

Section 24 requires the registration of persons trading in securities, such as brokers, issuers, salesmen, employees and officer-agents. Anyone who performs the acts in question, and is not registered

judiciaire. Cependant il peut faire quelque chose qui échappe à la compétence des tribunaux: faire valoir son propre avis sur une question d'utilité et d'ordre publics et ce, dans l'intérêt public. C'est ce qui a été fait au moyen du décret: si celui-ci n'est entaché d'aucune erreur de droit ni d'aucun vice de compétence, la Cour divisionnaire n'avait pas à intervenir et c'est avec raison qu'elle a débouté la demanderesse.

. . .

Il ne faut pas donner à l'art. 94 de *The Ontario Municipal Board Act* une interprétation restrictive comme s'il s'agissait d'un tribunal d'instance inférieure auquel le législateur a confié certaines questions. Je préfère considérer qu'il s'agit d'un pouvoir que le législateur a réservé à l'Exécutif du gouvernement agissant conformément à des règles générales d'intérêt public. Rien ne permet de restreindre et d'atténuer la portée du pouvoir par une interprétation judiciaire étroite.

Il est sans conteste que la *Loi sur les valeurs mobilières*, précitée, a pour objet la protection des investisseurs. Dans la poursuite de cet objet la Loi confère notamment de vastes pouvoirs de surveillance et de contrôle à la Commission des valeurs mobilières et au Ministre.

Il convient de passer brièvement en revue les principales dispositions de cette loi telles qu'elles existaient à l'époque pertinente.

La Commission, lorsqu'elle a à rendre une décision, obéit aux mêmes règles que la plupart des tribunaux administratifs québécois jouissant de pouvoirs similaires. Relativement au processus décisionnel, elle a discrétion pour déterminer les règles applicables aux auditions (art. 12). Elle peut réviser ses propres décisions et celles du Directeur général. Un appel est prévu devant trois juges de la Cour provinciale (art. 17). La décision alors rendue est finale. La Commission bénéficie de la protection d'une clause privative excluant les recours extraordinaires du *Code de procédure civile* et le pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure (art. 18). C'est la structure habituelle d'un tribunal administratif investi de pouvoirs quasi-judiciaires.

L'article 24 exige l'enregistrement des personnes qui font le commerce des valeurs mobilières tels courtiers, émetteurs, vendeurs, employés, officiers-agents. Commet une infraction toute personne qui

or whose registration has been suspended, commits an offence. There are certain exceptions, in particular those referred to in ss. 28-30. The granting and renewal of registrations is at the discretion of the Director (s. 32). However, he must give a person to whom a registration has been denied an opportunity to be heard (s. 33). A registration may be suspended, cancelled or revoked (s. 36).

Section 52 lists the acts which may constitute a fraud within the meaning of the statute, such as intentional misrepresentation, unjustifiable commissions, unreasonable promises, breaches of trust, false statements, artifices and stratagems.

Sections 64, 66, 68, 70-72, 75 and 80 create offences in the regulation of brokerage. For example, failure to give written confirmation of a transaction, failure by a broker to keep a record, not issuing a prospectus, engaging in the trade of securities without receiving a written notice of registration as a broker and failure to comply with an order prohibiting trade in securities constitute offences.

Section 130 creates an offence in the case where an individual fails to comply with the requirements regarding disclosure of financial information. Section 178 does so for failure to comply with the rules regarding insider trading.

Section 180 creates a general offence committed by anyone refusing to comply with a decision of the Commission or the Director.

The Act thus indicates both what constitutes a fraud and what is an offence in respect of securities trading.

An important power of investigation is vested in the Commission. The purpose of its investigation is to ascertain if any fraudulent act or offence has been or is about to be committed (s. 53). A person may be prosecuted for such acts. The prosecution

pose les actes visés et qui n'est pas enregistrée ou dont l'enregistrement est suspendu. Il y a certaines exceptions, notamment celles prévues aux art. 28 à 30. L'octroi et le renouvellement des enregistrements relève de la discrétion du Directeur général (art. 32). Celui-ci doit cependant donner à une personne qui s'est vu refuser un enregistrement, l'occasion d'être entendue (art. 33). Un enregistrement peut être suspendu, annulé ou révoqué (art. 36).

L'article 52 énumère des actes pouvant constituer une fraude au sens de la Loi, tels une fausse représentation intentionnelle, une commission inéquitable, une promesse déraisonnable, un abus de confiance, une fausse déclaration, un artifice, un stratagème.

Les articles 64, 66, 68, 70 à 72, 75 et 80 créent des infractions à la réglementation du courtage mobilier. À titre d'exemple, sont des infractions le défaut de confirmation écrite d'une transaction, le défaut par une bourse de tenir un régistre, l'omission du prospectus, le fait de s'adonner au commerce des valeurs mobilières sans avoir reçu un avis écrit de son enregistrement à titre de courtier, le défaut de se conformer à un ordre d'interdiction de faire le commerce de valeurs mobilières.

L'article 130 crée une infraction au cas où une personne ne se soumettrait pas aux exigences concernant la divulgation de renseignements financiers. L'article 178 fait de même au cas de défaut de se conformer aux règles concernant les transactions d'initiés.

L'article 180 crée une infraction générale dont se rend coupable toute personne qui refuse de se conformer à une décision de la Commission ou du Directeur général.

La Loi exprime ainsi à la fois ce qui constitue une fraude et ce qui est une infraction relativement au commerce des valeurs mobilières.

La Commission est investie d'un important pouvoir d'enquête. Elle enquête précisément pour se rendre compte de la commission réelle ou appréhendée d'un acte frauduleux ou d'une infraction (art. 53). Suite à de tels actes, une personne peut

in such a case is governed by the *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15, ss. 102-109.

Following an investigation under s. 53, the board of directors of the company in question may, under s. 112, be suspended after a proceeding in which the Commission and the Minister ensure that the interests of holders of securities have been protected. Under the latter section, the Commission has a duty to recommend that the Minister suspend the board of directors and appoint a provisional administrator in three cases: when there has been malfeasance, breach of trust or any other misconduct; when anyone has been seriously remiss in the performance of obligations imposed by the Act; and when the Commission finds the existence of management practices tending to depreciate the value of the instruments issued. The Commission may make the same recommendation, though it is not required to, in two cases: when it issues an order to prohibit trading in securities; and at any time when it deems that the interests of holders of securities must be protected.

Section 112 also establishes that a company whose board of directors may be suspended is entitled to a hearing.

The Lieutenant Governor in Council has wide regulatory powers conferred by s. 101. He may, *inter alia*, adopt regulations determining what constitutes a fraudulent act, exempting trading in any classes of securities from the necessity of registration, determining the form and content of any prospectus, and in general, any regulation considered desirable to implement the Act.

Finally, the Minister of Consumer Affairs, Cooperatives and Financial Institutions is responsible for applying the Act (s. 181).

This is the context in which one must consider the Minister's power to suspend a board of directors and substitute provisional administrators for it, namely, in terms of the protection of investors at all times.

être poursuivie. La poursuite en pareil cas est régie par la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., chap. P-15, art. 102 à 109.

À la suite d'une enquête en vertu de l'art. 53, le conseil d'administration de la corporation en cause peut, en application de l'art. 112, être suspendu à l'issue d'un processus où la Commission et le Ministre veillent à la protection des intérêts des détenteurs de valeurs mobilières. La Commission a l'obligation en vertu de ce dernier article de recommander au Ministre de suspendre le conseil d'administration et de nommer un administrateur provisoire dans trois cas: lorsqu'elle juge qu'il y a eu malversation, abus de confiance, ou autres inconduites; lorsqu'il y a un manquement grave aux obligations imposées par la Loi; lorsqu'elle constate la présence de pratiques administratives de nature à déprécier la valeur des titres émis. La Commission peut mais n'est pas obligée de faire la même recommandation dans deux cas: lorsqu'elle émet une ordonnance d'interdiction de faire le commerce des valeurs mobilières; et en tout temps, lorsqu'elle juge que les intérêts des détenteurs de valeurs mobilières doivent être protégés.

L'article 112 consacre également le droit à une audition pour la Corporation dont le conseil d'administration peut être suspendu.

Le lieutenant-gouverneur en conseil possède un large pouvoir réglementaire conféré par l'art. 101. Il peut notamment adopter des règlements afin de déterminer ce qu'est un acte frauduleux, de soustraire le commerce de toutes catégories de valeurs mobilières à la nécessité de l'enregistrement, de déterminer la forme et le contenu de tout prospectus et, de façon générale, tout règlement jugé désirable pour l'application de la Loi.

Enfin, l'application de la Loi dans son ensemble est confiée au ministre des Consommateurs, Coopératives et Institutions financières (art. 181).

C'est dans ce contexte qu'il faut situer le pouvoir du Ministre de suspendre un conseil d'administration et de lui substituer des administrateurs provisoires, c'est-à-dire en fonction toujours de la protection des investisseurs.

In the case at bar the Régie de l'assurance-dépôts, following a hearing at which Prêt Hypothécaire was represented, suspended the latter's permit on the ground that, in view of its financial situation, it no longer fulfilled "the conditions required for obtaining a permit" (*Deposit Insurance Act*, R.S.Q. 1977, c. A-26, s. 31).

The Commission des valeurs mobilières then instituted an investigation and reported to the Minister who, after a hearing of Prêt Hypothécaire by the Minister's representative, made his order suspending the board of directors and appointing provisional administrators. The Minister's order mentioned the following facts:

> [TRANSLATION] (a) several large loans were made without sufficient security, and without an adequate study being prepared in the ordinary course of business, including an appraisal of the debtors' ability to repay;
>
> (b) large loans, repayment of which is uncertain, were made to companies not at arm's length;
>
> (c) there are considerable arrears on a large number of currently outstanding loans;

In light of the criteria indicated, in particular that there was no real *lis* between the parties and that the Minister's decision was based not on considerations of legality but on considerations of expediency, namely the loan policy and financial situation of Prêt Hypothécaire, it has to be concluded, in my opinion, that the Minister's power is not a judicial power but an administrative one, and that in constitutional terms, therefore, it was validly conferred.

It is true that, as L'Heureux-Dubé J.A. of the Court of Appeal observed, a similar power cannot be found in other provincial statutes on securities. Thus, for example, in Ontario the corresponding power is conferred on the Supreme Court by s. 17 of the *Securities Act*, R.S.O. 1980, c. 466.

There are however other statutes in Ontario by which a similar power is conferred on the Lieutenant Governor in Council, a Minister or a public servant.

En l'espèce, la Régie de l'assurance-dépôts, à la suite d'une audition à laquelle a participé le Prêt Hypothécaire, a suspendu le permis de celui-ci au motif que, vu sa situation financière, il n'était plus «dans les conditions requises pour obtenir un permis» (*Loi sur l'assurance-dépôts*, L.R.Q. 1977, chap. A-26, art. 31).

La Commission des valeurs mobilières a alors institué une enquête et fait rapport au Ministre lequel, après audition du Prêt Hypothécaire par personne déléguée, a rendu son ordonnance qui suspend le conseil d'administration et nomme des administrateurs provisoires. L'ordonnance du Ministre mentionne les faits suivants:

> a) Plusieurs prêts importants ont été accordés sans garantie suffisante et sans qu'une étude adéquate dans le cours normal des affaires ait été préparée, y compris une évaluation de la capacité de remboursement des débiteurs;
>
> b) Des prêts importants, dont la récupération est incertaine, ont été consentis à des compagnies non à distance;
>
> c) Des arrérages importants grèvent un grand nombre de prêts présentement en souffrance;

À la lumière des critères mentionnés, notamment qu'il n'y a pas de véritable litige entre des parties et que la décision du Ministre est fondée non pas sur des considérations de légalité, mais sur des considérations d'opportunité, soit la politique de prêts et la situation financière du Prêt Hypothécaire, il faut conclure, à mon avis, que le pouvoir du Ministre n'est pas un pouvoir judiciaire mais un pouvoir administratif et qu'en conséquence ce pouvoir lui est, au plan constitutionnel, validement conféré.

Il est vrai que, comme le fait observer le juge L'Heureux-Dubé de la Cour d'appel, l'on ne trouve aucun pouvoir semblable dans les lois sur les valeurs mobilières des autres provinces. Ainsi, par exemple, en Ontario le pouvoir correspondant est conféré à la Cour suprême par l'art. 17 de la *Securities Act*, R.S.O. 1980, chap. 466.

N'empêche qu'en Ontario il existe d'autres lois en vertu desquelles un pouvoir analogue est attribué au lieutenant-gouverneur en conseil, à un ministre ou à un fonctionnaire.

Thus, section 116 of the *Credit Unions and Caisses Populaires Act*, R.S.O. 1980, c. 102, authorizes the Ontario Share and Deposit Insurance Corporation to order that the property of a credit union be taken possession of when its affairs are not in a satisfactory financial condition.

Section 34 of the *Ontario Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.O. 1980, c. 328, gives the Lieutenant Governor in Council the power, in certain circumstances, to order the Corporation to take possession of the property of a member institution, to conduct the business thereof and to exercise all the powers of the board of directors.

Section 39 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, authorizes the superintendent to take possession of and control for a limited time any assets of an insurer when the superintendent is satisfied that such assets cannot be satisfactorily accounted for.

Section 7 of the *Health Facilities Special Orders Act*, 1983 (Ont.), c. 43, gives the Minister the power to take control of and operate a health facility for a six-month period in certain circumstances.

Sections 158(3) and 159(1) of the *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.O. 1980, c. 249, authorize the Lieutenant Governor in Council in certain circumstances to order the Registrar to take possession of the assets of a corporation, to conduct its business and to exercise the powers of the board of directors.

Similarly, in Alberta the Minister enjoys a similar power to suspend a board of directors and substitute provisional administrators for it, under the *Trust Companies Act*, R.S.A. 1980, c. T-9, ss. 184-186.

In Quebec, the *Securities Act*, *supra*, is in any case not the only one to grant a similar or analogous power. When it was adopted in 1962 the *Hospitals Act*, R.S.Q. 1964, c. 164, provided in ss. 16 and 17:

Ainsi, l'article 116 de la *Loi sur les caisses populaires et les credit unions*, L.R.O. 1980, chap. 102, autorise la Société ontarienne d'assurance des actions et dépôts à ordonner la prise de possession des biens d'une *credit union* lorsque les affaires de celle-ci ne sont pas dans une condition financière satisfaisante.

L'article 34 de l'*Ontario Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.O. 1980, chap. 328, donne au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir d'ordonner, sous certaines circonstances, à la Corporation de prendre possession des biens d'une institution membre, d'en diriger les affaires et d'exercer tous les pouvoirs du conseil d'administration.

L'article 39 de l'*Insurance Act*, R.S.O. 1980, chap. 218, autorise le surintendant à prendre possession et à contrôler pour un temps limité les biens d'un assureur lorsque le surintendant est d'avis qu'on n'a pas rendu un compte satisfaisant de ces biens.

L'article 7 de la *Loi de 1983 sur des ordonnances relatives aux établissements de santé*, 1983 (Ont.), chap. 43, donne au Ministre le pouvoir de prendre le contrôle et d'administrer une institution de santé pour une période de six mois dans certaines circonstances.

Les articles 158(3) et 159(1) de la *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.O. 1980, chap. 249, autorisent le lieutenant-gouverneur en conseil, dans certaines circonstances, à ordonner au registraire de prendre possession des biens d'une corporation, d'en administrer les affaires et d'exercer les pouvoirs du conseil d'administration.

De même, en Alberta, le Ministre jouit-il d'un pouvoir semblable de suspendre un conseil d'administration et de lui substituer des administrateurs provisoires, en vertu de la *Trust Companies Act*, R.S.A. 1980, chap. T-9, art. 184 à 186.

Au Québec, la *Loi sur les valeurs mobilières*, précitée, n'est pas la seule du reste à accorder un pouvoir semblable ou analogue. Dès son adoption en 1962, la *Loi des hôpitaux*, S.R.Q. 1964, chap. 164, stipulait aux art. 16 et 17:

16. The Lieutenant-Governor in Council may charge a person designated by him to inquire into any matter relating to the management or operation of a hospital.

The person so designated shall have, for the purposes of the inquiry, the powers and immunities of a commissioner appointed under the Public Inquiry Commission Act (Chap. 11).

17. Whenever an inquiry is ordered under the preceding section, the Lieutenant-Governor in Council may order that the powers of the board of management of the hospital be suspended and appoint an administrator to exercise its powers for the duration of the inquiry.

The *Act respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5, which replaced the *Hospitals Act*, contains much more elaborate provisions but still includes in s. 163 a power for the Minister to take over provisional administration of a hospital.

Finally, reference need only be made to the following statutes, without in so doing expressing any opinion as to the validity of each of the relevant provisions, as it is not necessary: the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, s. 14; the *Act respecting Insurance*, R.S.Q., c. A-32, ss. 378, 379 and 387; the *Savings and Credit Unions Act*, R.S.Q., c. C-4, s. 103; the *Act respecting security fund corporations*, R.S.Q., c. C-69.1, ss. 59 and 62; the *Act respecting the sociétés d'entraide économique*, R.S.Q., c. S-25.1, ss. 150 and 151.

The Minister's Power and the Superintending and Reforming Power of the Superior Court

The foregoing suffices to dispose of the appeal. However, the Attorney General of Quebec, in my view correctly, added that the power in question is not one which was exercised by the Superior Court at the time of Confederation in 1867.

The superintending and reforming power of the Superior Court over bodies politic and corporate, established by art. 33 of the *Code of Civil Procedure*, has always applied to abuse of authority and fraud, or in the expression often used, injustice amounting to fraud.

In *Hébert v. School Commissioners of St-Félicien* (1921), 62 S.C.R. 174, the Court had

16. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut charger une personne qu'il désigne de faire enquête sur quelque matière se rapportant à l'administration ou au fonctionnement d'un hôpital.

La personne ainsi désignée est investie, pour les fins de l'enquête, des pouvoirs et immunités d'un commissaire nommé en vertu de la Loi des commissions d'enquête (chap. 11).

17. Lorsqu'une enquête est ordonnée en vertu de l'article précédent, le lieutenant-gouverneur en conseil peut ordonner que les pouvoirs du conseil d'administration de l'hôpital soient suspendus et nommer un administrateur qui en exerce les pouvoirs pour la durée de l'enquête.

La *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., chap. S-5, qui a remplacé la *Loi des hôpitaux* contient des dispositions beaucoup plus élaborées mais comprend toujours à l'art. 163 le pouvoir du Ministre d'assumer l'administration provisoire d'un hôpital.

Pour le reste, qu'il suffise de référer aux lois suivantes, sans pour autant exprimer d'opinion sur la validité de chacune des dispositions pertinentes, ce qui n'est pas nécessaire: la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, art. 14; la *Loi sur les assurances*, L.R.Q., chap. A-32, art. 378, 379, 387; la *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., chap. C-4, art. 103; la *Loi sur les corporations de fonds de sécurité*, L.R.Q., chap. C-69.1, art. 59, 62; la *Loi sur les sociétés d'entraide économique*, L.R.Q., chap. S-25.1, art. 150, 151.

Le pouvoir du Ministre et le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure

Ce qui précède suffit à disposer du pourvoi. Le procureur général du Québec ajoute cependant, avec raison à mon avis, que le pouvoir en question n'est pas de ceux qu'exerçait la Cour supérieure au moment de la Confédération en 1867.

Le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure à l'endroit des corps politiques et des corporations, consacré par l'art. 33 du *Code de procédure civile*, a toujours visé l'excès de pouvoir et la fraude ou, suivant l'expression fréquemment employée, l'injustice équivalant à fraude.

Dans *Hébert v. School Commissioners of St-Félicien* (1921), 62 R.C.S. 174, il s'agissait d'une

to consider an action against school commissioners to vacate a resolution providing for the purchase of a hotel to be converted into a school. Brodeur J. said the following, at p. 180:

[TRANSLATION] The Superior Court is not a court of appeal from the decisions of school commissioners. The jurisdiction of the Superior Court over school matters is given to it by art. 50 of the Code of Civil Procedure. It is a superintending and reforming power only, quite different from the powers of a court of appeal. A court of appeal substitutes its opinion on the merits of the case for the opinion of the Court which rendered the original judgment, whereas the Superior Court, under art. 50 C.C.P., has no right to trench on the powers which belong exclusively to the school commissioners, and to substitute its opinion for theirs on the merits of their orders made in due form and within the limits of their jurisdiction . . .

Thus, in the case at bar the Circuit Court would have had full jurisdiction to inquire into the injustice of the impugned resolution, but all the Superior Court can do is to consider whether the school corporation acted outside its powers, committed an illegal act, or whether the impugned resolution constitutes an absolute denial of justice.

In *Droit québécois des corporations commerciales*, Judico, 1977, vol. 3, James Smith writes at p. 1771:

[TRANSLATION] 3. In principle, the courts refuse to intervene in the internal management of companies except for the purpose of quashing an act which is fraudulent or *ultra vires* the company.

In *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, Lord Davey wrote at p. 93:

It is an elementary principle of the law relating to joint stock companies that the Court will not interfere with the internal management of companies acting within their powers, and in fact has no jurisdiction to do so.

A little further on he added, on the same page:

The cases in which the minority can maintain such an action are, therefore, confined to those in which the acts complained of are of a fraudulent character or beyond the powers of the company.

In F. W. Wegenast, *The Law of Canadian Companies*, Burroughs, 1931, it states at p. 775:

poursuite contre des commissaires d'école en vue de faire annuler une résolution qui pourvoyait à l'achat d'un hôtel pour le convertir en école. Le juge Brodeur s'exprime ainsi, à la p. 180:

La cour supérieure n'est pas un tribunal d'appel des décisions des commissaires d'écoles. La juridiction de la cour supérieure dans les affaires scolaires lui est donnée par l'article 50 du code de procédure civile. C'est un pouvoir de contrôle et de surveillance seulement, bien différent des pouvoirs d'une cour d'appel. Une cour d'appel substitue son opinion sur le mérite de la cause à l'opinion de la cour qui a rendu le jugement originaire, tandis que la cour supérieure, sous l'autorité de l'article 50 C.P.C. n'a pas le droit d'empiéter sur les attributions qui appartiennent exclusivement aux autorités scolaires et de substituer son opinion à celle de ces autorités sur le mérite de leurs ordonnances passées régulièrement et dans les limites de leurs attributions . . .

Ainsi dans le cas actuel la cour de circuit aurait eu pleine et entière juridiction pour s'enquérir de l'injustice de la résolution attaquée, mais la cour supérieure peut tout au plus rechercher si la corporation scolaire a agi au delà de ses pouvoirs, si elle a commis une illégalité ou bien si la résolution attaquée constitue un déni absolu de justice.

James Smith dans *Droit québécois des corporations commerciales*, Judico, 1977, vol. 3, écrit à la p. 1771:

3. Les tribunaux refusent d'intervenir en principe, dans l'administration interne des compagnies si ce n'est pour réprimer un acte frauduleux ou *ultra vires* de la part de la compagnie.

Dans *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, lord Davey écrit à la p. 93:

[TRADUCTION] En vertu d'un principe élémentaire du droit relatif aux compagnies par actions, la Cour n'interviendra pas dans la gestion interne des compagnies agissant dans le cadre de leur compétence et, en fait, n'a aucun pouvoir de le faire.

Il ajoute un peu plus loin, à la même page:

[TRADUCTION] Les cas dans lesquels la minorité peut soutenir une telle action sont, par conséquent, restreints à ceux dans lesquels les actes reprochés ont un caractère frauduleux ou outrepassent les pouvoirs de la compagnie.

Dans F. W. Wegenast, *The Law of Canadian Companies*, Burroughs, 1931, on peut lire à la p. 775:

Remedies for most cases of corporate irregularity were formerly to be found in the writs of mandamus and *quo warranto* issued by the Court of King's Bench. For, notwithstanding some expressions to the contrary, the superior courts have inherent jurisdiction to correct abuses in the internal conduct of corporations, this jurisdiction being based on principles similar to those which enable the superior courts to review the process of inferior courts. Thus it has been said that "it is the office and province of the Court of Queen's Bench to exercise a control and supervision over the proceedings of corporations, to preserve order in their acts, to enforce attention to the provisions of their constitution, and to repress irregularities both in their acts and proceedings".

[TRADUCTION] Autrefois, les brefs de *mandamus* et de *quo warranto* délivrés par la Cour du Banc du Roi constituaient les recours dans la plupart des cas d'irrégularités relatives aux sociétés. Car, nonobstant certains avis contraires, les cours d'instance supérieure ont le pouvoir inhérent de corriger les abus dans la conduite interne des sociétés, ce pouvoir étant fondé sur des principes semblables à ceux qui leur permettent de réviser les procédures devant les cours d'instance inférieure. Par conséquent, on a dit qu'«il est du ressort de la Cour du Banc de la Reine et c'est même sa fonction d'exercer un contrôle et une surveillance sur les procédures des sociétés, pour préserver l'ordre dans leurs actes, faire ressortir les dispositions de leurs constitutions et réprimer les irrégularités dans leurs actes et dans leurs procédures».

Finally, I refer to the following cases cited by the Attorney General of Quebec in his submission: *Crevier v. Paquin*, [1975] C.S. 260, at pp. 263-65; *Lagacé v. Lagacé*, [1966] C.S. 489, at pp. 491-93; *Blitt v. Congregation Ajudath Acham of Sherbrooke* (1926), 64 C.S. 303, at p. 306.

Je renvoie enfin aux arrêts suivants cités par le procureur général du Québec dans son mémoire: *Crevier c. Paquin*, [1975] C.S. 260, aux pp. 263 à 265; *Lagacé c. Lagacé*, [1966] C.S. 489, aux pp. 491 à 493; *Blitt c. Congregation Ajudath Acham of Sherbrooke* (1926), 64 C.S. 303, à la p. 306.

I do not see by what authority, even now, the Superior Court could suspend a board of directors and substitute another for it based on reasons of economic expediency, commercial practice in securities trading, in particular loan policy, and the protection of investors, unless the legislator conferred this power on it as is the case in Ontario.

Je ne vois pas en vertu de quoi, même aujourd'hui, la Cour supérieure pourrait suspendre un conseil d'administration et lui en substituer un autre en se fondant sur des motifs d'opportunité économique, de pratiques commerciales dans le domaine des valeurs mobilières, plus particulièrement de politique de prêts, et de protection des investisseurs, à moins que le législateur lui confère cette compétence comme c'est le cas en Ontario.

This power is not a judicial one. It is an administrative power, which enables the Minister to impose conservatory measures on a temporary basis. It is not a power of the type exercised by the Superior Court at the time of Confederation.

Ce pouvoir n'est pas un pouvoir judiciaire. C'est un pouvoir administratif qui permet au ministre d'imposer une mesure conservatoire sur une base temporaire. Ce n'est pas un pouvoir de la nature de ceux exercés par la Cour supérieure au moment de la Confédération.

For these reasons, I would answer the constitutional question in the affirmative.

Pour ces motifs je répondrais par l'affirmative à la question constitutionnelle.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and affirm the dismissal of the action in nullity by the Superior Court. Appellants Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés shall be entitled to their costs throughout. No costs were sought by the Attorney General of Quebec. There will be no costs for or against the interveners.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de confirmer le rejet de l'action en nullité par la Cour supérieure. Les appelants Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés ont droit à leurs dépens dans toutes les cours. Le procureur général du Québec ne demande pas de dépens. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson and Jean Bouchard, Ste-Foy.

Solicitors for the appellants Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés: Pierre Delisle and Jacques Paquet, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: James M. Mabbutt, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Deputy Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureurs pour l'appelant le procureur général du Québec: Jean-K. Samson et Jean Bouchard, Ste-Foy.

Procureurs pour les appelants Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés: Pierre Delisle et Jacques Paquet, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: James M. Mabbutt, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le sous-procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Rodney Michael Cardinal *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17384.

1984: November 22.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Rape — Parties to offence — Accused over 14 years of age party to an act of rape committed by a 13-year-old — Person under the age of 14 immune from prosecution — Whether accused may be convicted of rape — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143, 144 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 70], 147.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1982), 3 C.C.C. (3d) 376, 42 A.R. 180, [1983] 1 W.W.R. 689, dismissing the accused's appeal from his conviction for rape contrary to s. 144 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

G. Crick, for the appellant.

Y. Roslak, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are in substantial agreement with the reasons of the Court of Appeal of Alberta. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Campbell, Germain, Crick & Cooper, Fort McMurray.

Solicitor for the respondent: R. W. Paisley, Edmonton.

Rodney Michael Cardinal *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17384.

1984: 22 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Viol — Parties à une infraction — Accusé, âgé de plus de 14 ans, partie au viol commis par un individu âgé de 13 ans — Personne de moins de 14 ans à l'abri de poursuites — L'accusé peut-il être reconnu coupable de viol? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 143, 144 [mod. 1972 (Can.), chap. 13, art. 70], 147.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1982), 3 C.C.C. (3d) 376, 42 A.R. 180, [1983] 1 W.W.R. 689, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé reconnu coupable de viol conformément à l'art. 144 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

G. Crick, pour l'appelant.

Y. Roslak, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes en substance d'accord avec les motifs de la Cour d'appel de l'Alberta. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Campbell, Germain, Crick & Cooper, Fort McMurray.

Procureur de l'intimée: R.W. Paisley, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Thomas Sophonow *Respondent.*

File No.: 18575.

1984: December 10.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Charge to jury — Theory of defence — Trial judge not adequately presenting the theory of defence to jury — Conviction quashed and new trial ordered — Section 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code inapplicable.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1984), 11 D.L.R. (4th) 24, 12 C.C.C. (3d) 272, 29 Man. R. (2d) 1, quashing the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed.

J. G. Dangerfield, Q.C., and *Stuart Whitley*, for the appellant.

G. Greg Brodsky, Q.C., and *Marty Minuk*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you Mr. Brodsky and Mr. Minuk. We are in substantial agreement with the majority judgment of the Manitoba Court of Appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for the Province of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Thomas Sophonow *Intimé.*

N° du greffe: 18575.

1984: 10 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Directives au jury — Théorie de la défense — Théorie de la défense présentée inadéquatement par le juge du procès au jury — Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné — Inapplicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code criminel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1984), 11 D.L.R. (4th) 24, 12 C.C.C. (3d) 272, 29 Man. R. (2d) 1, qui a annulé le verdict de culpabilité rendu contre l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

J. G. Dangerfield, c.r., et *Stuart Whitley*, pour l'appelante.

G. Greg Brodsky, c.r., et *Marty Minuk*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Mes Brodsky et Minuk, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes en substance d'accord avec l'arrêt de la majorité en Cour d'appel du Manitoba. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Risa Goldwax *Appellant*;

and

City of Montréal *Respondent.*

File No.: 17529.

1984: December 12.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Criminal law — Prostitution — Municipal by-law — Remaining in a public place for purposes of prostitution or approaching another person there for that purpose prohibited — Whether or not by-law ultra vires as invasion of federal criminal law powers — By-law No. 5464 of the City of Montréal.

Westendorp v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 43, followed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 342, 146 D.L.R. (3d) 460, 3 C.C.C. (3d) 542, reversing a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 87, 138 D.L.R. (3d) 612, 68 C.C.C. (2d) 548, 28 C.R. (3d) 207, quashing appellant's conviction by the Municipal Court. Appeal allowed.

Michel Ferland, for the appellant.

Jean Rochette, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This case cannot be distinguished from *Westendorp*. Therefore, the appeal is allowed, the judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside and the judgment at trial is restored, with costs throughout to appellant.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Michel Ferland, Montréal.

Solicitors for the respondent: Péloquin, Allard & Lacroix, Montréal.

Risa Goldwax *Appelante*;

et

Ville de Montréal *Intimée.*

N° du greffe: 17529.

1984: 12 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Droit criminel — Prostitution — Règlement municipal — Interdiction de se tenir dans un endroit public aux fins de la prostitution ou d'y aborder une personne à ces fins — Le règlement est-il inconstitutionnel en ce qu'il empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Règlement de la Ville de Montréal, n° 5464.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 342, 146 D.L.R. (3d) 460, 3 C.C.C. (3d) 542, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 87, 138 D.L.R. (3d) 612, 68 C.C.C. (2d) 548, 28 C.R. (3d) 207, qui avait annulé la condamnation prononcée contre l'appelante par la Cour municipale. Pourvoi accueilli.

Michel Ferland, pour l'appelante.

Jean Rochette, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—On ne peut pas distinguer cette affaire de *Westendorp*. En conséquence, le pourvoi est accueilli, la décision de la Cour d'appel du Québec est infirmée et le jugement de première instance est rétabli. L'appelante a droit aux dépens dans toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Michel Ferland, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Péloquin, Allard & Lacroix, Montréal.

Saeid Abbas *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17201.

1984: June 5; 1984: December 13.

Present: Dickson C.J. and Ritchie, Beetz, Estey, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Causing a fire — Proof of offence — Charge of causing a fire by violating law in place where fire caused death or damage — Statutory presumption of fire being wilfully set if non-compliance with fire-prevention or fire-safety law — Whether or not presumption applicable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 392(1)(a),(b), (2).

Appellant, the owner of a Toronto boarding house which burned down causing four deaths, failed to comply with the City's fire prevention by-law and was charged with causing a fire under s. 392(1)(*b*) of the *Code*. The Crown alleged that the loss of life would not have occurred if appellant had complied with the by-law. The trial judge ruled, as a preliminary matter, that the "deeming" provision of s. 392(2) did not apply to a charge under s. 392(1)(*b*). Appellant was then arraigned and, as the Crown had planned to rely on the "deeming" provision, was acquitted in the absence of evidence. The Ontario Court of Appeal reversed the trial judge's ruling and ordered a new trial. This appeal was heard without any adjudication on the merits.

Held (Estey J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Ritchie, Beetz, Chouinard and Wilson JJ.: Section 392(2) should not be construed as applying to s. 392(1)(*b*) since violation of a fire-prevention or fire-safety law (as provided for under s. 392(2)), is already covered by s. 392(1)(*b*) as a violation of any law in force where the fire occurred. To eliminate the distinction between fire-prevention and fire-safety laws and any other kinds of laws would defeat the clear intention of Parliament. Section 392(2), however, clearly extended s. 392(1)(*a*) from acts or omissions of the accused which were a direct cause of fire to circumstances in which the accused's acts or omissions were an indirect cause of fire

Saeid Abbas *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17201.

1984: 5 juin; 1984: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie, Beetz, Estey, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

Droit criminel — Causer un incendie — Preuve de l'infraction — Accusation d'avoir causé un incendie en violant une loi en vigueur à l'endroit où un incendie a occasionné un décès ou des dommages — Présomption légale que l'incendie a été causé volontairement en cas de non-respect d'une loi relative à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie — Application de la présomption — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 392(1)a),b), (2).

L'appelant, propriétaire d'une pension à Toronto qui a brûlé complètement en entraînant le décès de quatre personnes, ne s'est pas conformé au règlement municipal sur la prévention des incendies et a été accusé d'avoir causé un incendie en vertu de l'al. 392(1)*b*) du *Code*. La poursuite allègue que ces pertes de vie ne se seraient pas produites si l'appelant s'était conformé au règlement. Le juge du procès a conclu, à titre préliminaire, que la «présomption» du par. 392(2) ne s'appliquait pas à une accusation visée à l'al. 392(1)*b*). L'appelant a alors été interpellé et, comme la poursuite se proposait de se fonder sur la disposition qui crée une «présomption», il a été acquitté en raison de l'absence de preuve. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge du procès et a ordonné un nouveau procès. Il n'y a pas encore eu de décision sur le fond en l'espèce.

Arrêt (le juge Estey est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Ritchie, Beetz, Chouinard et Wilson: On ne doit pas interpréter le par. 392(2) de façon à l'appliquer à l'al. 392(1)*b*) puisque la violation d'une loi relative à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie (comme le prévoit le par. 392(2)) est déjà visée par l'al. 392(1)*b*) en tant que violation de toute loi en vigueur à l'endroit où l'incendie se produit. L'élimination de la distinction qui existe entre les lois relatives à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie et tout autre genre de loi contredirait l'intention évidente du législateur. Toutefois, le par. 392(2) étend nettement l'infraction que prévoit l'al. 392(1)*a*)

or of resultant death or destruction, provided a fire-prevention or fire-safety law had been violated.

The "plain meaning" rule of statutory interpretation supports an application of s. 392(2) to s. 392(1)(*a*) only as wilfulness is relevant only under that paragraph and not under s. 392(1)(*b*).

Per Dickson C.J. and Lamer J.: An ambiguity that persists after an analysis through the application of the canons of construction must be resolved in favour of the liberty of the subject. This rule applies not only to enactments creating offences but also to certain enactments curtailing the subject's liberty in some other way and to enactments relieving in part the Crown of its usual evidentiary burden. Since the effect of s. 392(2) is to relieve the Crown in part of its traditional evidentiary burden and given the persistent ambiguity of the scope of this section, s. 392(2) must be given an interpretation favouring the liberty of the subject and so be limited to a charge under s. 392(1)(*a*).

[*R. v. Robinson*, [1951] S.C.R. 522; *R. v. Alter* (1982), 65 C.C.C. (2d) 381, applied; *R. v. Rist* (1976), 30 C.C.C. (2d) 119, overruled; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Noble*, [1978] 1 S.C.R. 632, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 68 C.C.C. (2d) 330, allowing an appeal from an acquittal by Graburn Co. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal allowed, Estey J. dissenting.

Derek A. Danielson, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer J. were delivered by

LAMER J.—I have read the reasons of my colleague Madame Justice Wilson and agree that s. 392(2) does not apply to a charge laid under s. 392(1)(*b*). Accordingly, I agree that this appeal

visant les actes ou les omissions du prévenu qui constituent la cause directe d'un incendie, à des circonstances dans lesquelles ces actes ou omissions constituent une cause indirecte de l'incendie ou de la mort ou de la destruction qu'il entraîne, à la condition qu'il y ait eu violation d'une loi relative à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie.

En l'espèce, la règle d'interprétation législative relative au «sens manifeste des mots» appuie l'application du par. 392(2) à l'al. 392(1)*a*) seulement puisque le caractère volontaire est seulement pertinent en vertu de ce paragraphe et non en vertu de l'al. 392(1)*b*).

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: L'ambiguïté qui subsiste après l'analyse fondée sur les règles d'interprétation doit être résolue en faveur de la liberté de l'individu. Cette règle s'applique non seulement aux dispositions législatives qui créent des infractions mais aussi à certaines dispositions qui restreignent la liberté de l'individu d'une autre manière et aux dispositions qui dégagent le ministère public du fardeau habituel qui lui incombe quant à la preuve. Étant donné que le par. 392(2) a pour effet de dégager le ministère public d'une partie du fardeau traditionnel qui lui incombe quant à la preuve et compte tenu de l'ambiguïté persistante en ce qui a trait à la portée de son application, le par. 392(2) devrait être interprété en faveur de la liberté de l'individu et être limité à une accusation visée à l'al. 392(1)*a*).

[Jurisprudence: arrêts appliqués: *R. v. Robinson*, [1951] R.C.S. 522; *R. v. Alter* (1982), 65 C.C.C. (2d) 381; arrêt désapprouvé: *R. v. Rist* (1976), 30 C.C.C. (2d) 119; arrêts mentionnés: *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Noble*, [1978] 1 R.C.S. 632.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 68 C.C.C. (2d) 330, qui a accueilli un appel du verdict d'acquittement prononcé par le juge Graburn de la Cour de comté et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge Estey est dissident.

Derek A. Danielson, pour l'appelant.

David H. Doherty, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de ma collègue Madame le juge Wilson et je conviens que le par. 392(2) ne s'applique pas à une accusation portée en vertu de l'al. 392(1)*b*). Par conséquent,

should be allowed and the trial judge's acquittal restored.

A reading of s. 392 discloses an ambiguity that both Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal and my colleague attempt to resolve by seeking to identify the purpose of the relevant legislation.

I must admit, with respect, that, while I find merit in both approaches I find none sufficiently compelling to permit me to state with any certainty which, in my humble opinion, is the right one.

Given the ambiguity which persists after my own analysis of the section through an application of the canons of construction of statutes, I resolve the ambiguity by resorting to the rule enunciated by Cartwright J. (as he then was) in *R. v. Robinson*, [1951] S.C.R. 522, where he said, at p. 536:

> In my opinion if the words of an enactment which is relied upon as creating a new offence are ambiguous, the ambiguity must be resolved in favour of the liberty of the subject, but whether or not such ambiguity exists is to be determined after calling in aid the rules of construction.

See also *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115.

This rule does not apply only to enactments creating offences, but also to certain enactments curtailing in some other way the subject's liberty, as was the case in *Marcotte*, *supra*, and to enactments relieving in part the Crown of its usual evidentiary burden. Such was the case in *R. v. Noble*, [1978] 1 S.C.R. 632. In that case, the Court was called upon to interpret s. 237(1)(*f*) of the *Criminal Code*, which creates a presumption in favour of the Crown following the production of a certificate of an analyst in impaired driving cases.

Ritchie J., speaking for the Court, addressed the matter as follows, at p. 638:

> The effect of s. 237 both before and after the amendment is to establish the conditions under which the certificate of a qualified technician is admissible, without further evidence, as proof of the proportion of

je conclus également que le présent pourvoi doit être accueilli et que l'acquittement prononcé par le juge du procès doit être rétabli.

La lecture de l'art. 392 révèle une ambiguïté que le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario et ma collègue ont tenté de dissiper en cherchant à identifier le but de la loi pertinente.

Je dois admettre, avec égards, que bien que ces deux façons d'analyser me paraissent valables, je n'en trouve aucune qui soit suffisamment convaincante pour me permettre de dire avec certitude laquelle, à mon humble avis, est la bonne.

Étant donné l'ambiguïté qui subsiste après une analyse personnelle de l'article en regard des règles d'interprétation des lois, je lève cette ambiguïté en appliquant la règle énoncée par le juge Cartwright (alors juge puîné) dans l'arrêt *R. v. Robinson*, [1951] R.C.S. 522, à la p. 536:

> [TRADUCTION] À mon avis, si les termes d'une disposition législative sur laquelle on se fonde pour créer une nouvelle infraction sont ambigus, cette ambiguïté doit être résolue en faveur de la liberté de l'individu. Toutefois, l'existence d'une telle ambiguïté doit être déterminée après application des règles d'interprétation.

Voir également l'arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, à la p. 115.

Cette règle ne s'applique pas seulement aux textes de loi qui créent des infractions, mais aussi à certains textes de loi qui restreignent de quelque autre façon la liberté de l'individu, comme c'était le cas dans l'arrêt *Marcotte*, précité, et à ceux qui allègent en partie le fardeau de la preuve du ministère public. Tel était le cas dans l'arrêt *R. c. Noble*, [1978] 1 R.C.S. 632. Dans cette affaire-là, la Cour a eu à interpréter l'al. 237(1)*f*) du *Code criminel* qui crée une présomption en faveur du ministère public quand on produit le certificat d'un analyste dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies.

Voici ce qu'a dit, à ce sujet, le juge Ritchie au nom de la Cour, à la p. 638:

> Avant comme après sa modification, l'art. 237 fixe les conditions de recevabilité, sans autre preuve, d'un certificat de technicien qualifié comme preuve du taux d'alcoolémie du prévenu. Ces dispositions visent manifeste-

alcohol in the blood of the accused. These provisions are obviously designed to assist the Crown in proving its case, and as they serve to restrict the normal rights of the accused to cross-examination and saddle him with the burden of proving that the certificate does not accurately reflect his blood alcohol content at the time of the alleged offence, they are to be strictly construed and, where ambiguous, interpreted in favour of the accused.

The effect of s. 392(2) is also to relieve the Crown of part of its traditional evidentiary burden in criminal prosecutions, and should, given this persistent ambiguity as to the scope of its application, be given the interpretation which favours "the liberty of the subject", which requires that its application be limited to a charge under s. 392(1)(*a*).

The judgment of Ritchie, Beetz, Chouinard and Wilson JJ. was delivered by

WILSON J.—This appeal raises a pure question of statutory interpretation of s. 392 of the *Criminal Code*. The section reads as follows:

392. (1) Every one who causes a fire

(*a*) wilfully, or

(*b*) by violating a law in force in the place where the fire occurs,

is, if the fire results in loss of life or destruction of or damage to property, guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

(2) For the purposes of this section, the person who owns, occupies or controls property in which a fire that results in loss of life or destruction of or damage to property originates or occurs shall be deemed wilfully to have caused the fire if he has failed to comply with any law that is intended to prevent fires or that requires the property to be equipped with apparatus for the purpose of extinguishing fires or for the purpose of enabling persons to escape in the event of fire, and if it is established that the fire, or the loss of life, or the whole or any substantial portion of the destruction of or damage to the property would not have occurred if he had complied with the law.

ment à faciliter la tâche du ministère public quand il présente sa preuve. Comme elles restreignent le droit normal du prévenu de contre-interroger et lui imposent le fardeau de prouver que le certificat ne reflète pas correctement son taux d'alcoolémie lors de l'infraction alléguée, elles doivent être interprétées strictement et, si elles sont ambiguës, elles doivent l'être en faveur de l'accusé.

Le paragraphe 392(2) a aussi pour effet de dégager le ministère public d'une partie de son fardeau traditionnel en matière de preuve dans les poursuites criminelles et il devrait, compte tenu de l'ambiguïté persistante en ce qui a trait à la portée de son application, être interprété en faveur de «la liberté de l'individu» et donc être limité à une accusation visée à l'al. 392(1)*a*).

Version française du jugement des juges Ritchie, Beetz, Chouinard et Wilson rendu par

LE JUGE WILSON—Le présent pourvoi soulève une pure question d'interprétation législative, savoir celle de l'art. 392 du *Code criminel* que voici:

392. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque cause un incendie

a) volontairement, ou

b) en violant une loi en vigueur à l'endroit où l'incendie se produit,

si l'incendie entraîne une perte de vie ou la destruction ou détérioration de biens.

(2) Aux fins du présent article, la personne qui a la propriété, l'occupation ou le contrôle des biens dans lesquels prend naissance ou se produit un incendie occasionnant une perte de vie ou la destruction ou détérioration de biens, est censée avoir volontairement causé l'incendie si elle a omis de se conformer à toute loi destinée à prévenir les incendies ou exigeant que les biens soient munis d'appareils extincteurs ou de dispositifs pour permettre le sauvetage des personnes en cas d'incendie, et s'il est établi que l'incendie ou la perte de vie, ou la totalité ou une partie importante de la destruction ou détérioration des biens, aurait été évitée si cette personne avait observé la loi.

The facts

The facts giving rise to the problem are that the appellant, the owner of a boarding house in Toronto, failed to comply with the City's fire prevention by-law with respect to fire extinguishers, smoke detectors and fire escapes. The boarding house burned down on October 5, 1980 and four people died in the fire. The Crown alleged that this loss of life would not have occurred if the appellant had complied with the by-law.

The appellant appeared before Graburn Co. Ct. J. charged on the following indictment:

SAEID ABBAS stands charged that he, on or about the 5th day of October in the year 1980, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, caused a fire at 24 Caroline Avenue by violating a law in force at 24 Caroline Avenue, Toronto, Ontario, to wit: City of Toronto By-Law #73/68, which fire resulted in the death of Frederick James Narapecka and Ernie Cullen and Arthur Burton and Herbert Rose, contrary to the Criminal Code.

Rather than adducing proof of the Crown's case and then arguing the legal issues on a defence motion to dismiss, the parties requested the court to rule as a preliminary matter on the legal issue of whether the "deeming" provision of s. 392(2) of the *Criminal Code* applies on a charge under s. 392(1)(*b*). Although Judge Graburn was not completely satisfied with this procedure, he complied with the request and, following the decision of Borins Co. Ct. J. in *R. v. Alter* (1982), 65 C.C.C. (2d) 381, ruled that it did not. The appellant was then arraigned; the Crown which had proposed to rely on the "deeming" provision conceded that it had no evidence to offer, and the appellant was acquitted.

The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal which reversed Judge Graburn and ordered a new trial. The appellant filed notice of appeal to this Court pursuant to s. 618(2)(*a*) of the *Code*. Accordingly there has not yet been an adjudication on the merits.

Les faits

Les faits qui ont causé le problème sont les suivants: l'appelant qui est propriétaire d'une pension à Toronto ne s'est pas conformé au règlement municipal sur la prévention des incendies en ce qui a trait aux extincteurs, aux détecteurs de fumée et aux sorties de secours. Le 5 octobre 1980, la pension a brûlé complètement et quatre personnes ont péri dans le sinistre. La poursuite soutient que ces pertes de vie ne se seraient pas produites si l'appelant s'était conformé au règlement.

L'appelant qui a comparu devant le juge Graburn de la Cour de comté était inculpé en vertu de l'acte d'accusation suivant:

[TRADUCTION] SAEID ABBAS est accusé d'avoir, le 5 octobre 1980, ou vers cette date, dans la municipalité du Toronto métropolitain dans le district judiciaire de York, causé un incendie au 24 de l'avenue Caroline en violant une loi en vigueur au 24 avenue Caroline à Toronto (Ontario), savoir le règlement N° 73/68 de la ville de Toronto, incendie qui a entraîné le décès de Frederick James Narapecka, Ernie Cullen, Arthur Burton et Herbert Rose, contrairement au Code criminel.

Au lieu que la poursuite prouve ses prétentions puis plaide les questions juridiques soulevées par une requête de la défense visant au rejet de l'accusation, les parties ont demandé à la cour de trancher d'abord une question de droit, savoir si la présomption du par. 392(2) du *Code criminel* s'applique à une accusation visée à l'al. 392(1)*b*). Bien que le juge Graburn n'ait pas été entièrement satisfait de cette procédure, il a acquiescé à la demande et, appliquant la décision du juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. Alter* (1982), 65 C.C.C. (2d) 381, il a jugé que la présomption ne s'appliquait pas. L'appelant a alors été interpellé; la poursuite qui s'était proposé de se fonder sur la «présomption», a admis qu'elle n'avait aucun élément de preuve à présenter et l'appelant a été acquitté.

La poursuite a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé le jugement du juge Graburn et a ordonné un nouveau procès. L'appelant a présenté un avis de pourvoi à cette Cour en vertu de l'al. 618(2)*a*) du *Code*. En conséquence, il n'y a pas encore eu de décision sur le fond.

Section 392 forms part of Part IX of the *Code* entitled "Wilful and Forbidden Acts in respect of Certain Property". Both "property" and "wilfulness" are defined terms for purposes of this part of the *Code*, the definitions being contained in ss. 385 and 386(1) respectively. In the absence of the deeming provision of s. 392(2), the word "wilfully" in s. 392(1)(*a*) would be accorded the meaning given to it in s. 386(1). It seems clear therefore that s. 392(2) applies to a charge laid under s. 392(1)(*a*).

In the present case, however, the indictment does not allege that the appellant "wilfully" caused a fire. It alleges that he "caused a fire" by "violating a law in force". It can be a good indictment, therefore, only in respect of an offence under s. 392(1)(*b*). Ironically, the appellant would not seem to have a case if the indictment had charged him with "wilfully" causing a fire even though it is apparent that in the ordinary sense of the word his action or inaction was neither wilful nor a cause of the fire.

2. Interpretation of section 392

The question of statutory interpretation posed on this appeal has already been considered on two separate occasions, first by Laycraft J. (as he then was) of the Alberta Supreme Court in *R. v. Rist* (1976), 30 C.C.C. (2d) 119, and then by Borins Co. Ct. J. in *Alter*, *supra*. Whereas the trial judge in *Abbas* relied on Judge Borins in holding that s. 392(2) could logically be said to apply only to the offence set out in s. 392(1)(*a*), the Court of Appeal adopted the reasoning of Mr. Justice Laycraft and held the "deeming" provision equally applicable to the offence created in s. 392(1)(*b*).

In the reasons given by Martin J.A. in the Court of Appeal (now reported at (1982), 68 C.C.C. (2d) 330) stress was laid upon the word "caused" in s. 392(2). The subsection was perceived as designed to provide a connection between the violation of "a law in force in the place where the fire occurs" (s. 392(1)(*b*)) and any property damage or deaths resulting from the fire even although the violation

L'article 392 se trouve dans la Partie IX du *Code* intitulée «Actes volontaires et prohibés concernant certains biens». Le terme «biens» et le caractère «volontaire» sont définis respectivement aux art. 385 et 386(1) aux fins de cette partie du *Code*. En l'absence de la présomption du par. 392(2), le terme «volontairement» à l'al. 392(1)*a*), aurait le sens que lui donne le par. 386(1). Par conséquent, il semble évident que le par. 392(2) s'applique à une accusation portée en vertu de l'al. 392(1)*a*).

Toutefois, en l'espèce, l'acte d'accusation n'allègue pas que l'appelant a «volontairement» causé un incendie. Il allègue qu'il a «causé un incendie» en «violant une loi en vigueur». L'acte d'accusation ne peut donc être valide qu'à l'égard d'une infraction visée à l'al. 392(1)*b*). Ironiquement, il semble que l'appelant n'aurait pas de cause s'il avait été inculpé dans l'acte d'accusation d'avoir «volontairement» causé un incendie, même s'il est évident que dans le sens ordinaire du terme, son action ou son inaction n'était ni volontaire ni une cause de l'incendie.

2. Interprétation de l'article 392

La question d'interprétation législative qui se pose dans le présent pourvoi a déjà été étudiée dans deux affaires distinctes, d'abord par le juge Laycraft (tel était son titre) de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Rist* (1976), 30 C.C.C. (2d) 119, et ensuite par le juge Borins dans l'affaire *Alter*, précitée. Alors que le juge du procès dans l'affaire *Abbas* s'est fondé sur la décision du juge Borins pour conclure que le par. 392(2) pouvait logiquement ne s'appliquer qu'à l'infraction établie à l'al. 392(1)*a*), la Cour d'appel a fait sien le raisonnement du juge Laycraft et a conclu que la présomption ainsi créée s'applique également à l'infraction établie à l'al. 392(1)*b*).

Dans les motifs du juge Martin de la Cour d'appel (maintenant publiés à (1982), 68 C.C.C. (2d) 330), l'accent a été mis sur le terme «causé» du par. 392(2). Le juge a considéré que le paragrahe était destiné à assurer un lien entre la violation d'«une loi en vigueur à l'endroit où l'incendie se produit» (al. 392(1)*b*)) et toutes les pertes de vie ou détériorations de biens qu'entraîne

could not be said to have actually caused the fire. This view is most forcefully put forward by Laycraft J. in *Rist* when he states at pp. 120-21:

> I am of the view, however, that s-s. (2) of s. 392 is designed to give a statutory definition of causing a fire "by violating a law in force in the place where the fire occurs". A person is deemed "wilfully to have caused the fire" if the violations of the local law are of the class described in s-s. (2). Without such a definition, many of the acts described in s-s. (2) would not, in the ordinary meaning of the term, be such as to "cause" a fire but would merely make its results more calamitous. The statutory definition given relates to s-s. (1)(*b*) of s. 392.

With respect, it is difficult to see any meaningful distinction between paras. (*a*) and (*b*) of s. 392(1) if this view is correct. Yet a distinction was clearly intended. By s. 392(2) Parliament has clearly extended the offence under s. 392(1)(*a*) from acts or omissions of the accused which are the direct cause of a fire to circumstances in which the accused's acts or omissions are an indirect cause of a fire or of the resultant death or destruction. Those acts or omissions, however, have to constitute violations of fire-prevention or fire-safety laws. Section 392(1)(*b*), on the other hand, makes it an offence to cause a fire by violating any law in force in the place where the fire occurred if the fire results in death or destruction. To construe s. 392(2) as applicable to s. 392(1)(*b*) would make no sense. The violation of a fire-prevention or fire-safety law is a violation of "a law in force in the place where the fire occurs". It is, in other words, already covered in s. 392(1)(*b*). I would respectfully agree with Judge Borins where he says at p. 387 of *Alter*:

> The mischief to which s. 392(1)(*a*) and s. 392(2) is directed is [non-]compliance with fire-prevention and fire-safety legislation.

The view adopted by the Court of Appeal in the present case eliminates the distinction between

l'incendie même s'il n'est pas possible d'établir que la violation a réellement causé l'incendie. Le juge Laycraft fait vigoureusement valoir ce point de vue dans l'affaire *Rist* lorsqu'il dit aux pp. 120 et 121:

> [TRADUCTION] Toutefois, je suis d'avis que le but du par. (2) de l'art. 392 est de définir dans la loi le fait de causer un incendie par la violation d'«une loi en vigueur à l'endroit où l'incendie se produit». Une personne est censée «avoir volontairement causé un incendie» si les violations de la loi locale sont comprises dans la catégorie visée au par. (2). En l'absence d'une telle définition, plusieurs actes visés au par. (2), au sens ordinaire du terme, n'auraient pas pour effet de «causer» un incendie; ils en rendraient simplement les conséquences plus désastreuses. La définition législative se rapporte à l'al. (1)*b*) de l'art. 392.

Si cette opinion est juste, il est difficile d'établir une distinction significative entre les al. *a*) et *b*) du par. 392(1). Pourtant, le législateur a clairement voulu établir une distinction. En vertu du par. 392(2), il a nettement étendu l'infraction prévue à l'al. 392(1)*a*) des actes ou omissions du prévenu qui sont la cause directe d'un incendie aux circonstances dans lesquelles ces actes ou omissions sont une cause indirecte de l'incendie, ou d'une perte de vie ou d'une destruction en résultant. Toutefois, ces actes ou omissions doivent constituer des violations à des lois relatives à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie. Par ailleurs, l'al. 392(1)*b*) érige en infraction le fait de causer un incendie par la violation de toute loi en vigueur à l'endroit où l'incendie se produit si l'incendie entraîne une perte de vie ou la destruction de biens. Il ne serait pas logique de dire que le par. 392(2) s'applique à l'al. 392(1)*b*). La violation d'une loi relative à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie constitue une violation d'«une loi en vigueur à l'endroit où l'incendie se produit». En d'autres termes, l'al. 392(1)*b*) vise déjà cette situation. Avec égards, je souscris à l'opinion du juge Borins lorsqu'il dit à la p. 387 de l'affaire *Alter*:

> [TRADUCTION] La situation que veulent corriger l'al. 392(1)*a*) et le par. 392(2) est l'inobservation d'une mesure législative relative à la prévention des incendies et à la sécurité en matière d'incendie.

L'opinion adoptée par la Cour d'appel en l'espèce élimine la distinction qui existe entre ce genre de

that type of legislation and any other. In this respect it defeats the clear intention of Parliament.

While the respondent correctly asserts that in interpreting any statutory provision, including one in the *Criminal Code*, one must begin with the proposition that words are to be given their plain meaning (*R. v. Robinson*, [1951] S.C.R. 522), the trial judge's interpretation seems more consonant with the language used than the interpretation of the Court of Appeal. The fact that under s. 392(2) violating certain fire safety laws is made synonymous with "wilfully" causing the fire would appear to be relevant only to a charge under s. 392(1)(*a*). As the offence set out in s. 392(1)(*b*) requires no element of wilfulness, the relevance to it of a subsection whose purpose is to deem to be wilful acts which are otherwise not wilful is, to say the least, dubious. I do not believe, therefore, that the respondent can derive much comfort from the plain meaning rule in this case.

As Judge Borins noted in *Alter*, the intentional setting of a fire (commonly referred to as arson) is dealt with in ss. 389 and 390 of the *Code* and the reckless setting of a fire is covered by the criminal negligence sections 202, 203 and 204. Section 392 applies to cases other than arson and to conduct which does not constitute criminal negligence. The offence in s. 392(1)(*b*) is made out where the accused has caused the fire itself by violating a law in force in the place where the fire occurred *i.e.* any law including the entire spectrum of non-fire related laws. By contrast, the criterion for culpability under s. 392(1)(*a*) is satisfied where the accused has wilfully caused the fire or where, by virtue of s. 392(2), he is deemed to have wilfully caused the fire. He is deemed to have wilfully caused the fire if he has breached a fire-prevention or fire-safety law and the death or destruction (but not necessarily the fire itself) would not have occurred if such law had been complied with.

mesures législatives et les autres. À cet égard, elle contredit l'intention évidente du législateur.

Bien que l'intimée soutienne à juste titre que pour interpréter une disposition législative, y compris une disposition du *Code criminel*, il faut d'abord appliquer la proposition selon laquelle on doit donner aux mots leur sens manifeste (*R. v. Robinson*, [1951] R.C.S. 522), l'interprétation du juge du procès semble mieux concorder avec le terme utilisé que l'interprétation de la Cour d'appel. Le fait que, en vertu du par. 392(2), la violation de certaines lois relatives à la sécurité en matière d'incendie devienne synonyme de causer «volontairement» un incendie, ne me paraît pertinent que dans le cas d'une accusation portée en vertu de l'al. 392(1)*a*). Étant donné que l'infraction prévue à l'al. 392(1)*b*) n'exige aucun élément de volonté, la pertinence à son égard d'un paragraphe dont le but est de présumer volontaires des actes qui par ailleurs ne sont pas volontaires est pour le moins douteuse. Par conséquent, je ne crois pas que l'intimée puisse, en l'espèce, s'appuyer avec succès sur la règle du sens manifeste des mots.

Comme le juge Borins l'a souligné dans l'affaire *Alter*, l'acte qui consiste à mettre le feu d'une manière intentionnelle (communément appelé crime d'incendie) est visé aux art. 389 et 390 du *Code* et celui qui consiste à mettre le feu par insouciance est visé aux art. 202, 203 et 204 qui portent sur la négligence criminelle. L'article 392 s'applique aux cas autres que le crime d'incendie et à la conduite qui ne constitue pas une négligence criminelle. L'infraction prévue à l'al. 392(1)(*b*) naît lorsque l'accusé a causé l'incendie lui-même en violant une loi en vigueur à l'endroit où l'incendie s'est produit, c.-à-d. toute loi, y compris la gamme complète des lois qui ne sont pas relatives aux incendies. Par opposition, le critère relatif à la culpabilité en vertu de l'al. 392(1)*a*) est satisfait lorsque l'accusé a volontairement causé l'incendie ou lorsque, en vertu du par. 392(2), il est censé avoir volontairement causé l'incendie. Cette présomption s'applique s'il a enfreint une loi relative à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie et que la perte de vie ou la destruction (mais pas nécessairement l'incendie lui-même) aurait été évitée s'il s'y était conformé.

Crown counsel put a great deal of emphasis on the opening words of s. 392(2), submitting that the phrase "For the purposes of this section" evidences an intention on the part of Parliament to apply the "deeming" provision to both offences created by the section. In support of this submission he directed the Court's attention to sections such as s. 320(4) of the *Code* which deems property obtained by means of an N.S.F. cheque to have been obtained by false pretenses for purposes of s. 320(1)(*a*). Were it not for the express reference to s. 320(1)(*a*), the respondent argued, such a "deeming" provision would necessarily apply to all of the offences created by s. 320 (*i.e.* those created by ss. 320(1)(*b*), (*c*) and (*d*) as well). By analogy, the argument went, the s. 392(2) "deeming" provision would contain an express reference to s. 392(1)(*a*) if it were intended to apply only to that subsection.

What this argument overlooks, however, is that unlike s. 392 the various paragraphs of s. 320(1) are drafted without reference to one another or to any words in the section and as such are completely self-contained. There is no need to refer to the rest of the section in order to make sense of s. 320(1)(*a*). It stands on its own feet. Accordingly, the "deeming" provision of s. 320(4) can coherently be applied to that paragraph alone. Paragraph (*a*) of s. 392(1), on the other hand, cannot coherently be read without reference to the other language of s. 392(1). It takes the other language to constitute the offence. Therefore, regardless of the intent underlying the "deeming" provision of s. 392(2), the draftsman could not possibly have said "For the purposes of paragraph (*a*)". The structure of s. 392 requires the opening words "For the purposes of this section" even if subsection (2) were intended to apply only to para. (*a*). No assistance is to be gained therefore from this phraseology.

3. Conclusion

It seems to me that the interpretation put upon s. 392 by the Court of Appeal in overturning the decision of Judge Graburn has the effect of all but eliminating any distinction between the offences created by s. 392(1)(*a*) and s. 392(1)(*b*). The

Le substitut du procureur général accorde beaucoup d'importance aux premiers mots du par. 392(2) et fait valoir que l'expression «Aux fins du présent article» démontre que le législateur avait l'intention d'appliquer la «présomption» aux deux infractions que crée l'article. À l'appui de son argument, il signale à la Cour des dispositions comme le par. 320(4) du *Code* qui présume qu'un bien obtenu au moyen d'un chèque sans provision a été obtenu par un faux semblant aux fins de l'al. 320(1)*a*). L'intimée soutient que si ce n'était de la mention expresse de l'al. 320(1)*a*), une telle «présomption» s'appliquerait nécessairement à toutes les infractions que crée l'art. 320 (c.-à-d. celles qui sont aussi créées par les al. 320(1)*b*), *c*) et *d*)). Elle ajoute que, par analogie, la «présomption» du par. 392(2) mentionnerait de façon expresse l'al. 392(1)*a*) si elle devait ne s'appliquer qu'à cet alinéa.

Toutefois, cet argument néglige le fait que, contrairement à l'art. 392, les divers alinéas du par. 320(1) sont rédigés sans lien entre eux ou avec d'autres termes de l'article et que comme tels, ils sont complètement indépendants. Il n'est pas nécessaire de se reporter au reste de l'article pour saisir la signification de l'al. 320(1)*a*). C'est une disposition autonome. Par conséquent, la «présomption» du par. 320(4) peut être appliquée d'une façon cohérente à cet alinéa pris seul. Par ailleurs, l'al. 392(1) ne peut être interprété d'une façon cohérente si on ne tient pas compte du reste du par. 392(1). Ces autres termes sont nécessaires pour constituer l'infraction. Par conséquent, indépendamment de l'intention sous-jacente à la présomption du par. 392(2), le rédacteur ne pouvait absolument pas employer l'expression «Aux fins de l'alinéa *a*)». La structure de l'art. 392 exige qu'il commence par l'expression «Aux fins du présent article», même si le paragraphe (2) ne devait s'appliquer qu'à l'al. *a*). Par conséquent, cette phraséologie ne serait d'aucune utilité.

3. Conclusion

L'interprétation que la Cour d'appel a donnée à l'art. 392 en infirmant la décision du juge Graburn me semble avoir pour effet d'éliminer presque toute distinction entre les infractions que créent les al. 392(1)*a*) et *b*). Effectivement, ce dernier sub-

former is effectively subsumed under the latter. In view of the evident Parliamentary intention to create two distinct offences, one arising from certain violations of fire-prevention or fire-safety laws and the other from violations of other types of law, such an interpretation seems inappropriate. In addition, the position put forward by the respondent and adopted by the Court of Appeal does not appear to be persuasive as a matter of pure statutory interpretation. In deeming certain fires to have been wilfully caused by the accused, s. 392(2) must logically be applicable only to the s. 392(1)(*a*) offence as the criterion of wilfulness is relevant only to that offence and not to the offence created by s. 392(1)(*b*).

Since the appellant was charged under s. 392(1)(*b*), and the Crown has conceded that it cannot establish the requisite causal connection between the by-law violations and the fire if s. 392(2) is inapplicable, the appeal must be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, and the trial judge's acquittal of the appellant restored.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—I would dismiss the appeal for the reasons given by Martin J.A. in the Court of Appeal of Ontario.

Appeal allowed, ESTEY J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Derek A. Danielson, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

sume le premier. Une telle interprétation semble inappropriée vu l'intention évidente du législateur de créer deux infractions distinctes, l'une résultant de certaines violations à des lois relatives à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie et l'autre de violations à d'autres genres de lois. De plus, la position défendue par l'intimée et adoptée par la Cour d'appel ne me paraît pas convaincante du point de vue de la pure interprétation législative. Puisqu'il présume que certains incendies ont été volontairement causés par le prévenu, le par. 392(2) doit logiquement ne s'appliquer qu'à l'infraction établie à l'al. 392(1)*a*) étant donné que le critère du caractère volontaire n'est pertinent qu'à l'égard de cette infraction et non à l'égard de l'infraction que crée l'al. 392(1)*b*).

Étant donné que l'appelant a été accusé en vertu de l'al. 392(1)*b*) et que la poursuite a admis ne pas être en mesure d'établir le lien causal nécessaire entre les violations au règlement et l'incendie si le par. 392(2) ne s'applique pas, le pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel infirmé et l'acquittement de l'appelant prononcé par le juge du procès rétabli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs énoncés par le juge Martin en Cour d'appel de l'Ontario.

Pourvoi accueilli, le juge ESTEY *est dissident.*

Procureur de l'appelant: Derek A. Danielson, Toronto

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

The Attorney General for the Province of Ontario *Appellant*;

and

Riaz Fatehi *Respondent.*

File No.: 16837.

1984: June 22; 1984: December 13.

Present: Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Highways — Damage due to traffic accident — Crown expended money for clean up — Whether or not negligent driver liable — Public Transportation and Highway Improvement Act, R.S.O. 1980, c. 421, s. 33 — Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 11.

Negligence — Traffic accident — Highway damaged — Whether or not Crown can recover money spent for clean up.

Crown — Recovery for expenses incurred because of traffic accident — Accident caused by negligent driver — Whether or not Crown can recover.

Respondent was solely responsible for a traffic accident on a provincial highway owned in fee simple by the appellant. The police requested a fire department to stand by, because of the danger of explosion, and to clean up the debris, at a cost of $300. The trial judge allowed appellant to recover this amount, not on the basis that the claim was for economic loss, but rather on the basis that it was a claim by the owner of the highway to recover physical damage resulting from respondent's negligence. The Court of Appeal, however, characterized the case as one of pure economic loss and therefore not recoverable under Canadian law.

Held: The appeal should be allowed.

The highway ceased to be one in the sense of being a traffic-carrying facility when it was blocked because of respondent's negligent actions and appellant, as its owner, thereby suffered damage to its property in the same way as any other property owner. Absent some disqualifying law in these circumstances, appellant is entitled to recover its direct damages—the cost of restoring the road to its prior condition. This was not a case

Le procureur général de la province de l'Ontario *Appelant*;

et

Riaz Fatehi *Intimé.*

N° du greffe: 16837.

1984: 22 juin; 1984: 13 décembre.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Voies publiques — Dommages résultant d'un accident de la circulation — Dépenses de la province pour le nettoyage — Responsabilité du conducteur négligent — Loi sur l'aménagement des routes et des transports en commun, L.R.O. 1980, chap. 421, art. 33 — Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, chap. 219, art. 11.

Responsabilité — Accident de la circulation — Dommages causés à une route — La province peut-elle être indemnisée pour le nettoyage?

Couronne — Indemnisation pour les pertes découlant d'un accident de la circulation — Accident causé par la négligence du conducteur — La Couronne peut-elle être indemnisée?

L'intimé est l'unique responsable d'un accident de la circulation survenu sur une route provinciale à l'égard de laquelle l'appelant a un droit de propriété absolu. La police a demandé à un service d'incendie d'enlever les débris et de se tenir prêt à cause du danger d'explosion, ce qui a coûté 300 $. Le juge de première instance a permis à l'appelant d'être indemnisé de ce montant pour le motif qu'il ne s'agissait pas d'une perte financière, mais plutôt d'une réclamation en sa qualité de propriétaire de la route visant à se faire indemniser des dommages matériels résultant de la négligence de l'intimé. Toutefois, la Cour d'appel a conclu qu'il s'agissait d'une perte purement financière et que, par conséquent, les lois du Canada ne permettent pas une indemnisation dans un tel cas.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La route a cessé d'être une route au sens de voie de circulation lorsqu'elle a été bloquée à cause des actes négligents de l'intimé et l'appelant, en sa qualité de propriétaire, a subi des dommages à sa propriété de la même manière que tout autre propriétaire. En l'absence d'une loi créant une exclusion dans les circonstances, l'appelant a le droit d'être indemnisé pour ses dommages directs, c.-à-d. les dépenses engagées pour remettre la

of economic loss. Appellant's motive for repairing the road, whether it be because of a statutory duty or because of its being owner making good the damage to its asset, did not bear on its entitlement to recover its loss from respondent.

The Crown has a long-established right to bring this action and this right has not been precluded expressly or inferentially by s. 33 of the *Public Transportation and Highway Improvement Act* or by any other Act or rule of court. This right, further, is not to be discouraged by the courts on the ground of public policy. The fact that some provinces have statutes expressly authorizing the Crown to bring such an action and the fact that others do not merely indicate that public policy is not clear one way or the other and that there is no inherent requirement that it discourage this type of action.

Provincial highways should not be accorded "special status" since they lie in the "public domain". The term "public domain" has no precise meaning in common law and is of no assistance in determining either the right of the Crown to bring this action or the obligation of the defendant in the action (if properly brought) to be exonerated from payment of damages occasioned to the Crown's property by his negligence.

Junior Books Ltd. v. Veitchi Co., [1983] 1 A.C. 520; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *Glasgow Corporation v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1; *Attorney-General for Ontario v. Crompton* (1976), 14 O.R. (2d) 659; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Seaway Hotels Ltd. v. Consumers' Gas Co.*, [1959] O.R. 581, affirming [1959] O.R. 177; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1972] 3 All E.R. 557, [1973] 1 Q.B. 27; *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Electrohome, Ltd. v. Welsh Plastics, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 205; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambray Prince Steamship Co.*, [1969] 1 Q.B. 219; *Rickards v. Sun Oil Co.*, 41 A.2d 267 (1945); *Heeney v. Best* (1979), 28 O.R. (2d) 71; *Yamerovski v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *Armstrong v. Attorney-General of New Brunswick* (1956), 5 D.L.R. (2d) 606; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489; *Nykorak v. Attorney-General of Canada*, [1962] S.C.R. 331; *The Queen v. Murray*, [1967] S.C.R. 262; *The Queen v. Buchinsky*, [1983] 1 S.C.R. 481; *St. Catha-*

route en état. Il ne s'agit pas d'un cas de perte financière. Les motifs qui ont poussé l'appelant à réparer la route, que ce soit parce que la loi l'y obligeait ou en raison de sa qualité de propriétaire qui répare le dommage causé à son bien, ne le privent pas de son droit d'être indemnisé de sa perte.

Ni l'article 33 de la *Loi sur l'aménagement des routes et des transports en commun* ni aucune autre loi ou règle de pratique n'exclut, expressément ou par déduction, le droit de Sa Majesté reconnu depuis longtemps d'intenter cette action. En outre, ce droit ne doit pas être découragé par les tribunaux pour des considérations d'intérêt public. Le fait que dans certaines provinces la loi autorise expressément Sa Majesté à intenter une telle action et le fait que dans d'autres provinces ce ne soit pas le cas, tend à indiquer que les considérations d'intérêt public ne sont pas plus claires dans un sens que dans l'autre et que l'intérêt public n'a aucune exigence propre visant à décourager ce genre d'action.

Les routes provinciales ne devraient pas avoir de «statut particulier» parce qu'elles font partie du «domaine public». L'expression «domaine public» n'a aucun sens précis en *common law* et n'est d'aucune utilité dans la détermination du droit de la province d'intenter la présente action ou de l'obligation de libérer le défendeur à l'action (si elle a été intentée à juste titre) du paiement des dommages que sa négligence a causés à la province.

Jurisprudence: *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] R.C.S. 510; *Glasgow Corporation v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1; *Attorney-General for Ontario v. Crompton* (1976), 14 O.R. (2d) 659; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Seaway Hotels Ltd. v. Consumers' Gas Co.*, [1959] O.R. 581, confirmant [1959] O.R. 177; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1972] 3 All E.R. 557, [1973] 1 Q.B. 27; *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Electrohome, Ltd. v. Welsh Plastics, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 205; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambray Prince Steamship Co.*, [1969] 1 Q.B. 219; *Rickards v. Sun Oil Co.*, 41 A.2d 267 (1945); *Heeney v. Best* (1979), 28 O.R. (2d) 71; *Yamerovski v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *Armstrong v. Attorney-General of New Brunswick* (1956), 5 D.L.R. (2d) 606; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] R.C.S. 489; *Nykorak v. Attorney-General of Canada*, [1962] R.C.S. 331; *The Queen v. Murray*, [1967] R.C.S. 262; *La Reine c. Buchinsky*,

rines Milling and Lumber Co. v. The Queen (1887), 13 S.C.R. 577; *Re Rockcliffe Park Realty Ltd. and Director of the Ministry of the Environment* (1975), 10 O.R. (2d) 1, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 34 O.R. (2d) 129, 127 D.L.R. (3d) 603, 18 C.C.L.T. 97, allowing an appeal from a judgment of Steele J. in a matter originally instituted in the Fourth Small Claims Court of the County of Wellington. Appeal allowed.

T. H. Wickett, Q.C., and *L. Kowal*, for the appellant.

Brian H. Wheatley, Q.C., and *Peter A. Daley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The issue in this appeal arises out of a motor vehicle collision on a provincial highway in Ontario, for which the respondent is admittedly solely responsible. The accident occasioned expense by the appellant in cleaning up the roadway in order to prevent further damage to the road and to open the highway to traffic.

The litigation proceeded upon the basis of an agreed statement of facts. The appellant is the owner in fee simple of the highway and, as already indicated, the collision on the highway was caused by the negligence of the respondent. As a result of the collision gasoline and debris were strewn on the surface of the highway, and by reason thereof other vehicles were prevented from using one lane of the highway until injured persons, wrecked vehicles, spilled gasoline, glass and other debris were removed. There was a present danger of fire and explosion, danger to persons and property of members of the public using the highway, and a danger of damage to the surface of the highway. A nearby municipal fire department was requested by the Ontario Provincial Police to remove the debris and to stand by in case of fire and explosion, all at a

[1983] 1 R.C.S. 481; *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *Re Rockcliffe Park Realty Ltd. and Director of the Ministry of the Environment* (1975), 10 O.R. (2d) 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 34 O.R. (2d) 129, 127 D.L.R. (3d) 603, 18 C.C.L.T. 97, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Steele dans une affaire présentée à l'origine devant la quatrième cour des petites créances du comté de Wellington. Pourvoi accueilli.

T. H. Wickett, c.r., et *L. Kowal*, pour l'appelant.

Brian H. Wheatley, c.r., et *Peter A. Daley*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Le litige qui fait l'objet du présent pourvoi résulte d'une collision entre des véhicules automobiles sur une route provinciale de l'Ontario, collision dont il est admis que l'intimé est le seul responsable. Cet accident a occasionné des dépenses à l'appelant qui a dû faire nettoyer la chaussée afin d'empêcher que la route ne subisse d'autres dommages et afin de la rouvrir à la circulation.

Le procès s'est déroulé sur le fondement d'un exposé conjoint des faits. L'appelant a un droit de propriété absolu sur la route et, comme je l'ai déjà indiqué, la collision qui s'y est produite est uniquement imputable à la négligence de l'intimé. À cause de la collision, la route était jonchée de débris et de l'essence y était répandue; c'est pour cette raison qu'il a fallu empêcher les autres véhicules automobiles d'emprunter l'une des voies de la route jusqu'à ce que les blessés, les véhicules accidentés, l'essence répandue, le verre et les autres débris aient été enlevés. Il existait un danger réel d'incendie ou d'explosion, et un danger pour les personnes et pour les biens des personnes qui utilisent la route, ainsi qu'un risque de dommages au pavé de la route. La police provinciale de l'Ontario a demandé à un service d'incendie municipal voisin d'enlever les débris et de se tenir prêt en cas d'incendie et d'explosion; il en a coûté une somme

cost of $300, which the appellant sought to recover.

The judge of first instance, Steele J. of the Ontario High Court, gave judgment to the appellant on the basis that it was not a case of economic loss but rather a claim by the appellant as owner of the highway to recover physical damage resulting from the respondent's negligence. The dissent by Brooke J.A. in the Court of Appeal, reported at (1981), 34 O.R. (2d) 129, 127 D.L.R. (3d) 603, 18 C.C.L.T. 97, reached the same conclusion. Brooke J.A. agreed that this was not a case of pure economic loss but simply a claim by the Crown arising out of damage or potential damage to its property. In reaching this conclusion he rejected a plea by the present respondent that his negligence had simply caused the Crown to carry out its statutory duty to maintain the highway for which no claim could arise against the defendant-respondent for damages. Brooke J.A. concluded at p. 133 (O.R.): "I regard the case simply as one where the Crown sues a defendant who by his negligence has caused the loss or damage of Crown property".

Wilson J.A. (as she then was) concluded that this was a case of pure economic loss and that as such recovery could not be made under the laws of Canada. After a review of the authorities from the United Kingdom, the learned justice concluded that under their law, a plaintiff can recover for economic loss consequent upon physical damage to his property or person but cannot recover for purely economic loss. This conclusion may now be invalidated by *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520. In any event, she went on to conclude that it was most uncertain as to whether recovery for pure economic loss can be effected in this country by reason of the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189. The apparent basis upon which Wilson J.A. reversed the judge of first instance appears to be that because the ownership of the highway is in the "public domain", as

de 300 $ dont l'appelant cherche à obtenir le recouvrement.

Le juge de première instance, le juge Steele de la Haute Cour de l'Ontario, a rendu jugement en faveur de l'appelant pour le motif qu'il ne s'agissait pas d'un cas de préjudice financier, mais plutôt d'une réclamation par l'appelant, en sa qualité de propriétaire de la route, visant à se faire indemniser des dommages matériels résultant de la négligence de l'intimé. Dans sa dissidence publiée à (1981), 34 O.R. (2d) 129, 127 D.L.R. (3d) 603, 18 C.C.L.T. 97, le juge Brooke de la Cour d'appel est arrivé à la même conclusion. Il était d'accord pour dire qu'il ne s'agissait pas d'un cas de préjudice purement financier, mais simplement d'une réclamation de la province découlant de dommages réels ou éventuels à sa propriété. Pour arriver à cette conclusion, il a rejeté l'argument par lequel l'intimé en l'espèce affirmait que sa négligence avait simplement amené la province à remplir l'obligation que lui impose la loi d'entretenir les routes, obligation qui ne peut donner lieu à une réclamation en dommages contre le défendeur-intimé. Le juge Brooke a conclu à la p. 133 (O.R.): [TRADUCTION] «Je considère qu'il s'agit simplement d'un cas où la province poursuit un défendeur qui, par sa négligence, a causé un préjudice ou des dommages à la propriété de la province».

Le juge Wilson (maintenant juge de cette Cour) a conclu qu'il s'agissait d'un préjudice purement financier et que les lois du Canada ne permettent pas une indemnisation dans un tel cas. Après avoir examiné la jurisprudence du Royaume-Uni, le juge a conclu que, en vertu du droit qui y est applicable, un demandeur peut être indemnisé du préjudice financier résultant de dommages matériels causés à sa propriété ou de blessures corporelles, mais qu'il ne peut l'être d'un préjudice purement financier. Il se peut que cette conclusion soit désormais invalidée par l'arrêt *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520. De toute façon, le juge a poursuivi et conclu que, en raison de l'arrêt de la Cour suprême *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, il n'est pas du tout certain qu'il soit possible d'obtenir au Canada une indemnisation pour un préjudice purement financier. Il semble que le motif pour lequel le juge

indeed were the funds raised by taxation for the maintenance of the highway, no duty was owed by the operator of a motor vehicle to the Crown in respect of the highway. The action in her view should fail for the further reason that there was no express right of action given to the Crown in *The Public Transportation and Highway Improvement Act*, R.S.O. 1970, c. 201, as amended by 1971 (Ont.), c. 61. In her reasons for judgment, however, it was stated, at pp. 144-45 (O.R.):

> It may be, however, that where an action is brought by the Crown as the owner of property which has been damaged, ... it may not have to find its right of recovery in the express terms of the statute .... There is no doubt that it can sue a tortfeasor for intentional damage to its property like any private property owner.

Thorson J.A. likewise denied the appellant's claim, but for different reasons than those advanced by Wilson J.A. He expressly refrained from agreeing that a driver of a motor vehicle owes no duty of care to the Crown as the owner of the highway. Rather, he reached his decision on the basis that the legislature of Ontario had not expressly conferred a right of recovery in the Crown in these circumstances. He concluded, as did Wilson J.A., that the Crown should not be treated as an ordinary property owner for the purposes of this claim. In absence of this ground, he would have been prepared to deny the appellant's claim on the basis it was for pure economic loss, recovery for which is not, in his view, generally permissible in Canada.

Neither of the Justices comprising the majority of the Court of Appeal cites any authority for the requirement of an express authorization by the legislature before the Crown can be found to have the capacity to sue in these circumstances. Neither has advanced any authority by case law, statute or text for the distinction between the ownership in the Crown of a highway and the ownership of real

Wilson a infirmé la décision du juge de première instance est que, parce que la propriété de la route fait partie du «domaine public», comme en font d'ailleurs partie les impôts perçus pour l'entretien des routes, le conducteur d'un véhicule automobile n'a aucune obligation envers l'État en ce qui concerne la route. À son avis, l'action devait en outre être rejetée pour le motif que *The Public Transportation and Highway Improvement Act*, R.S.O. 1970, chap. 201, modifié par 1971 (Ont.), chap. 61, ne confère aucun droit d'action exprès à la province. Elle a toutefois dit dans ses motifs de jugement, aux pp. 144 et 145 (O.R.):

> [TRADUCTION] Il est cependant possible que, lorsqu'elle intente une action en sa qualité de propriétaire du bien qui a été endommagé, ... la province n'ait pas à appuyer son droit à une indemnisation dans les termes exprès du texte de loi ... Il ne fait aucun doute qu'elle peut, comme n'importe quel propriétaire foncier ordinaire, poursuivre l'auteur d'un délit pour les dommages intentionnels que ce dernier a causés à sa propriété.

Le juge Thorson a lui aussi rejeté la réclamation de l'appelant mais pour des motifs différents de ceux avancés par le juge Wilson. Il s'est expressément abstenu de donner son accord au point de vue selon lequel le conducteur d'un véhicule automobile n'a aucune obligation de diligence envers la province en tant que propriétaire des routes. Il est plutôt arrivé à sa décision en se fondant sur la constatation que l'Assemblée législative de l'Ontario n'avait pas conféré expressément à la province le droit à une indemnisation en de telles circonstances. Comme le juge Wilson, il a conclu que la province ne devait pas être traitée comme un simple propriétaire aux fins de la présente réclamation. N'eût été ce motif, il aurait été disposé à rejeter la réclamation de l'appelant parce qu'elle visait un préjudice purement financier et que, à son avis, l'indemnisation d'un tel préjudice n'est généralement pas permise au Canada.

Aucun des juges de la majorité en Cour d'appel n'a cité de sources juridiques portant que l'Assemblée législative doit avoir donné son autorisation expresse pour qu'il soit possible de conclure que la province a qualité pour poursuivre en de telles circonstances. Aucun non plus n'a avancé de jurisprudence, de textes législatifs ou de doctrine relatifs à la distinction entre le droit de propriété de la

property by a private individual, nor for the distinction in law between land in the "public domain" and that not. The basis for the judgments of the majority of the Court of Appeal, apart from a finding that the claim must fail by reason of the exclusionary principles applying to pure economic loss, appear to be founded entirely on considerations of public policy.

province sur une route et le droit de propriété d'un particulier sur un bien-fonds, ni à la distinction entre les biens-fonds qui font partie du «domaine public» et ceux qui n'en font pas partie. À l'exception de la conclusion voulant que la réclamation doive être rejetée en raison des principes d'exclusion qui s'appliquent au préjudice purement financier, les conclusions des juges de la majorité en Cour d'appel paraissent reposer entièrement sur des considérations d'intérêt public.

Nature of Loss Suffered by the Crown

It is said by the respondent, and by the majority below, that the appellant must fail as its loss was pure economic loss, thus far unrecoverable at law. Whether that is so depends upon questions of both fact and law. On the facts as agreed, the road was blocked by the negligent actions of the respondent. It ceased to be a road in the sense of a traffic-carrying facility. Whether the respondent achieved this result by deliberately tearing up a section of the surface, or by negligently operating his vehicle so as to drop a large load of rocks on the road, or so as to strew broken auto parts, debris and gasoline on the road, as was here the case, makes no difference in fact. The road, by reason of the respondent's wrongful acts, ceased to be a road.

Nature du préjudice subi par Sa Majesté

L'intimé et la Cour d'appel à la majorité affirment que le pourvoi de l'appelant doit être rejeté parce qu'il s'agit d'un préjudice purement financier qui, jusqu'à maintenant, ne donne aucun recours en droit. La question de savoir s'il en est ainsi dépend à la fois de questions de droit et de fait. Selon les faits admis, la route a été bloquée à cause des actes négligents de l'intimé. Elle a cessé d'être une route au sens de voie de circulation. Cela ne fait en réalité aucune différence que l'intimé ait atteint ce résultat en arrachant délibérément une section du pavé de la route, ou en manoeuvrant avec négligence son véhicule de manière à laisser tomber une grande quantité de pierres sur la route ou encore, comme c'est le cas en l'espèce, de manière à la joncher de pièces d'auto brisées, de débris et d'essence. La route, par la faute de l'intimé, a cessé d'être une route.

The appellant as the owner of the road has thereby suffered damage to its property. The appellant suffered this direct damage in the same manner as any other property owner, and unless there is some disqualifying law operating in these circumstances (which will be discussed later), the appellant would be entitled to recover for these direct damages so suffered. The appellant restored the road to its prior existence and condition. The cost of so doing was the measure of its loss. Two considerations must be examined. The appellant did not 'repair' the road in the sense of making good, ordinary wear and tear to the roadway. Rather, the appellant was required to expend its resources in order to make whole its property which had been significantly degraded by the actions of the respondent. This action by the appel-

L'appelant en sa qualité de propriétaire de la route a, de ce fait, subi des dommages à sa propriété. Il a subi ces dommages directs de la même manière que tout autre propriétaire et, à moins qu'une règle d'exclusion ne s'applique dans les circonstances (question qui sera examinée plus loin), l'appelant a le droit d'être indemnisé pour les dommages directs ainsi subis. L'appelant a remis la route dans son état antérieur. Le coût de l'opération donne la mesure du préjudice subi. Il faut examiner deux points. L'appelant n'a pas «réparé» la route au sens de réparer l'usure ordinaire de la chaussée. Plus exactement, l'appelant a été obligé d'employer ses ressources pour remettre en état sa propriété qui avait été clairement endommagée par les actes de l'intimé. L'appelant n'a pas fait ces réparations en raison de son obligation légale de

lant was not taken by reason of its statutory duty to repair, but as an owner of a facility put out of action by the negligent conduct of the respondent. Or at the very least, this was the response by the appellant for a combination of reasons: to repair the road under its statutory duty as will be discussed below; and to restore the road as an owner making good damage to its asset. Neither motive nor operating reason disentitles the appellant from recovering its loss from the respondent.

In contrast to this direct injury to the property of the appellant is the instance of what in law is sometimes called "pure economic loss". All pecuniary damage incurred with reference to property of a plaintiff is economic loss which entitles the plaintiff to be made whole so far as a monetary award can do. However, in the case of pure economic loss the courts have historically taken a different approach. By "pure economic loss" the courts have usually been taken to refer to a diminution of worth incurred without any physical injury to any asset of the plaintiff. For some time now, the courts in the United Kingdom have held pure economic loss to be unrecoverable. *Vide Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. The learned author of Linden, *Canadian Tort Law* (3rd ed. 1982), summarized the position of the courts at pp. 413-14 where he says:

> Even the great Justice Oliver Wendell Holmes when faced with a similar case denied recovery and thundered, "The law does not spread its protection so far". Similarly, the great Cardozo J. echoed these sentiments in another context. He feared "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class".

Sometimes damages have been recovered when accompanied by recoverable physical loss: *Seaway Hotels Ltd. v. Consumers' Gas Co.*, [1959] O.R. 581, affirming [1959] O.R. 177; although doubt has been cast upon the proposition that the mere incident of some physical loss will justify recovery for all economic loss suffered: *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1972] 3 All E.R. 557, [1973] 1 Q.B. 27.

réparer les routes, mais en sa qualité de propriétaire d'une voie de circulation qui a été mise hors d'usage par la conduite négligente de l'intimé. Ou, à tout le moins, l'appelant a agi de la sorte pour un ensemble de raisons: réparer la route parce que la loi l'y oblige, question qui sera examinée plus loin, et remettre la route en état comme le propriétaire qui répare le dommage causé à son bien. Aucun de ces motifs ni aucune des raisons qui l'ont poussé à agir ne prive l'appelant de son droit d'être indemnisé de sa perte.

Par opposition à ce dommage direct causé à la propriété de l'appelant, il y a ce qu'on appelle parfois en droit le «préjudice purement financier». Tout dommage pécuniaire subi par les biens d'un demandeur constitue un préjudice financier qui lui donne droit à une remise en état dans la mesure où une indemnité monétaire peut le faire. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un préjudice purement financier, les tribunaux ont, au cours de l'histoire, abordé la question d'une manière différente. Par «préjudice purement financier», les tribunaux entendent habituellement une diminution de la valeur de tout bien du demandeur sans qu'il ait subi de dommages matériels. Depuis déjà longtemps, les tribunaux du Royaume-Uni décident qu'un préjudice purement financier ne donne aucun recours. Voir *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. Linden, l'auteur de *Canadian Tort Law* (3e éd. 1982), a résumé la position des tribunaux aux pp. 413 et 414 de son ouvrage:

> [TRADUCTION] Même le célèbre juge Oliver Wendell Holmes, lorsqu'il a dû à se prononcer sur un cas semblable, a refusé d'accorder l'indemnité et a fulminé: «La loi n'accorde pas une aussi grande protection». De même, le célèbre juge Cardozo s'est fait l'écho de ces sentiments dans un autre contexte. Il craignait «la responsabilité envers une catégorie indéterminée pour un montant indéterminé et pour une période de temps indéterminée».

Il est arrivé qu'on accorde une indemnité pour des dommages qui s'accompagnaient d'une perte matérielle donnant ouverture à un recours: *Seaway Hotels Ltd. v. Consumers' Gas Co.*, [1959] O.R. 581, confirmant [1959] O.R. 177; toutefois on a soulevé un doute quant à la proposition que la simple présence d'une perte matérielle suffit à justifier l'indemnisation de tout le préjudice financier subi: *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1972] 3 All E.R. 557, [1973] 1 Q.B. 27.

Examples of unrecoverable economic loss are illustrated by the situation where a blocked highway renders the operation of a downstream business establishment temporarily unprofitable: *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (Man. Q.B.) (although the court there put the denial of recovery on the basis of lack of foreseeability or proximity to the acts of the defendant); *Electrohome, Ltd. v. Welsh Plastics, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 205; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambray Prince Steamship Co.*, [1969] 1 Q.B. 219. The classic illustration of unrecoverable pure economic loss is the negligent damage to a highway which blocked traffic to the plaintiff's toll bridge. The Crown suffered the actual damage (in my view a recoverable category) to its highway while the plaintiff, the owner of the toll bridge, suffered pure economic loss, heretofore generally regarded as unrecoverable in the United Kingdom, the United States and Canada: see *Rickards v. Sun Oil Co.*, 41 A.2d 267 (1945); *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*, *supra*.

À titre d'exemple de préjudice financier qui ne donne pas de recours, on trouve le cas où une route bloquée prive temporairement de sa rentabilité l'exploitation d'un établissement commercial situé en aval de l'obstacle: *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (B.R. Man.) (bien que dans cette affaire la cour ait refusé l'indemnisation à cause de l'absence de caractère prévisible ou immédiat des actes du défendeur); *Electrohome, Ltd. v. Welsh Plastics, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 205; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambray Prince Steamship Co.*, [1969] 1 Q.B. 219. Le dommage causé à une route par un acte négligent qui a bloqué la circulation en direction du pont à péage du demandeur constitue l'illustration classique d'un préjudice purement financier qui ne donne pas de recours. L'État a subi le dommage réel (à mon avis dans la catégorie susceptible d'être réparée) causé à sa route alors que le demandeur, propriétaire du pont à péage, a subi un préjudice purement financier qui, jusqu'à maintenant, a généralement été considéré au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada comme ne donnant pas ouverture à un recours: voir *Rickards v. Sun Oil Co.*, 41 A.2d 267 (1945); *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*, précité.

However, *Seaway*, *supra*, has been followed in other cases in this country: *Heeney v. Best* (1979), 28 O.R. (2d) 71, and *Yamerovski v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704. The recoverability of pure economic loss in the courts of England has been altered since the judgments in this proceeding below in the House of Lords judgments in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, *supra*, where Lord Roskill said, at p. 546:

> But in the present case the only suggested reason for limiting the damage (ex hypothesi economic or financial only) recoverable for the breach of the duty of care just enunciated is that hitherto the law has not allowed such recovery and therefore ought not in the future to do so. My Lords, with all respect to those who find this a sufficient answer, I do not. I think this is the next logical step forward in the development of this branch of the law. I see no reason why what was called during the argument "damage to the pocket" simpliciter should be disallowed when "damage to the pocket" coupled with physical damage has hitherto always been allowed. I do

Toutefois, l'affaire *Seaway*, précitée, a été appliquée dans d'autres affaires au pays: *Heeney v. Best* (1979), 28 O.R. (2d) 71, et *Yamerovski v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704. Depuis les jugements des cours d'instance inférieure en l'espèce, la question de la réparation du préjudice purement financier a été modifiée devant les tribunaux d'Angleterre par l'arrêt de la Chambre des lords *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, précité, dans lequel lord Roskill a dit à la p. 546:

> [TRADUCTION] Toutefois, en l'espèce, la seule raison avancée pour limiter le dommage (par hypothèse de nature financière seulement) donnant ouverture à un recours à cause du manquement à l'obligation de diligence qui vient d'être décrit est que, jusqu'à maintenant, la loi n'a pas permis cette réparation et par conséquent ne devrait pas le faire à l'avenir. Vos Seigneuries, avec égards pour ceux qui sont d'avis qu'il s'agit d'une réponse suffisante, je ne partage pas leur opinion. Je crois que c'est la prochaine étape logique dans l'évolution de ce domaine du droit. Je ne vois pas pourquoi ce qui a été appelé dans l'argumentation «préjudice finan-

not think that this development, if development it be, will lead to untoward consequences.

The plaintiff there succeeded by reason of the finding of a sufficiently proximate relationship between the parties which gave rise to a duty of care owed by a contractor to the owner and from which duty flowed the obligation to avoid pure economic loss. The law in Canada remains, as was said in the majority below, somewhat uncertain by reason of the decision of this Court in *Rivtow Marine, supra.* Both the majority (Ritchie J.) and the minority (Laskin J., as he then was) allowed damages for loss of profit suffered by a non-contracting owner of a product, manufactured by the defendant, by reason of the failure by the defendant to warn the plaintiff of the condition of the product in question (a crane) at a time when the plaintiff could have made arrangements to remedy the defects at a minimum of expense. This was classified as a tort independent of the contract of manufacture and sale. The minority differed from the majority position only with regard to the recoverability of the cost of making the repairs. The majority seem to have denied recovery for the repairs on the basis that it was dependent upon liability in contract on a warranty, and there was no contractual relationship between the parties to the action. Laskin J. would have allowed the cost of repairs as economic loss flowing from the actions of the plaintiff which gave rise to the need for repairs, at p. 1219:

> The present case is concerned with direct economic loss by a person whose use of the defendant Washington's product was a contemplated one, and not with indirect economic loss by third parties, for example, persons whose logs could not be loaded on the appellant's barge because of the withdrawal of the defective crane from service to undergo repairs. It is concerned (and here I repeat myself) with economic loss resulting directly from avoidance of threatened physical harm to property of the appellant if not also personal injury to persons in its employ.

cier» pur et simple devrait être rejeté lorsque l'indemnisation du «préjudice financier» accompagné d'un dommage matériel a toujours jusqu'à présent été autorisé. Je ne crois pas que cette évolution, si évolution il y a, entraînera des conséquences fâcheuses.

Le demandeur a eu gain de cause parce qu'on a conclu à l'existence d'une relation suffisamment étroite entre les parties pour donner lieu à l'obligation de diligence d'un entrepreneur envers le propriétaire et qu'il en découlait l'obligation d'éviter le préjudice purement financier. Le droit canadien demeure, comme l'ont dit les juges de la majorité en Cour d'appel, quelque peu incertain à cause de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Rivtow Marine*, précitée. Tant le juge Ritchie qui a exposé les motifs de la majorité que le juge Laskin (alors juge puîné) qui a exposé ceux de la minorité ont accordé des dommages-intérêts pour le manque à gagner qu'a subi le propriétaire non contractant d'un produit fabriqué par la défenderesse qui avait omis d'avertir la demanderesse de l'état du produit en question (une grue), à un moment où cette dernière aurait pu prendre des mesures pour réparer les vices avec un minimum de frais. Cette omission a été considérée comme un délit civil n'ayant aucun rapport avec le contrat de fabrication et de vente. La position des juges de la minorité ne diffère de celle des juges de la majorité qu'en ce qui concerne le caractère recouvrable du coût des réparations. Les juges de la majorité semblent avoir refusé la récupération des frais de réparations parce qu'elle dépendait de la responsabilité contractuelle en vertu d'une garantie et qu'il n'y avait aucune relation contractuelle entre les parties à l'action. Le juge Laskin aurait accordé le coût des réparations à titre de préjudice financier résultant des actes de la demanderesse qui ont rendu les réparations nécessaires, à la p. 1219:

> Dans la présente affaire, il s'agit d'une perte économique directe subie par une personne dont l'usage du produit de la défenderesse Washington était prévu, et non d'une perte économique indirecte subie par un tiers, par exemple, des personnes dont les billes ne pouvaient pas être chargées sur le chaland de l'appelante à cause du retrait du service de la grue défectueuse pour y effectuer des réparations. Il s'agit (je me répète) d'une perte économique résultant directement de l'évitement de dommages physiques menaçant la propriété de l'appelante sinon aussi de l'évitement de blessures aux personnes à son service.

Shortly thereafter, Pigeon J., in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, stated at p. 252:

> It is now settled by the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage.

Nonetheless it must be acknowledged that *Rivtow* has been variously applied or rejected by the courts of this country, some of whom find in the majority judgment recognition of economic loss and some of whom have found the opposite. It is not possible to say whether the law of Canada, as reflected in the authorities to date, contemplates recovery for a pure economic loss in the sense of *Junior Books*, *supra*, in the House of Lords.

In this proceeding it is unnecessary, in my view, to settle this issue because, for reasons given above and illustrated in my view by the cases aforementioned, this is not a case of economic loss but of direct damage to property of the plaintiff occasioned by the negligence of the respondent.

The Right in the Appellant Crown to Sue

It was said in argument here and by some members of the Court of Appeal that the appellant has no capacity to bring this action because no statutory authority for doing so can be found. This brings us to an examination of the state of the common law and the right, if any, of the Crown to bring an action in common law for damage to Crown property. In Chitty, *Prerogatives of the Crown* (1820), at p. 245, the learned author states:

> The general rule is, that the King may waive his prerogative remedies, and adopt such as are assigned to his subjects. He may maintain the usual common law actions, as trespass *quare clausum fregit*, or for taking his goods .... And though the King chuse a common law action, he may, by virtue of the prerogative we have just noticed, commence it in any court.

This Court was concerned with the right of the Crown to bring an action for damage to its prop-

Peu après, le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, a dit à la p. 252:

> Il est maintenant établi, par l'arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels.

Néanmoins, il faut reconnaître que l'arrêt *Rivtow* a été appliqué ou rejeté de diverses manières par les tribunaux canadiens dont certains concluent que le jugement de la majorité reconnaît le préjudice financier et certains concluent le contraire. Il n'est pas possible de dire si le droit du Canada qui se dégage des précédents jusqu'à ce jour, envisage la réparation d'un préjudice purement financier au sens de l'arrêt *Junior Books*, précité, de la Chambre des lords.

À mon avis, il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher cette question parce que, pour les motifs donnés ci-dessus et illustrés à mon sens par les décisions susmentionnées, il ne s'agit pas d'un cas de préjudice financier mais de dommages directs à la propriété du demandeur occasionnés par la négligence de l'intimé.

Le droit de Sa Majesté appelante de poursuivre

L'intimé ainsi que certains membres de la Cour d'appel affirment que l'appelant n'a pas la capacité d'intenter la présente action parce qu'aucune loi ne lui permet de le faire. Cette affirmation nous amène à examiner l'état de la *common law* et le droit, le cas échéant, de Sa Majesté d'intenter une action en *common law* relativement à des dommages causés à sa propriété. Dans Chitty, *Prerogatives of the Crown* (1820), le savant auteur dit à la p. 245:

> [TRADUCTION] Selon la règle générale, le roi peut renoncer à ses recours de prérogative et adopter ceux dont disposent ses sujets. Il peut garder les actions habituelles de *common law*, comme l'action *quare clausum fregit* en matière d'intrusion illicite ou l'action pour prise de possession de ses biens ... Et, bien que le roi choisisse une action de *common law*, il peut, en vertu de la prérogative que nous avons mentionnée, l'intenter devant n'importe quelle cour.

Cette Cour a étudié le droit de Sa Majesté d'intenter une action pour les dommages causés à sa

erty in *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510, where such a right was found to reside in the Crown. Kellock J. stated, at p. 520:

> It seems to me that when the Crown brings an action at common law, it accepts the common law applicable to such a claim.

It is important to note that the operative section of the then applicable statute, the *Exchequer Court Act* (s. 50A), did not authorize the bringing of the action by the Crown, but simply prescribed a rule with reference to the master and servant relationship between the Crown and members of the armed forces. Kellock J. continued, at p. 521:

> While the section does not create any direct or specific right in the Crown, it places the Crown in the recognized common law relationship and its rights are those arising from that relation under the rules of that law; *Attorney General* v. *Jackson*, per Rand J. at 493.

In the same appeal, Kerwin J. as he then was, stated, at p. 515:

> The Crown coming into court could claim only on the basis of the law applicable as between subject and subject unless something different in the general law relating to the matter is made applicable to the Crown .... Here, if the common law alone were applicable, the Crown would have no claim by reason of the fact that it failed to prove that the negligence of the Commission's servants caused the damage.

No reference was made to any statute expressly authorizing the action and the silence of the statute in s. 50A was not construed as indicating an incapacity in the Crown to bring the action.

An earlier case is from the courts of Scotland, *Glasgow Corporation v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1, where the issue arose from alleged misuse by overweight wagons of the streets of the City of Glasgow by the defendant. In the result, the court found no negligence, but in giving judgment, Lord Dunedin, at p. 5, stated:

propriété dans l'arrêt *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] R.C.S. 510, dans lequel elle a conclu que Sa Majesté avait ce droit. Le juge Kellock a dit à la p. 520:

> [TRADUCTION] Il me semble que, lorsque Sa Majesté intente une action en *common law*, elle accepte que la *common law* s'applique à sa réclamation.

Il est important de souligner que la disposition essentielle de la Loi qui s'appliquait à ce moment-là, la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* (art. 50A), n'autorisait pas Sa Majesté à intenter l'action, mais prescrivait simplement une règle concernant la relation d'employeur et préposé qui existait entre Sa Majesté et les membres des forces armées. Le juge Kellock a pourvuivi à la p. 521:

> [TRADUCTION] Bien que l'article ne crée pas de droit direct ou précis à l'égard de Sa Majesté, il la place dans la relation reconnue par la *common law* et ses droits sont ceux qui découlent de cette relation en vertu des règles de *common law*; *Attorney General* v. *Jackson*, le juge Rand à la p. 493.

Dans le même pourvoi, le juge Kerwin, alors juge puîné, a dit à la p. 515:

> [TRADUCTION] Sa Majesté ne pouvait exercer un recours devant les tribunaux que sur la base du droit applicable aux particuliers à moins que le droit général relatif à la matière ne soumette Sa Majesté à un régime différent ... En l'espèce, si seule la *common law* était applicable, Sa Majesté n'aurait aucun recours puisqu'elle n'a pu prouver que le dommage est imputable à la négligence des préposés de la Commission.

Il n'a été fait aucune mention d'une loi qui autorise expressément l'action et le silence de l'art. 50A n'a pas été interprété comme une indication que Sa Majesté n'avait pas la capacité d'intenter l'action.

Il convient de mentionner une décision plus ancienne rendue par les tribunaux d'Écosse, *Glasgow Corporation v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1, dans laquelle la question en litige résultait de l'usage présumé abusif des rues de la ville de Glasgow par la défenderessse qui y faisait circuler des chariots trop lourds. Finalement la cour a conclu qu'il n'y avait pas négligence, mais en rendant son jugement lord Dunedin a dit à la p. 5:

That a person, who, by his action, did something which made the highway impassable, and so destroyed the use of that highway by others, could be interdicted at the instance of a road authority I do not doubt, even though what I have denominated his action was connected with the use of the highway by himself; and although suits for damages in respect of such action may be sought for in vain in the books, I do not doubt that they would lie. But in order that such interdict or damage should be made good, it would be necessary to show that the person against whom the suit was directed had been guilty of some negligence which had resulted in the destroying or restricting that right of passage on the highway which others besides himself enjoy.

The court assumed that a duty of care to avoid damage to the streets existed but found no violation of the duty. To this end, the remarks of Lord Shaw (at pp. 11-12) are apt:

The respondents in their Case very properly admit that "an individual . . . is not entitled to use the highway in such a manner as will result in the destruction of separate private property subjacent to the road or otherwise, or in causing material inconvenience or obstruction to the free passage of other users". If to this had been added the further consideration, that the estimate as to material inconvenience or obstruction must not be minimised by reason of quite abnormal expenses having to be promptly defrayed after the passage of the respondents' traffic, so as to protect the ordinary users against the destruction or waste caused, then I think that the admission would have been complete, and would have been in accord with sound law.

This case was applied by the Court of Appeal of New Brunswick in *Armstrong v. Attorney-General of New Brunswick* (1956), 5 D.L.R. (2d) 606. The Crown was there found to have a substantial interest in a highway bridge and hence have the right to bring action for damage to it. More recently, this issue came before the Ontario courts in *Attorney-General for Ontario v. Crompton* (1976), 14 O.R. (2d) 659. The facts were very similar to those of this appeal. The action was brought by the province to recover the costs of putting out a fire on a provincial highway, caused by the negligence of the defendant in the operation of his motor vehicle.

[TRADUCTION] Une personne, qui, par son action, a fait quelque chose qui a rendu la route impraticable et a ainsi empêché les autres de l'utiliser pourrait sans aucun doute être interdite de passage à la demande de l'administration de la voirie, même si la manière dont j'ai qualifié son action était reliée à l'usage qu'elle-même a fait de la route; même si on peut consulter en vain les textes à ce sujet, je suis d'avis que des actions en dommages-intérêts relativement à cette action pourraient être intentées. Toutefois, pour établir le bien-fondé de cette interdiction ou de ces dommages-intérêts, il serait nécessaire de démontrer que la personne qui fait l'objet de la poursuite s'est rendue coupable d'une certaine négligence qui a entraîné la destruction de la route ou la réduction du droit de passage dont jouissent les autres.

La cour a présumé qu'il existait une obligation de diligence pour éviter que des dommages ne soient causés aux rues, mais elle a jugé qu'il n'y avait eu aucune violation de l'obligation. À cette fin, les observations de lord Shaw (aux pp. 11 à 12) sont parlantes:

[TRADUCTION] Les intimés dans leur preuve admettent à juste titre qu'«un particulier ... n'a pas le droit d'utiliser la route de manière à entraîner la destruction de biens privés distincts qui sont sous-jacents à la route ou autrement, ou de sérieusement gêner le libre passage des autres utilisateurs ou d'y faire obstruction». Si on ajoute à cet aveu la considération supplémentaire selon laquelle l'évaluation de la gêne ou de l'obstruction importante ne doit pas être réduite en raison de dépenses tout à fait anormales qui doivent être engagées rapidement après le passage des intimés de manière à protéger les utilisateurs ordinaires contre la destruction ou la détérioration qui a été causée, alors je crois que l'aveu aurait été complet et conforme au principe établi du droit.

Cette décision a été appliquée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Armstrong v. Attorney-General of New Brunswick* (1956), 5 D.L.R. (2d) 606. Dans cet arrêt, on a jugé que Sa Majesté avait un intérêt important dans un pont routier et avait donc le droit d'intenter une action pour les dommages qui y avaient été causés. Plus récemment, cette question a été soumise aux tribunaux de l'Ontario dans l'affaire *Attorney-General for Ontario v. Crompton* (1976), 14 O.R. (2d) 659. Les faits étaient très semblables à ceux de l'espèce. L'action a été intentée par la province en vue de recouvrer les frais engagés pour éteindre un

Haines J., sitting at trial in the High Court, found a duty of care in the motorist and a negligent breach of that duty owed to the Crown as owner of the highway and accordingly gave judgment. The Court concluded that the expenses incurred were made in mitigation of the damage caused by the tort feasor and were recoverable as in an ordinary action at common law between subject and subject.

This Court was concerned with a series of appeals arising out of actions by the Crown in the right of Canada for injuries sustained by its employees or property injuries suffered by the Crown in the right of Canada. They are *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489; *Nykorak v. Attorney-General of Canada*, [1962] S.C.R. 331; *The Queen v. Murray*, [1967] S.C.R. 262; and *The Queen v. Buchinsky*, [1983] 1 S.C.R. 481. The statutory provisions underlying each of those actions were found in the *Exchequer Court Act*, or more latterly in the *Federal Court Act*, adverted to in the *Toronto Transportation* case, *supra*, and which in the most recent version refer to actions or proceedings "by or against" the Crown: 1970-71-72 (Can.), c. 1, s. 37. One would expect that such a provision would, without much difficulty, be interpreted as an express authorization of a right in the Crown to sue. Rand J., however, in *Jackson*, *supra*, stated, at p. 493:

> The Crown's right is of the same nature as that of a private person: it can arise here only from a wrong to the servant over which the jurisdiction of the province is exclusive.

Earlier, His Lordship concluded (at p. 493):

> The amendment, s. 50A, does not purport to create a direct and specific right in the Crown: it places the Crown in a recognized common law relation only, and its rights are those arising from that relation under the rules of that law.

To the same effect is the decision of this Court in *Nykorak*, *supra*, at p. 338 and *Murray*, *supra*, pp. 269-70.

incendie causé sur une route provinciale par la négligence du défendeur dans la conduite de son véhicule automobile. Le juge Haines qui présidait l'audition devant la Haute Cour a jugé que le conducteur avait une obligation de diligence et que, par son acte négligent, il avait violé cette obligation à l'égard de Sa Majesté en sa qualité de propriétaire de la route. La Cour a conclu que les dépenses avaient été engagées pour réduire les dommages causés par l'auteur du délit civil et qu'elles pouvaient être recouvrées par une action ordinaire en *common law* entre sujets.

Cette Cour s'est penchée sur une série de pourvois résultant d'actions intentées par Sa Majesté du chef du Canada pour les blessures subies par ses employés ou pour les dommages causés à ses biens. Ce sont les arrêts *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] R.C.S. 489; *Nykorak v. Attorney-General of Canada*, [1962] R.C.S. 331; *The Queen v. Murray*, [1967] R.C.S. 262, et *La Reine c. Buchinsky*, [1983] 1 R.C.S. 481. Les dispositions législatives sur lesquelles s'appuyaient ces actions se trouvent dans la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, à laquelle on s'est référé dans l'arrêt *Toronto Transportation*, précité, et qui est devenue la *Loi sur la Cour fédérale* dont la version la plus récente mentionne les actions ou les procédures engagées «par ou contre» Sa Majesté: 1970-71-72 (Can.), chap. 1, art. 37. On pourrait s'attendre à ce qu'une telle disposition soit interprétée sans trop de difficulté comme une reconnaissance expresse du droit de Sa Majesté de poursuivre. Toutefois, le juge Rand dans l'arrêt *Jackson*, précité, a dit à la p. 493:

> [TRADUCTION] Le droit de Sa Majesté est de la même nature que celui d'un particulier: il ne peut naître en l'espèce que d'un préjudice causé à un préposé à l'égard duquel la province a une compétence exclusive.

Précédemment, il avait conclu (à la p. 493):

> [TRADUCTION] La modification que prévoit l'art. 50A n'envisage pas la création d'un droit direct et précis de Sa Majesté: elle ne fait que la placer dans une relation reconnue par la *common law* et ses droits découlent de cette relation en vertu des règles de *common law*.

Les arrêts de cette Cour *Nykorak*, précité, à la p. 338, et *Murray*, précité, aux pp. 269 et 270 ont la même portée.

The only reference which indicates that the Crown must find the right to bring an action in an express statutory authorization is found in Robertson, *Civil Proceedings By and Against the Crown* (1908), p. 2. However, note should be taken of the further remark at p. 2 that "the right of the Crown, however, to proceed by prerogative process ... still exists unless specifically forbidden". There is no authority cited by the learned author for his earlier remark that as a proposition, or at least modern tendency, common law actions by the King "are unknown".

This then brings us to the provisions of the *Public Transportation and Highway Improvement Act*, R.S.O. 1980, c. 421, of Ontario, specifically s. 33 which provides in part as follows:

33. (1) The King's Highway shall be maintained and kept in repair by the Ministry ....

(2) In case of default by the Ministry to keep the King's Highway in repair, the Crown is liable for all damage sustained by any person by reason of the default, and the amount recoverable by a person by reason of the default may be agreed upon with the Minister before or after the commencement of an action for the recovery of damages.

(3) No action shall be brought against the Crown for the recovery of damages caused by the presence or absence or insufficiency of any wall, fence, guard rail, railing or barrier adjacent to or in, along or upon the King's Highway or caused by or on account of any construction, obstruction or erection or any situation, arrangement or disposition of any earth, rock, tree or other material or thing adjacent to or in, along or upon the King's Highway that is not on the roadway.

(4) No action shall be brought for the recovery of the damages mentioned in subsection (2) unless notice in writing of the claim and of the injury complained of has been served upon or sent by registered letter to the Minister within ten days after the happening of the injury, but the failure to give or the insufficiency of the notice is not a bar to the action if the judge before whom the action is tried is of the opinion that there is reasonable excuse for the want or insufficiency of the notice and that the Crown is not thereby prejudiced in its defence.

Seul l'ouvrage de Robertson, *Civil Proceedings By and Against the Crown* (1908), à la p. 2, mentionne que Sa Majesté doit être expressément autorisée par la Loi pour pouvoir intenter une action. Toutefois, il faut souligner cette autre observation qui se trouve à la p. 2 [TRADUCTION] «cependant le droit de Sa Majesté de procéder par voie de prérogative ... existe toujours à moins d'être expressément interdit». Le savant auteur ne cite aucune autorité à l'appui de sa première observation selon laquelle, comme proposition générale ou du moins comme tendance moderne, les actions intentées par le roi en *common law* «sont inconnues».

Il convient maintenant d'examiner les dispositions de la *Loi sur l'aménagement des routes et des transports en commun* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 421, particulièrement l'art. 33 dont voici un extrait:

33. (1) Il incombe au ministère de veiller à l'entretien et aux réparations de la route principale ...

(2) Si le ministère fait défaut de réparer la route principale, la Couronne est responsable des dommages que subit une personne en raison de ce défaut. Le montant que recouvre cette personne peut faire l'objet d'un accord avec le ministre, avant ou après l'introduction d'une action en dommages-intérêts.

(3) Est irrecevable une action en dommages-intérêts contre la Couronne si les dommages sont causés par la présence, l'absence ou l'insuffisance d'un mur, d'une clôture, d'un garde-fou, d'une balustrade ou d'une barrière contigus à la route principale, le long de celle-ci ou sur celle-ci. L'action est pareillement irrecevable si les dommages sont dus à une construction, à la pose d'un obstacle ou au déplacement de terre, de roche, d'arbre ou autres matériaux ou objets, contigus à la route mais non sur la chaussée.

(4) Est irrecevable l'action en dommages-intérêts mentionnée au paragraphe (2), sauf si avis écrit de la demande et de la lésion invoquée a été signifié ou envoyé par lettre recommandée au ministre dans les dix jours de la survenance de la lésion. Le défaut de signifier l'avis ou son insuffisance n'exclut pas l'action si le juge saisi est d'avis qu'ils sont suffisamment justifiés et qu'ils ne sont pas préjudiciables à la défense de la Couronne.

(5) No action shall be brought against the Crown for the recovery of damages occasioned by the default mentioned in subsection (2), whether the want of repair was the result of nonfeasance or misfeasance, after the expiration of three months from the time the damage was sustained.

(6) All damages and costs recovered under this section and any amount payable as the result of an agreement in settlement of a claim for damages and costs that has been approved of in writing by counsel is payable in the same manner as in the case of a judgment recovered against the Crown in any other action.

(7) In an action against the Crown under this section, the defendant shall be described as "Her Majesty the Queen in right of the Province of Ontario, represented by the Minister of Transportation and Communications for the Province of Ontario", and it is not necessary to proceed by petition of right or to procure the fiat of the Lieutenant Governor or the consent of the Attorney General before commencing the action, but every such action may be instituted and carried on and judgment may be given thereon in the same manner as in an action brought by a subject of Her Majesty against another subject.

(8) Notwithstanding any general or special Act, in an action against the Crown under this section, the defendant may set up by way of counterclaim any right or claim, whether the right or claim sounds in damages or not, and may claim contribution or indemnity from or any other relief over against any person not a party to the action, and every such counterclaim and claim may be instituted and carried on and judgment may be given as if such counterclaim or claim was made by a subject of Her Majesty against another subject.

(9) An action against the Crown under this section shall be tried by a judge without the intervention of a jury, and the trial shall take place in the county in which the default occurred unless otherwise ordered upon an application by any party.

(10) The liability imposed by this section does not extend to a case in which a municipality having jurisdiction and control over the highway would not have been liable for the damage sustained.

This is the section to which reference was made in *Attorney-General for Ontario v. Crompton, supra*, where Haines J. gave judgment to the Crown in similar circumstances. In the court below, only Thorson J.A. found that express authority must be granted by legislation as a prerequisite to successful recovery for damages to Crown property.

(5) Est irrecevable une action en dommages-intérêts contre la Couronne dans le cas des dommages mentionnés au paragraphe (2), ou de ceux qui résultent de l'inaction fautive ou de la mauvaise exécution, trois mois après la date où les dommages ont été subis.

(6) Les dommages intérêts et dépens recouvrés en vertu du présent article, et tout montant à verser à la suite d'un accord de règlement d'une demande en dommages-intérêts, approuvé par écrit par un avocat, sont versés de la même façon que dans le cas d'un jugement obtenu contre la Couronne.

(7) Dans une action contre la Couronne intentée en vertu du présent article, le défendeur est décrit comme «Sa Majesté du chef de l'Ontario, représentée par le ministre des Transports et des Communications de la province de l'Ontario». Il n'est pas nécessaire de poursuivre par pétition de droit, d'obtenir l'autorisation du lieutenant-gouverneur ou le consentement du procureur général avant d'assigner le défendeur. Toutefois, cette action peut être engagée et poursuivie et le jugement rendu pareillement à une action introduite par un sujet de Sa Majesté contre un autre.

(8) Par dérogation à une autre loi, le défendeur peut invoquer reconventionnellement tout droit à des dommages-intérêts ou autre et mettre en cause une personne qui n'est pas partie à l'action en vue d'obtenir d'elle notamment une indemnisation même partielle. Ce droit peut être exercé et poursuivi et le jugement rendu de la même façon que s'il était invoqué par un sujet de Sa Majesté contre un autre.

(9) Le juge de première instance saisi de cette cause dirige le procès sans jury. Le procès a lieu dans le comté où le défaut s'est produit, sauf requête contraire d'une partie.

(10) La responsabilité qu'impose le présent article ne s'étend pas au cas où une municipalité ayant compétence et surveillance d'une route n'aurait pas été responsable du dommage subi.

Il s'agit de l'article mentionné dans l'affaire *Attorney-General of Ontario v. Crompton*, précitée, dans laquelle le juge Haines a rendu jugement en faveur de Sa Majesté dans des circonstances analogues à celles de l'espèce. En Cour d'appel, seul le juge Thorson a conclu que l'autorisation expresse de la Loi constitue un prérequis pour que Sa

Wilson J.A. seems to have concluded that no such statutory authority is required where there has been actual damage to the property of the Crown.

It will be seen that s. 33(1) imposes a duty in the Crown to maintain and keep highways in repair. The balance of the subsections of this rather long and detailed provision deals with limitations on the damages which might flow from breach of that duty, notice of claim to be given by the subject, time limitations on the bringing of an action against the Crown, how damages may be recovered by the successful claimant, and certain procedural matters dealing with the style of cause and the nature of the tribunal which shall hear any such claim.

It is said that subs. (8) is of great importance in the determination of the right in the Crown to bring these proceedings. Presumably the argument is based on the ancient interpretative doctrine *expressio unius est exclusio alterius*. Here the legislature has provided a right in the defendant, that is the Crown, to institute a counterclaim or a claim for contribution or indemnity. This would appear to be no more than a further procedural provision in order to complete the provisions in s. 33 as a mini-code within the statute dealing with the position of the subject when asserting a right to damages for breach of duty in the Crown under s. 33(1) with reference to maintenance and repair of the highway.

Section 11 of the *Interpretation Act* of Ontario, R.S.O. 1980, c. 219, provides:

> **11.** No Act affects the rights of Her Majesty, Her heirs or successors, unless it is expressly stated therein that Her Majesty is bound thereby.

The right of Her Majesty to bring such an action is nowhere precluded, expressly or inferentially, in s. 33. The common law has long accorded a right in the Crown to bring such an action. I cannot see

Majesté puisse obtenir la réparation des dommages causés à ses biens. Le juge Wilson semble avoir conclu que cette autorisation n'est pas nécessaire lorsque des dommages réels ont été causés à la propriété de Sa Majesté.

On peut constater que le par. 33(1) impose à Sa Majesté l'obligation de veiller à l'entretien et à la réparation des routes. Les autres paragraphes de cet article plutôt long et détaillé traitent des restrictions relatives aux dommages-intérêts qui peuvent résulter du manquement à cette obligation, de l'avis de réclamation qui doit être donné par le requérant, du délai imparti pour intenter une action contre Sa Majesté, de la manière dont les dommages-intérêts peuvent être recouvrés par le requérant qui a eu gain de cause et de certaines questions de procédure qui portent sur l'intitulé de la cause et la nature du tribunal qui doit entendre une telle réclamation.

On dit que le par. (8) a une grande importance pour déterminer le droit de Sa Majesté d'engager ces procédures. Vraisemblablement, l'argument est fondé sur l'ancien principe d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius*. En l'espèce, l'Assemblée législative a conféré à la défenderesse, c'est-à-dire Sa Majesté, le droit de présenter une demande reconventionnelle ou une réclamation relative à une contribution ou à une indemnisation. De toute évidence, il ne s'agit que d'une autre disposition de prodédure visant à compléter l'art. 33 qui constitue un mini-code au sein de la Loi qui traite de la position du réclamant lorsqu'il fait valoir le droit d'obtenir des dommages-intérêts dans le cas d'un manquement à l'obligation d'entretenir et de réparer les routes qui incombe à Sa Majesté en vertu du par. 33(1).

L'article 11 de la *Loi d'interprétation* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 219, prévoit:

> **11.** La loi ne porte pas atteinte aux droits de Sa Majesté, de ses héritiers ni de ses successeurs, à moins de précision explicite que Sa Majesté est liée.

L'article 33 n'exclut, ni expressément ni par inférence, le droit de Sa Majesté d'intenter une telle action. La *common law* accorde depuis longtemps le droit à Sa Majesté d'intenter une telle action. Je

that s. 33, by some remote implication or inference, has truncated or obliterated that right.

It may be said that public policy ordains otherwise and that such action should be discouraged by the courts. This submission is said to be supported by the fact that in some provinces express authorization is given in the statute for the bringing of an action for the recovery of these expenses by the Crown. On the contrary, the presence of such statutes in other provinces, and the absence of like provisions in Ontario, would indicate that the dictates of public policy are by no means clear one way or the other, and certainly that there is no inherent and conclusive requirement in public policy to discourage this type of action. The provisions in other provincial statutes may perhaps be found there as a result of an abundance of caution, or there may be some other legislative procedures or rules of court which have indicated the wisdom of expressly making the provision. We have not had our attention directed in this appeal to any provision in any statute or rule of court in the Province of Ontario, or indeed any authority from the courts of that province which would indicate that the state of the statute as it now appears, and as it has appeared in the past, is to be taken as a repeal by inference of the common law right in the Crown to recover damages for loss of or injury to its property.

Public Domain

Finally, there is reference in the judgment of Wilson J.A. below to a special status in the highways of the province by reason of the fact that they are in "the public domain". No reference is made as to the definition of public domain in this context. In Holdsworth's *A History of English Law* (1938), vol. 10, at pp. 303 and 305, that learned author sets out the rights of the owner and the user of the highway confining the right in the public to a right of passage and repassage. At p. 304 it is stated:

> A fortiori a person commits a tort if, as in the case of *Harrison v. Duke of Rutland*, he uses the highway, not for purposes of passage, but in order to interfere with the lawful user of the land by its owner.

ne peux pas conclure que l'art. 33, par une lointaine inférence ou insinuation, a altéré ou supprimé ce droit.

Il se peut que l'intérêt public prescrive autre chose et qu'une telle action doive être découragée par les tribunaux. Cet argument serait appuyé par le fait que dans certaines provinces la loi autorise expressément Sa Majesté à intenter une action pour recouvrer ces dépenses. Au contraire, la présence de ces lois dans d'autres provinces et l'absence de dispositions semblables en Ontario tendent à indiquer que les considérations d'intérêt public ne sont pas plus claires dans un sens que dans l'autre et que, de toute évidence, l'intérêt public n'a aucune exigence propre et concluante visant à décourager ce genre d'action. La présence de ces dispositions dans d'autres lois provinciales est peut-être le résultat d'un excès de prudence ou, encore, certaines autres procédures législatives ou règles judiciaires ont peut-être indiqué qu'il était sage de prévoir ces dispositions d'une manière expresse. On ne nous a cité en l'espèce aucune disposition d'une loi ou d'une règle des tribunaux de la province de l'Ontario ni aucune décision judiciaire ontarienne selon laquelle le texte actuel ou ancien de la Loi doit être interprété comme une abrogation par inférence du droit que la *common law* reconnaît à Sa Majesté d'obtenir des dommages-intérêts relativement à des préjudices ou à des dommages causés à ses biens.

Le domaine public

Finalement, le juge Wilson fait référence dans son jugement au statut particulier que les routes de la province possèdent parce qu'elles font partie du «domaine public». Aucune mention n'est faite de la définition de domaine public dans ce contexte. Dans son ouvrage *A History of English Law* (1938), vol. 10, aux pp. 303 et 305, Holdsworth énonce les droits du propriétaire et de l'utilisateur d'une route et restreint le droit du public à celui de droit de passage. Il dit à la p. 304:

> [TRADUCTION] A fortiori, une personne commet un délit si, comme dans l'affaire *Harrison v. Duke of Rutland*, elle utilise la route non pas pour y passer, mais plutôt afin d'empêcher son propriétaire de l'utiliser conformément à la loi.

And later on the next page, the text continues:

> Secondly, subject to these rights of the public, the owner is entitled to all his rights as owner, and can sue anyone who interferes with those rights.

The words "public domain" occur very rarely in our jurisprudence. There are three references in U.S. dictionaries to "public domain". *Bouvier's Law Dictionary* (1929) is representative of these. In it the term is said to be synonymous with "public lands". More importantly, the *American Jurisprudence*, 63A Am Jur 2d § 1, states, at p. 486, with reference to public lands, that the words "public lands" and "public domain" are synonymous. However, the learned authors go on to state that the term "public domain" does not "include streets and highways". Thus, at least in the context of American law, public domain would appear to set aside highways from the public domain, not so as to make them immune to action by the state but to make them subject to supervisory action by the state. In this Court, in *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, Ritchie C.J., at p. 599, makes reference to public domain as including ungranted lands in the province which belong to the Crown. This was a proceeding under the *British North America Act, 1867* [now the *Constitution Act, 1867*]. The most modern reference to public domain appears to be found in the judgment of Dubin J.A. of the Court of Appeal of Ontario in *Re Rockcliffe Park Realty Ltd. and Director of the Ministry of the Environment* (1975), 10 O.R. (2d) 1, where he equates "public domain" to publicly owned property. The other two members of the court, however, simply referred to it as meaning land in Ontario. Finally, there is a reference to public domain in copyright law as indicating intellectual works, the titles of which are not subject to individual ownership in either subject or Crown. The term would appear to have no precise meaning in the common law and would not appear to be of any assistance in either the determination of the right of the Crown to bring this action or the obligation of the defendant in the action, if properly brought, to be exonerated from the payment of damages occasioned to the property of the Crown by the defendant's negligence.

Et l'auteur continue à la page suivante:

> [TRADUCTION] Deuxièmement, sous réserve de ces droits du public, le propriétaire possède tous les droits d'un propriétaire et peut poursuivre toute personne qui y porte atteinte.

L'expression «domaine public» est très rarement employée dans la théorie juridique de *common law*. Il existe trois mentions de cette expression dans des dictionnaires américains. *Bouvier's Law Dictionary* (1929) est représentatif. Selon lui cette expression est synonyme de l'expression «terres publiques». Plus important encore, dans *American Jurisprudence*, 63A Am Jur 2d § 1, à la p. 486, on lit que l'expression «terres publiques» est synonyme de l'expression «domaine public». Cependant, les auteurs ajoutent que l'expression «domaine public» ne comprend pas [TRADUCTION] «les rues et les routes». Ainsi, du moins en droit américain, il apparaît que l'expression «domaine public» exclut les routes non pour les protéger contre l'action de l'État mais pour les soumettre à son contrôle. Dans l'arrêt de cette Cour *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, le juge en chef Ritchie, à la p. 599, dit que le domaine public comprend les terres non concédées de la province qui appartiennent à Sa Majesté. Il s'agissait d'une procédure en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*]. Il semble que la référence la plus récente au sujet du domaine public se trouve dans l'arrêt *Re Rockcliffe Park Realty Ltd. and Director of the Ministry of the Environment* (1975), 10 O.R. (2d) 1, où le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario assimile le «domaine public» aux biens appartenant au public. Les deux autres membres de la Cour ont toutefois simplement dit que l'expression signifiait une terre située en Ontario. Finalement, en droit d'auteur, le domaine public signifie les oeuvres de l'esprit dont les titres de propriété n'appartiennent pas en propre à un particulier ou à l'État. Cette expression semble n'avoir aucun sens précis en *common law* et n'être d'aucune utilité pour déterminer si la province a le droit d'intenter la présente action ou si le défendeur à l'action doit être exonéré du paiement des dommages que sa négligence a causés à la province, si l'action a été intentée à bon droit.

For these reasons, I would allow the appeal and restore the judgment of the trial judge with costs to the appellant here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: A. Rendall Dick, Toronto.

Solicitors for the respondent: Raphael, Wheatley & MacPherson, Toronto.

Par ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement du juge de première instance, avec dépens à l'appelant dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: A. Rendall Dick, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Raphael, Wheatley & MacPherson, Toronto.

Pierre Joseph Jean Duhamel *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16854.

1984: February 2; 1984: December 13.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Res judicata — Issue estoppel — Separate trials for commission of two robberies — Accused's statements ruled inadmissible at first trial — Whether Crown estopped from relitigating the question of admissibility of accused's statements at second trial — Whether "issue estoppel" should extend to findings on voir dire.

Appellant was charged with two counts of robbery and tried separately on each count. At the first trial, following a *voir dire*, statements made by the accused were declared inadmissible and the accused was acquitted. The second trial took place before a different judge. Despite the accused's objections that the Crown was estopped from relitigating the issue of voluntariness of the statements, the trial judge held a *voir dire* and admitted the statements. The accused was subsequently convicted. His appeal from conviction and sentence was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

The Crown is not estopped from relitigating the admissibility of a statement made by an accused and ruled inadmissible by a judge holding a *voir dire* in a previous criminal proceeding. In the absence of a right of appeal for findings on *voir dire* held during a preliminary inquiry and in the absence of an autonomous appeal for findings on *voir dire* held during trial, it is not desirable to extend the doctrine of *res judicata* to such findings and to depart from the traditional approach of the doctrine in the field of interlocutory findings.

People v. Williams, 322 N.E. 2d 461 (1975); *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974); *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979); *R. v. Bellisimo* (1980), 4 W.C.B. 453; *R. v. Kienapple*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, 64 C.C.C.

Pierre Joseph Jean Duhamel *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 16854.

1984: 2 février; 1984: 13 décembre.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Chose jugée — Fin de non-recevoir — Deux chefs d'accusation de vol qualifié jugés séparément — Déclarations de l'accusé jugées irrecevables au premier procès — La poursuite peut-elle au deuxième procès débattre de nouveau la recevabilité des déclarations de l'accusé? — Faut-il étendre l'irrecevabilité aux conclusions sur voir dire?

L'appelant a été accusé de vol qualifié sous deux chefs d'accusation et jugé séparément sur chaque chef. Lors du premier procès, après un voir dire, les déclarations faites par l'accusé ont été jugées irrecevables et l'accusé a été acquitté. Le procès sur le second chef d'accusation a eu lieu devant un juge différent. Malgré l'opposition formulée par l'accusé selon laquelle la poursuite ne pouvait de nouveau débattre du caractère volontaire des déclarations, le juge du procès a tenu un voir dire et a reçu les déclarations. L'accusé a, par la suite, été déclaré coupable. L'appel qu'il a interjeté de la déclaration de culpabilité et de la sentence a été rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La poursuite peut de nouveau débattre de la recevabilité d'une déclaration faite par un accusé et jugée irrecevable par un juge qui a tenu un voir dire lors d'une procédure criminelle antérieure. En l'absence d'un droit d'appel sur les conclusions d'un voir dire tenu au cours d'une enquête préliminaire et en l'absence d'un droit d'appel spécifique sur les conclusions d'un voir dire tenu pendant le procès, il n'est pas opportun d'étendre la portée de la doctrine de la chose jugée à ces conclusions et de s'écarter de la façon habituelle d'aborder la doctrine dans le domaine des conclusions interlocutoires.

Jurisprudence: *People v. Williams*, 322 N.E. 2d 461 (1975); *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974); *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979); *R. v. Bellisimo* (1980), 4 W.C.B. 453; *R. c. Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, 64

(2d) 538, 25 C.R. (3d) 53, 17 Alta. L.R. (2d) 127, [1982] 1 W.W.R. 127, dismissing the accused's appeal from his conviction and sentence on a charge of robbery. Appeal dismissed.

John James, for the appellant.

Peter Martin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Is the Crown estopped from relitigating the admissibility of a statement made by the accused which was ruled upon as inadmissible by a judge holding a *voir dire* in a previous criminal proceeding?

That is the issue raised by the facts of this case.

The Facts

Charged with two counts of robbery in the same indictment the accused moved successfully for severance. The trial of the first of the two counts resulted in a directed verdict of acquittal. Indeed, the only evidence tendered by the Crown was an alleged adoption through nods and statements of a statement made by a third party. Following a *voir dire* the statements were declared inadmissible. The trial for the other count took place before a different judge, who, over the accused's objections based on "estoppel", held a *voir dire* and admitted the statements as free and voluntary. The accused was convicted. At the preliminary inquiry the magistrate, subsequent to a *voir dire*, had found the statements admissible.

The Court of Appeal

The judgment of the Court of Appeal of Alberta (1981), 64 C.C.C. (2d) 538, was written by Moir J.A. and, as usual, is a thorough exposition of the law and analysis of its application to the facts of the case at bar.

C.C.C. (2d) 538, 25 C.R. (3d) 53, 17 Alta. L.R. (2d) 127, [1982] 1 W.W.R. 127, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité et de sa sentence relativement à une accusation de vol qualifié . Pourvoi rejeté.

John James, pour l'appelant.

Peter Martin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—La poursuite peut-elle débattre de nouveau la recevabilité d'une déclaration faite par l'accusé et déjà jugée irrecevable par un juge à l'occasion d'un voir dire dans une procédure criminelle précédente?

C'est la question soulevée par les faits du présent pourvoi.

Les faits

Après avoir été accusé de vol qualifié en vertu de deux chefs d'accusation contenus dans le même acte d'accusation, l'accusé a réussi à obtenir la séparation de ces chefs. Le procès relatif au premier chef d'accusation a donné lieu à un verdict imposé d'acquittement. En réalité, la seule preuve soumise par la poursuite était simplement l'acquiescement que l'accusé aurait donné au moyen de signes de tête et de déclarations, à une déclaration faite par un tiers. Suite à un voir dire, les déclarations ont été jugées irrecevables. Le procès relatif à l'autre chef d'accusation a eu lieu devant un juge différent qui, malgré les objections de l'accusé fondées sur la «fin de non-recevoir» (*estoppel*), a tenu un voir dire et accepté les déclarations comme étant libres et volontaires. L'accusé a été déclaré coupable. À l'enquête préliminaire, suite aussi à un voir dire, le magistrat avait jugé les déclarations recevables.

La Cour d'appel

Le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta (1981), 64 C.C.C. (2d) 538, a été rédigé par le juge Moir et, comme à l'accoutumée, il constitue un exposé complet du droit applicable et une analyse de son application aux faits de l'espèce.

At first he acknowledged that "issue estoppel" is part of the criminal law, any doubt there may have existed on the matter having been settled by the unanimous decision of this Court in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798.

He then referred to "issue estoppel" as being derived from the concept of *res judicata*, and said that it "originates in the "estoppel *per rem judicatam*" " aspect of *res judicata*. As regards that particular aspect, he quoted Spencer Bower, *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed., by A. K. Turner, London, Butterworths, 1969, that identifies the supportive policy considerations (referred to as "theories") of the doctrine as being "the general interest of the community in the termination of disputes" (*expedit reipublicae ut sit finis litium*) and "the right of the individual to be protected from vexatious multiplication of suits and prosecutions" (*nemo debet bis vexari pro uno et eodem delicto*).

Moir J.A., having identified the particular aspect of the doctrine of *res judicata* he felt applicable to the case at bar as being "estoppel *per rem judicatam*" and its two aforementioned supportive policy considerations, went on to quote with approval Spencer Bower as to the constituent elements of estoppel *per rem judicatam*, as follows (at p. 542):

The necessary constituents of estoppel per rem judicatam

19 Any party who is desirous of setting up *res judicata* by way of estoppel, whether he is relying on such *res judicata* as a bar to his opponent's claim, or as the foundation of his own, and who has taken the preliminary steps required in order to qualify him for that purpose, must establish all the constituent elements of an estoppel of this description, as already indicated in the general proposition enunciated at the commencement of this chapter. That is to say, the burden is on him of establishing (except as to any of them which may be expressly or impliedly admitted) each and every of the following:

(i) that the alleged judicial decision was what in law is deemed such;

(ii) that the particular judicial decision relied upon was in fact pronounced, as alleged;

(iii) that the judicial tribunal pronouncing the decision had competent jurisdiction in that behalf;

Il reconnaît d'abord que la «fin de non-recevoir» fait partie du droit criminel, tout doute qui peut avoir existé sur la question ayant été levé par l'arrêt unanime de cette Cour *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798.

Il affirme ensuite que la fin de non-recevoir découle du concept de la chose jugée et qu'elle [TRADUCTION] «tire son origine de l'aspect «fin de non-recevoir *per rem judicatam*»» de la chose jugée. À l'égard de cet aspect particulier, il cite *The Doctrine of Res Judicata*, 2e éd., de Spencer Bower, par A. K. Turner, Londres, Butterworths, 1969, qui affirme que les considérations de principe (appelées «théories») sur lesquelles le principe s'appuie sont [TRADUCTION] «l'intérêt général de la société à ce que les litiges prennent fin» (*expedit reipublicae ut sit finis litium*) et [TRADUCTION] «le droit de l'individu d'être protégé contre la multiplication vexatoire des poursuites» (*nemo debet bis vexari pro uno et eodem delicto*).

Après avoir affirmé qu'à son avis l'aspect particulier du principe de la chose jugée applicable à l'espèce était la «fin de non-recevoir *per rem judicatam*» et après avoir identifié les deux considérations de principe susmentionnées sur lesquelles elle se fonde, le juge Moir cite et approuve Spencer Bower quant aux éléments constitutifs de la fin de non-recevoir *per rem judicatam* (à la p. 542):

[TRADUCTION] *Éléments nécessaires de la fin de non-recevoir per rem judicatam*

19 Quiconque veut invoquer la chose jugée sous forme de fin de non-recevoir, qu'il invoque cette chose jugée pour s'opposer à la demande de son adversaire ou pour étayer sa propre demande, et a pris les mesures préliminaires requises pour pouvoir l'invoquer doit prouver tous les éléments constitutifs d'une telle fin de non-recevoir qui ont déjà été mentionnés dans la proposition générale énoncée au début du présent chapitre. C'est-à-dire qu'il lui incombe de prouver (sauf dans la mesure où ils peuvent être déjà reconnus de façon expresse ou implicite) chacun des éléments suivants:

(i) que la décision judiciaire invoquée est bien ce qu'elle est censée être en droit;

(ii) que la décision judiciaire invoquée a vraiment été rendue comme on le prétend;

(iii) que le tribunal judiciaire qui a rendu la décision était compétent pour le faire;

(iv) that the judicial decision was final;

(v) that the judicial decision was, or involved, a determination of the same question as that sought to be controverted in the litigation in which the estoppel is raised;

(vi) that the parties to the judicial decision, or their privies, were the same persons as the parties to the proceeding in which the estoppel is raised, or their privies, or that the decision was conclusive *in rem*.

He then found as lacking, and fatal to appellant's case, two of those constituent elements: "Finality", and "Identity of issues".

On "finality" he said (at p. 543):

From this arises the related issue as to whether or not interlocutory matters can found an issue estoppel. It seems in principle they can do so but only for a limited purpose. By its very definition, an interlocutory issue is not a final judgment. However, a decision on the interlocutory question may be final and conclusive for the purpose of the proceedings in which it is adjudicated. Outside of those proceedings, however, it cannot bind the parties because it was not a final determination of any issue essential to the verdict.

On "identity" the essence of what he said is in the following passage of his judgment (at p. 544):

Clearly, the key is to determine whether the issue sought to be estopped is fundamental to the prior decision. This contemplates the premise that the prior decision could not have been obtained without the point in issue being resolved in favour of the party urging the estoppel. Collateral matters cannot found an estoppel. Only fundamental matters lead to that result.

and later on, when concluding, he commented on both elements as follows (at pp. 548-49):

Applying the tests of finality and identity of issue of this case is all that remains to be done. On the surface it appears that the ruling made at the earlier trial cannot be challenged; it is to this extent final and conclusive. However, it is clear that the ruling cannot apply to the ruling made by the Provincial Court Judges: Kaufman, *Admissibility of Confessions*, 3rd ed. (1979), p. 63. Nor

(iv) que la décision judiciaire était définitive;

(v) que la décision judiciaire a eu pour effet de trancher la même question que celle qu'on cherche à débattre dans le litige où la fin de non-recevoir est opposée;

(vi) que les parties à la décision judiciaire ou leurs ayants cause sont les mêmes que les parties à la procédure dans laquelle la fin de non-recevoir est opposée, ou leurs ayants cause, ou que la décision était concluante *in rem*.

Il a ensuite conclu qu'il manquait deux de ces éléments constitutifs, ce qui était fatal à la cause de l'appelant: le «caractère définitif» et l'«identité des questions en litige».

Quant au «caractère définitif», il a affirmé ceci (à la p. 543):

[TRADUCTION] Cela soulève la question connexe de savoir si une décision interlocutoire peut servir de fondement à une fin de non-recevoir. En principe, il semble que oui, mais à des fins limitées seulement. De par sa définition même, une décision interlocutoire n'est pas un jugement définitif. Toutefois, une décision sur une question interlocutoire peut être définitive et concluante pour les fins des procédures dans lesquelles elle est rendue. En dehors de ces procédures cependant, elle ne peut lier les parties parce qu'elle ne constitue pas une décision définitive sur une question essentielle au verdict.

Quant à l'«identité», l'essentiel de ce qu'il a dit se trouve dans l'extrait suivant de ses motifs (à la p. 544):

[TRADUCTION] Manifestement, il s'agit essentiellement de déterminer si la question qui fait l'objet de la fin de non-recevoir est fondamentale à la décision antérieure. Cela présuppose que la décision antérieure n'aurait pu être rendue sans que le point en litige ait été tranché en faveur de la partie qui invoque la fin de non-recevoir. Les questions accessoires ne peuvent servir de fondement à une fin de non-recevoir. Seules les questions principales peuvent avoir cet effet.

Plus loin, au moment de conclure, il commente ainsi ces deux éléments (aux pp. 548 et 549):

[TRADUCTION] Il ne nous reste qu'à appliquer à l'espèce les critères du caractère définitif et de l'identité des questions en litige. À première vue, il semble que la décision rendue au procès antérieur ne peut pas être contestée; dans cette mesure, elle est définitive et concluante. Toutefois, il est clair que la décision ne peut s'appliquer à celle des juges de la Cour provinciale:

can the ruling of one trial Judge bind another where a new trial is ordered: *R. v. Hilson* (1958), 121 C.C.C. 139 at p. 142, 15 D.L.R. (2d) 725 at p. 727, 28 C.R. 262 at p. 266. This is so even though, at the first trial the statement was ruled admissible and the Court of Appeal found nothing wrong with the ruling. This appears to me to say that it is for the trial Judge to determine admissibility on the evidence before him and he is not bound by the interlocutory rulings made at an earlier trial even though the statement is the same.

Further, the identity of issue position is clearly fatal to the appellant's position. The issue sought to be estopped must be clearly and unequivocally decided by the Court in the first proceeding as a fundamental step in the logic of the decision. The appellant relies upon the specific finding of the first trial Judge where he specifically held the statement was not voluntary and therefore inadmissible. It is true the issue on the *voir dire* was identical. That is a far cry from establishing that the decision of the first trial Judge was fundamental to the acquittal. As it is put by Spencer Bower and Turner (para. 211): "Is the determination . . . so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former".

The substantive decision is the verdict of acquittal. The interim ruling merely decided that the statement was not admissible. It did not decide any substantive rights. It did not decide an issue of fact or law fundamental to the guilt or innocence of the appellant on the first robbery charge.

If one approaches the finding upon a *voir dire* on the admissibility of statements made by an accused as if it were the usual interlocutory finding on the admissibility of evidence, where relevancy and the probative value of facts are central to the determination, then I agree that such a decision would never enjoy the finality even less the identity required to bring into play the doctrine of issue estoppel. Indeed, the circumstances considered by the judge in deciding the admissibility of a particular piece of evidence are directly related to the facts to be proved in support of the charge and to the nature of the evidence being adduced: Admissibility of such evidence is to be

Kaufman, *Admissibility of Confessions*, 3e éd. (1979), p. 63. La décision du juge du procès ne peut pas non plus lier un autre juge lorsqu'un nouveau procès est ordonné: *R. v. Hilson* (1958), 121 C.C.C. 139 à la p. 142, 15 D.L.R. (2d) 725 à la p. 727, 28 C.R. 262 à la p. 266. Il en est ainsi même si, au cours du premier procès, la déclaration a été jugée recevable et que la cour d'appel n'a rien trouvé à redire contre cette décision. Quant à moi, cela signifie qu'il appartient au juge du procès de se prononcer sur la recevabilité des éléments de preuve qui lui sont soumis et qu'il n'est pas lié par les décisions interlocutoires rendues à un procès antérieur même si la déclaration est la même.

De plus, la situation relative à l'identité des questions en litige est manifestement fatale à la cause de l'appelant. Le point qu'on demande de déclarer irrecevable doit manifestement avoir été tranché nettement et clairement par la cour pendant la première procédure à titre d'étape fondamentale dans la logique de la décision. L'appelant invoque la décision du juge du premier procès qui a statué précisément que la déclaration n'était pas libre et qu'elle était donc irrecevable. Il est vrai que la question sur laquelle a porté le voir dire était la même. Cela est loin de signifier que la décision du juge du premier procès était essentielle à l'acquittement. Pour reprendre l'expression de Spencer Bower et Turner (par. 211): «la décision . . . est-elle à ce point essentielle à la décision sur le fond que cette dernière ne puisse être maintenue sans la première?»

La décision sur le fond est le verdict d'acquittement. La décision interlocutoire a simplement porté que la déclaration n'était pas recevable. Elle n'a déterminé aucun droit de fond. Elle n'a pas tranché une question de fait ou de droit essentielle à la culpabilité ou à la non-culpabilité de l'appelant quant à la première accusation de vol qualifié.

Si l'on envisage la décision rendue à l'occasion d'un voir dire portant sur la recevabilité des déclarations faites par un accusé comme s'il s'agissait d'une décision interlocutoire ordinaire sur la recevabilité d'un élément de preuve, où la pertinence et la valeur probante des faits jouent un rôle essentiel, alors je suis d'accord pour dire qu'une telle décision n'aurait jamais le caractère définitif et encore moins l'identité nécessaires pour faire jouer le principe de la fin de non-recevoir. En effet, les circonstances dont le juge tient compte pour décider de la recevabilité d'un élément particulier de preuve sont directement liées aux faits dont il faut faire la preuve pour soutenir l'accusation et à la

determined in the light of the factual setting of each case. Of course there cannot be estoppel and, on this, I cannot but agree with Moir J.A. But there is, I respectfully submit, a great difference between such determinations and those where the finding is unrelated to innocence and guilt and the circumstances being considered have nothing whatsoever to do with the material or mental elements of the alleged crime. Such is the case when, for example, the Crown wishes to adduce evidence electromagnetically obtained (s. 178.11 *Cr.C.*); as will possibly be the case for certain findings on evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. And such is also the case for *voir dires* on "confessions".

A *voir dire* on the admissibility of a statement made by an accused has been properly coined "a trial within a trial". (See for example, Fred Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed., Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1979, at p. 35.)

The issue is the admissibility of the statement irrespective of its content. The trial of that issue is held by a trier other than the trier of fact, and this is so even though they may be the same physical person: the judge holding the *voir dire* is acting in a different capacity than when considering the statement's probative value as a trier of fact. The facts relevant to the issue are foreign to the issue of guilt. They concern the circumstances leading up to and of the making of the statement and have nothing to do with those of the alleged offence. The accused may testify and his cross-examination is limited to those facts, and the Crown cannot ask questions pertaining to the offence, though some judgments have held that he may, for the sole purpose of assessing his credibility, be asked whether his statement was true. In fact it is conceivable, were the law to permit so (and I think in many ways desirable in terms of saving time, specially that of jurors and witnesses), that the *voir dire* be held outside the proceedings dealing with the offence, even before. Though the state-

nature de la preuve présentée. La recevabilité de tels éléments de preuve doit être appréciée en fonction des faits de chaque espèce. Il va sans dire qu'il ne peut y avoir de fin de non-recevoir et, à ce sujet, je ne puis qu'être d'accord avec le juge Moir. Mais, j'estime avec égards qu'il y a une grande différence entre ces décisions et celles où la conclusion n'a rien à voir avec la culpabilité ou la non-culpabilité et où les circonstances examinées n'ont absolument rien à voir avec les éléments matériels ou mentaux de l'acte criminel imputé. C'est le cas lorsque, par exemple, la poursuite veut produire des éléments de preuve obtenus au moyen d'un dispositif électromagnétique (art. 178.11 du *Code criminel*); ce pourrait aussi être le cas pour certaines conclusions tirées, en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, quant à des éléments de preuve. C'est aussi le cas pour les voir dire relatifs à des «aveux».

On a à juste titre qualifié de «procès dans un procès» le voir dire sur la recevabilité d'une déclaration faite par un accusé. (Voir, par exemple, Fred Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3e éd., Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1979, à la p. 35.)

La question porte sur la recevabilité de la déclaration quelle que soit sa teneur. L'instruction de cette question est faite par un juge autre que le juge des faits et il en est ainsi même s'il peut s'agir de la même personne physique: le juge qui tient le voir dire agit en une qualité différente de celle de juge des faits en vertu de laquelle il agit au moment d'examiner la force probante de la déclaration. Les faits applicables à la question n'ont rien à voir avec la question de la culpabilité. Ils ont trait aux circonstances qui ont entraîné et entouré la déclaration et n'ont rien à voir avec celles de l'acte criminel imputé. L'accusé peut déposer et son contre-interrogatoire se limite à ces faits, et la poursuite ne peut poser de questions ayant trait à l'infraction, même si dans certains jugements on a conclu qu'on pouvait le contre-interroger sur la véracité de sa déclaration dans le seul but d'évaluer sa crédibilité. En fait, il est concevable, si la loi le permettait (et je crois que ce serait souhaitable à plusieurs égards pour économiser du temps, spécialement pour les jurés et les témoins) que le

ment itself is tendered as relevant to innocence or guilt, its admissibility, based on the circumstances surrounding its being made, is a completely autonomous question. And for that reason, lack of finality or of identity with an issue necessarily a component of the finding of guilt or of innocence is to me, with respect, of no relevance in deciding this case.

The question to be now addressed is, whether or not the particular nature of these interlocutory findings would justify an extension of the doctrine so as to apply to them. They have not yet been put within the reach of the doctrine by most of the common law jurisdictions that have extended issue estoppel to criminal law (save the States of Illinois in *People v. Williams*, 322 N.E. 2d 461 (1975), and Michigan, in *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974), and *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979), and one decision in Canada, *R. v. Bellisimo* (1980), 4 W.C.B. 453 (Ont. Co. Ct.).

Much has been written and said on issue estoppel and *res judicata*.

Although *res judicata* has, since the decision of this Court in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, become a term of art in Canada, I will refer to it in its broadest and traditional sense.

A clear exposition on the matter may be found in Martin L. Friedland's *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969, and more recently in Jacques Fortin's *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis Inc., 1984, and need not be repeated here at any length.

In short, *res judicata* means "something that has clearly been decided" and is the reason given by the Romans and the legal systems stemming from theirs, such as ours, to a doctrine that strives to achieve the following:

voir dire se tienne en dehors des procédures relatives à l'infraction et même avant celles-ci. Même si la déclaration elle-même est produite parce qu'elle a trait à la culpabilité ou à la non-culpabilité de l'accusé, sa recevabilité, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été faite, est une question complètement indépendante. Et, pour cette raison, j'estime avec égards que l'absence de caractère définitif ou d'identité avec une question qui constitue nécessairement un élément de la déclaration de culpabilité ou de non-culpabilité est sans importance pour ce qui est de statuer sur la présente espèce.

La question qu'il faut maintenant aborder est celle de savoir si la nature particulière de ces décisions interlocutoires justifierait un élargissement du principe de manière à le rendre applicable à celles-ci. Le principe ne leur a pas encore été étendu par la plupart des juridictions de *common law* qui ont déjà incorporé la fin de non-recevoir au droit criminel (sauf les États de l'Illinois dans *People v. Williams*, 322 N.E. 2d 461 (1975), et du Michigan dans *People v. Gray*, 222 N.W. 2d 515 (1974), et *People v. Mann*, 280 N.W. 2d 577 (1979), et une décision au Canada, *R. v. Bellisimo* (1980), 4 W.C.B. 453 (Cour de comté de l'Ontario).

On a beaucoup écrit et parlé au sujet de la fin de non-recevoir et de la chose jugée.

Bien que l'expression «chose jugée» soit devenue un terme technique au Canada depuis l'arrêt de cette Cour *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, je l'utiliserai dans son sens habituel le plus large.

On peut trouver un exposé clair sur le sujet dans l'ouvrage de Martin L. Friedland, *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969, et dans l'ouvrage plus récent de Jacques Fortin, *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis Inc., 1984, et il n'est pas nécessaire de le reprendre ici en détail.

En bref, l'expression «chose jugée» signifie «quelque chose qui a clairement été décidé» et c'est le motif invoqué par les Romains et tous les systèmes juridiques qui découlent du leur, dont le nôtre, pour justifier un principe qui vise à réaliser les objets suivants:

Having regard to fairness to an accused

(a) that a person not be put in jeopardy once again after an acquittal (*autrefois acquit*);

(b) that a person not be punished twice for the same conduct (*autrefois convict* and the *Kienapple* principle);

and, having regard to the efficiency and reputation of the judicial system,

(c) that matters that have been fully litigated between parties be not reopened, over and over;

(d) that the scandal of conflicting decisions be avoided.

This case illustrates the undesirability of relitigation, as being costly and time consuming, and prone to the risk of conflicting decisions.

There is no doubt in my mind that if there is a bar to an extension of the doctrine of *res judicata* to rulings on confession *voir dires*, it does not stem from principle or logic. It is desirable that we avoid relitigation of the issue and, as in this case, the risk of conflicting decisions. And, if a *voir dire* is "a trial within a trial" logic commands such an extension unless there are overriding reasons not to do so. In fact, I even think the doctrine could be extended in such cases beyond its actual application to criminal matters so as to introduce "mutuality" (*i.e.* a finding being a bar not only to the Crown but to the accused when adverse to his interest). Indeed, mutuality of issue estoppel has been excluded in criminal law because of the Crown's burden of proving in each and every case all of the elements of the offence. But as I have already said, the facts relevant to the finding and the finding itself on such a *voir dire* are foreign to the facts to be proved by the Crown as regards the commission of the offence by the accused; therefore, what would inure to the Crown through "mutuality" of the finding in no way relaxes its burden of proving facts.

Pour ce qui est de l'équité envers un accusé

a) éviter qu'une personne soit de nouveau poursuivie après un acquittement (autrefois acquit);

b) éviter de punir une personne deux fois pour la même conduite (autrefois convict et le principe énoncé dans *Kienapple*);

et quant à l'efficacité et à la réputation du système judiciaire,

c) éviter que les affaires qui ont été complètement débattues entre les parties puissent être reprises indéfiniment;

d) éviter le scandale de décisions contradictoires.

L'espèce montre qu'il n'est pas souhaitable de débattre de nouveau une question parce qu'il en résulte une perte de temps et d'argent et un risque d'arriver à des décisions contradictoires.

Il n'y a pas de doute, selon moi, que s'il existe un empêchement à l'application du principe de la chose jugée aux décisions portant sur des voir dire relatifs à des aveux, il n'en est pas un de principe ou de logique. Il est souhaitable d'éviter de débattre de nouveau une question et, comme en l'espèce, de risquer d'aboutir à des décisions contradictoires. De plus, si le voir dire est «un procès dans un procès», la logique commande une telle application à moins qu'il n'y ait des motifs impérieux de ne pas le faire. En fait, je crois même qu'en matière de voir dire, le principe pourrait trouver application au delà de ses limites actuelles de manière à introduire la «réciprocité» (c'est-à-dire qu'une décision constituerait un empêchement non seulement pour la poursuite, mais pour l'accusé lorsqu'elle lui est défavorable). En réalité, la réciprocité de la fin de non-recevoir a été exclue du droit criminel à cause du fardeau qui incombe à la poursuite de prouver, dans chaque cas, tous les éléments de l'infraction. Mais, comme je l'ai déjà affirmé, les faits applicables à la décision sur un tel voir dire et la décision elle-même n'ont rien à voir avec les faits que la poursuite doit prouver relativement à la perpétration de l'infraction par l'accusé; en conséquence, ce qui s'applique à la poursuite par «réciprocité» de la décision ne diminue en rien son obligation de prouver les faits.

Be that as it may, I do not think it desirable that we extend the doctrine, with or without "mutuality", to such findings.

To begin with, I cannot see the doctrine develop so as to include the findings on the *voir dires* held at preliminaries. Indeed, when considering the *voir dire per se*, "the trial" within a "trial" is no less a "trial" because it is held in the course of a preliminary. But there is one major reason against the extension: there is no appeal, and error is generally subject to limited review. This is sufficient to deal with that aspect.

At the trial level, the situation as regards appeal is not much better. Though the *voir dire* is in a sense autonomous, it is nevertheless totally dependent upon the main trial for its appeal process. Let us postulate error on the part of the judge in determining the admissibility of the statement. If the statement is wrongly excluded, even through error of law, but the accused nevertheless convicted, benefit of the doctrine of *res judicata* would then be founded upon an error of law beyond the reach of redress. Indeed, the Crown has no appeal from that conviction. Similarly, if the statement is excluded through error of fact, and the accused acquitted, again the erroneous finding is beyond the reach of the courts as the Crown's right to appeal is limited to matters of law.

If mutuality is introduced, matters are even worse. A statement wrongfully admitted in proceedings resulting in an acquittal would follow and prejudice an accused throughout all of his other trials.

If we exclude mutuality, all findings at preliminary inquiries and for the same reason those findings at trial that are beyond the reach of review through appeal, the doctrine could then only find application when the statement is excluded, the accused acquitted and the exclusion is based on an error of law. This offers very little payload in terms of avoiding relitigation and noth-

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas qu'il est souhaitable d'appliquer le principe, avec ou sans «réciprocité», à de telles décisions.

Tout d'abord, je ne crois pas que le principe puisse englober les décisions sur les voir dire tenus au cours d'enquêtes préliminaires. Bien entendu, si l'on considère le voir dire en tant que tel, il ne perd pas sa nature de «procès dans un procès» pour la seule raison qu'il est tenu au cours d'une enquête préliminaire. Il y a cependant une raison majeure pour ne pas étendre le principe à ces décisions: elles sont sans appel et l'erreur est généralement assujettie à une révision limitée. Cela suffit à trancher cet aspect.

À l'étape du procès, la situation quant à l'appel n'est guère meilleure. Quoique le voir dire soit indépendant en un sens, son processus d'appel dépend néanmoins tout à fait du procès principal. Supposons que le juge fasse une erreur en se prononçant sur la recevabilité d'une déclaration. Si la déclaration est écartée à tort, même à cause d'une erreur de droit, et que l'accusé est quand même déclaré coupable, l'avantage du principe de la chose jugée serait alors fondé sur une erreur de droit impossible à rectifier. En effet, la poursuite n'a aucun droit d'appel à l'encontre de cette déclaration de culpabilité. De même, si la déclaration est écartée à cause d'une erreur de fait, et que l'accusé est acquitté, là encore la décision erronée se trouve hors de la portée des tribunaux puisque le droit d'appel de la poursuite se limite aux questions de droit.

Si l'on introduit la réciprocité, les choses sont encore pires. Une déclaration admise à tort dans des procédures qui aboutiraient à un acquittement suivrait l'accusé et lui nuirait dans tous ses autres procès.

Si l'on écarte la réciprocité, quant aux conclusions rendues au cours d'enquêtes préliminaires et, pour la même raison, quant aux conclusions rendues au procès qui ne peuvent pas faire l'objet d'un appel, le principe ne s'appliquerait que lorsque la déclaration est exclue et l'accusé acquitté et que l'exclusion est fondée sur une erreur de droit. Cette extension très limitée de la fin de non-recevoir

ing or little as regards avoiding the danger of conflicting decisions.

The change to the law being a major departure from the traditional approach of the doctrine in the field of interlocutory findings, I think there is a burden placed upon whomsoever invites the change to satisfy this Court that there is clear advantage to the administration of justice in developing the law in this direction.

In the absence of an autonomous appeal of such findings, I do not think that appellant has made that case.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: James & Taylor, Calgary.

Solicitor for the respondent: R. W. Paisley, Edmonton.

change peu de choses à la situation actuelle quant à la réouverture des litiges et ne diminue que très peu le risque de décisions contradictoires.

Puisque cette modification du droit constituerait un écart important de la façon habituelle d'aborder le principe dans le domaine des décisions interlocutoires, je crois qu'il incombe à quiconque demande la modification de convaincre la Cour qu'il y a un avantage manifeste pour l'administration de la justice à faire évoluer le droit dans ce sens.

En l'absence d'un pourvoi indépendant sur de telles décisions, je ne crois pas que l'appelant a établi ce point.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: James & Taylor, Calgary.

Procureur de l'intimée: R. W. Paisley, Edmonton.

The Minister of Employment and Immigration, Jean Boisvert, Immigration Officer, in his capacity as Manager, Canada Immigration Centre Winnipeg, and Susan Lawson, Immigration Officer *Appellants*;

and

Enrique Alberto Jiminez-Perez and Anne Irena Reid *Respondents.*

File No.: 17246.

1984: November 21, 22; 1984: December 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Admission — Landing application — Person seeking admission to Canada without having first obtained immigrant visa outside Canada — Exemption requested on compassionate or humanitarian considerations — Immigration officers under duty to consider application for exemption — Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, ss. 9, 79(2)(b), 115(2).

The Federal Court Trial Division granted respondents' application for mandamus and ordered the appellants (1) to consider respondent Jiminez-Perez' application for permanent residence in Canada; (2) to determine whether the evidence of the case discloses compassionate or humanitarian considerations that could justify granting him landing by way of special relief—namely without having first to apply and obtain an immigrant visa outside Canada—and (3) to consider respondent Reid's sponsorship application respecting Jiminez-Perez' application for landing. The Federal Court of Appeal affirmed the order save for one variation. In this Court, appellants conceded that the immigration officers were under a duty, pursuant to s. 115(2) of the *Immigration Act, 1976*, to consider and deal with respondents' application for an exemption, on compassionate or humanitarian grounds, from the requirement of s. 9 of the Act but alleged that such a duty could not be enforced by way of mandamus.

Held: The appeal should be allowed in part.

Without expressing any view as to whether mandamus lies to enforce such a duty, the same result can be

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Jean Boisvert, agent d'immigration, à titre de directeur du Centre d'Immigration Canada de Winnipeg et Susan Lawson, agent d'immigration *Appelants*;

et

Enrique Alberto Jiminez-Perez et Anne Irena Reid *Intimés.*

N° du greffe: 17246.

1984: 21, 22 novembre; 1984: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Admission — Demande de droit d'établissement — Personne demandant son admission au Canada sans avoir obtenu de visa d'immigrant avant d'entrer au pays — Demande d'exemption pour des considérations humanitaires ou de compassion — Obligation des agents d'immigration d'examiner la demande d'exemption — Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 9, 79(2)b), 115(2).

La Division de première instance de la Cour fédérale a accueilli la demande de *mandamus* des intimés et a ordonné aux appelants (1) d'examiner la demande de résidence permanente au Canada présentée par l'intimé Jiminez-Perez; (2) de déterminer s'il ressort de la preuve qu'il existe des considérations humanitaires ou de compassion pouvant justifier qu'on lui accorde, à titre de mesure spéciale, le droit d'établissement—c'est-à-dire sans avoir demandé et obtenu un visa d'immigrant avant d'entrer au Canada—et (3) d'examiner la demande de parrainage de l'intimée Reid relativement à la demande de droit d'établissement de Jiminez-Perez. La Cour d'appel fédérale a confirmé l'ordonnance avec une modification. Devant cette Cour, les appelants ont concédé que les agents d'immigration avaient l'obligation en vertu du par. 115(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* d'examiner et de trancher la demande des intimés qui vise à obtenir une exemption, pour des considérations humanitaires ou de compassion, de l'application de la condition de l'art. 9 de la Loi, mais ils ont fait valoir qu'on ne pouvait pas faire respecter cette obligation par voie de *mandamus*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

Il n'est pas nécessaire de décider si le *mandamus* est un recours approprié, car on peut en arriver au même

reached by way of a declaration. Accordingly, this Court declared that the immigration officers were under a duty to consider respondents' application for an exemption, on compassionate or humanitarian grounds, from the requirement of s. 9 of the *Immigration Act, 1976*, to deal with it in the name of the Minister of Employment and Immigration and to advise respondents of the result. The application for landing from within Canada and the sponsorship application should be considered and adjudicated upon if and when the exemption sought by the first application is granted, subject to such rights of appeal as may be given by the Act.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 1 F.C. 163, 45 N.R. 149, affirming the judgment of the Trial Division but varying the wording of the order of mandamus. Appeal allowed in part.

Arnold S. Fradkin and *Yvonne Beaupré*, for the appellants.

Arne Peltz, for the respondents.

The following judgment was delivered by

THE COURT—The circumstances which have given rise to this case are set out in the judgment appealed from, a judgment of the Federal Court of Appeal reported *sub nom. Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 163.

The Trial Division of the Federal Court granted to respondents an order in the nature of a writ of mandamus which reads as follows:

It is hereby ordered and adjudged that the Respondents permit the Applicant, Enrique Alberto Jimenez-Perez [*sic*] to file an application for permanent residence in Canada, that they consider the application, that they determine whether or not it would be contrary to the Immigration Act and Regulations to grant landing to him, that they determine whether, in this case, the evidence discloses compassionate and humanitarian considerations that could possibly justify granting landing to him by way of special relief, that they advise the Applicants of their decision, and that they also permit the Applicant, Anne Irena Reid, to file an application to sponsor the application of Enrique Alberto Jimenez-Perez [*sic*] for permanent residence in Canada, that

résultat par un jugement déclaratoire. Cette Cour déclare donc que les agents d'immigration ont l'obligation d'examiner la demande des intimés qui vise à obtenir une exemption, pour des considérations humanitaires ou de compassion, de l'application de la condition imposée par l'art. 9 de la *Loi sur l'immigration de 1976*; ils doivent également se prononcer sur cette demande au nom du ministre de l'Emploi et de l'Immigration et d'aviser les intimés de leur décision. La demande de droit d'établissement présentée de l'intérieur du Canada et celle de parrainage devront être examinées et tranchées lorsque l'exemption sollicitée dans la première demande sera accordée, si elle l'est, sous réserve des droits d'appel que peut accorder la Loi.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 1 C.F. 163, 45 N.R. 149, qui a confirmé un jugement de la Division de première instance avec une modification du texte de l'ordonnance de *mandamus*. Pourvoi accueilli en partie.

Arnold S. Fradkin et *Yvonne Beaupré*, pour les appelants.

Arne Peltz, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Les circonstances qui ont donné lieu à l'espèce sont énoncées dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale publié sous l'intitulé *Jiminez-Perez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 163, objet du présent pourvoi.

La Division de première instance de la Cour fédérale a accordé aux intimés une ordonnance de la nature d'un bref de *mandamus* dont voici le texte:

Il est par les présentes ordonné aux intimés de permettre au requérant, Enrique Alberto Jimenez-Perez (*sic*), de déposer une demande de résidence permanente au Canada, d'examiner cette demande, de déterminer s'il serait contraire à la Loi et au Règlement sur l'immigration d'accorder à l'intéressé le droit d'établissement, de déterminer s'il ressort de la preuve qu'il existe des considérations humanitaires et de compassion pouvant justifier l'octroi au requérant, à titre de mesure spéciale, du droit d'établissement, d'aviser les requérants de leur décision, d'autoriser également la requérante Anne Irena Reid à déposer une demande de parrainage de la demande de résidence permanente au Canada d'Enrique

they make a decision upon her application and advise her of their decision.

This order was affirmed by the Federal Court of Appeal save for one variation:

> The appeal is allowed only to the extent that the order of theTrial Division is varied by deleting the words:
>
> "that they determine whether, in this case, the evidence discloses compassionate and humanitarian considerations that could possibly justify granting landing to him by way of special relief"
>
> and substituting therefor the following:
>
> "that they take the necessary steps to enable the Governor in Council to determine whether special relief on compassionate or humanitarian grounds from the requirement of section 9 of the Act should be granted."
>
> In all other respects the order of the Trial Division is affirmed and the appeal is dismissed.

In this Court, counsel for appellants conceded that appellants Jean Boisvert and Susan Lawson are under a duty to consider and deal with respondents' application for an exemption, on compassionate or humanitarian grounds, of the requirement of s. 9 of the *Immigration Act, 1976*, 1976-77 (Can.), c. 52, under s. 115(2) of the Act. Counsel for appellants took the position that such a duty could not be enforced by way of mandamus but he did not really dispute that it could be enforced by way of declaration.

Without expressing any view as to whether mandamus lies, we think that the same practical result can be reached by way of a declaration, and that we should grant such a declaration to respondents in lieu of the order varied by the Federal Court of Appeal.

As for respondents' two other applications, one for landing from within Canada by respondent Jiminez-Perez, and the other for the landing application sponsorship by respondent Reid, counsel for respondents conceded that they cannot lawfully be granted until and unless an exemption has been obtained further to the first application. His point, as we understand it, was that respondent

Alberto Jimenez-Perez (*sic*), de statuer sur la demande de ladite requérante et d'aviser celle-ci de leur décision.

Cette ordonnance a été confirmée par la Cour d'appel fédérale sous réserve de la modification suivante:

> [TRADUCTION] L'appel est accueilli dans la mesure seulement où l'ordonnance de la Division de première instance est modifiée par le retranchement des mots:
>
> «de déterminer s'il ressort de la preuve qu'il existe des considérations humanitaires et de compassion pouvant justifier l'octroi au requérant, à titre de mesure spéciale, du droit d'établissement»
>
> et leur remplacement par ce qui suit:
>
> «de prendre les mesures nécessaires afin de permettre au gouverneur en conseil de déterminer s'il y a lieu d'accorder, pour des considérations d'ordre humanitaire ou de compassion, une dispense spéciale de la condition prévue à l'article 9 de la Loi.»
>
> L'ordonnance de la Division de première instance est confirmée à tous les autres égards et l'appel est rejeté.

En cette Cour, l'avocat des appelants a reconnu que les appelants Jean Boisvert et Susan Lawson ont, en vertu du par. 115(2) de la Loi, l'obligation d'examiner et de trancher la demande des intimés qui vise à obtenir une exemption, pour des considérations humanitaires ou de compassion, de l'application de la condition de l'art. 9 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, 1976-77 (Can.), chap. 52. L'avocat des appelants a soutenu qu'on ne pouvait faire respecter cette obligation par voie de *mandamus*, mais n'a pas vraiment contesté qu'on pouvait le faire par jugement déclaratoire.

Sans nous prononcer sur la question de savoir si le *mandamus* est un recours approprié, nous croyons que l'on peut arriver en pratique au même résultat par jugement déclaratoire et que nous devons prononcer en faveur des intimés un jugement déclaratoire qui remplacera l'ordonnance modifiée de la Cour d'appel fédérale.

Pour ce qui est des deux autres demandes des intimés, savoir une demande de droit d'établissement présentée de l'intérieur du Canada par l'intimé Jiminez-Perez et une demande de parrainage de la demande de droit d'établissement présentée par l'intimée Reid, l'avocat des intimés a reconnu qu'il est impossible de les accueillir légalement tant qu'une exemption n'aura pas été accordée en

Reid was being deprived of a right of appeal since if the sponsorship application was refused, the sponsor might appeal to the Immigration Appeal Board under s. 79(2)(*b*) of the Act:

79. (1) Where a person has sponsored an application for landing made by a member of the family class, an immigration officer or visa officer, as the case may be, may refuse to approve the application on the grounds that

(*a*) the person who sponsored the application does not meet the requirements of the regulations respecting persons who sponsor applications for landing or,

(*b*) the member of the family class does not meet the requirements of this Act or the regulations,

and the person who sponsored the application shall be informed of the reasons for the refusal.

(2) A Canadian citizen who has sponsored an application for landing that is refused pursuant to subsection (1) may appeal to the Board on either or both of the following grounds, namely,

(*a*) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(*b*) on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

. . .

But we fail to see how the Immigration Appeal Board could acquire jurisdiction under s. 79(2)(*b*) of the Act where there is as yet no landing application that could be granted. It follows that there is as yet no landing application to be sponsored. The application for landing from within Canada and the sponsorship application should be considered and adjudicated upon if and when the exemption sought by the first application is granted, subject to such rights of appeal as may be given by the Act.

The appeal is allowed in part, the judgments of the Federal Court of Appeal and of the Trial Division are set aside and the following declaration is substituted for the orders therein:

vertu de la première demande. Selon son raisonnement, si nous le suivons bien, l'intimée Reid est privée d'un droit d'appel puisque, si la demande de parrainage est rejetée, le parrain peut interjeter appel à la Commission d'appel de l'immigration en vertu de l'al. 79(2)*b*) de la Loi:

79. (1) Un agent d'immigration ou un agent des visas peut rejeter une demande parrainée de droit d'établissement présentée par une personne appartenant à la catégorie de la famille, au motif que

a) le répondant ne satisfait pas aux exigences des règlements relatifs aux répondants, ou

b) la personne appartenant à la catégorie de la famille ne satisfait pas aux exigences de la présente loi ou des règlements.

Le répondant doit alors être informé des motifs du rejet.

(2) Au cas de rejet, en vertu du paragraphe (1), d'une demande de droit d'établissement parrainée par un citoyen canadien, celui-ci peut interjeter appel à la Commission en invoquant l'un ou les deux motifs suivants:

a) un moyen d'appel comportant une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait;

b) le fait que des considérations humanitaires ou de compassion justifient l'octroi d'une mesure spéciale.

. . .

Mais nous ne voyons pas comment la Commission d'appel de l'immigration peut devenir compétente en vertu de l'al. 79(2)*b*) de la Loi alors qu'il n'existe encore aucune demande de droit d'établissement qui puisse être accueillie. Il s'ensuit qu'il n'existe encore aucune demande de droit d'établissement qui puisse être parrainée. La demande de droit d'établissement présentée de l'intérieur du Canada et la demande de parrainage devront être examinées et tranchées lorsque l'exemption sollicitée dans la première demande sera accordée, si elle l'est, sous réserve des droits d'appel que peut accorder la Loi.

Le pourvoi est accueilli en partie et les ordonnances de la Cour d'appel fédérale et de la Division de première instance sont infirmées et remplacées par la déclaration suivante:

It is declared that appellants Jean Boisvert and Susan Lawson are under a duty to consider respondents' application for an exemption on compassionate and humanitarian grounds of the requirement of s. 9 of the *Immigration Act, 1976*, to deal with it in the name of the Minister of Employment and Immigration and to advise respondents of the result.

There will be no order as to costs.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellants: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Arne Peltz, Winnipeg.

La Cour déclare que les appelants Jean Boisvert et Susan Lawson ont l'obligation d'examiner la demande des intimés qui vise à obtenir une exemption, pour des considérations humanitaires ou de compassion, de l'application de la condition de l'art. 9 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, de se prononcer sur cette demande au nom du ministre de l'Emploi et de l'Immigration et d'aviser les intimés de leur décision.

Il n'y aura aucune adjudication de dépens.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur des appelants: R. Tassé, Ottawa.

Procureur des intimés: Arne Peltz, Winnipeg.

Pierre Nadeau *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17596.

1984: November 21; 1984: December 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Murder — Charge to jury — Burden of proof — Two versions of events surrounding homicide presented in evidence — Self-defence — Misdirection — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Appellant was charged with first-degree murder. At trial, two different versions of the circumstances surrounding the homicide were presented in evidence: that of the accused, corroborated by his concubine, and that of the witness for the Crown. The trial judge directed the jury on the rules of law governing self-defence—one of the defences presented by the accused—and told them the standard and the burden of proof on the Crown with regard to establishing the facts which constitute the essential components of the offence, and the standard applicable to any accused with regard to his defence arguments. Appellant was convicted of second-degree murder and the Court of Appeal upheld the conviction. This appeal is to determine whether the trial judge erred in his directions to the jury.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge erred in law on the question of the burden of proof regarding the contradictory versions of the facts in issue. An accused benefits from any reasonable doubt at the outset, not merely if the two versions of the facts are equally consistent with the evidence or valid. Moreover, the jurors are not limited to choosing between the two versions. Even if they do not believe the accused, they cannot accept the other version of the facts unless they are satisfied beyond all reasonable doubt that the events in fact took place in the manner in which the witness for the Crown related them. Otherwise the accused is entitled to the finding of fact more favourable to him provided that it is based on evidence in the record and not mere speculation.

Pierre Nadeau *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17596.

1984: 21 novembre; 1984: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Meurtre — Exposé du juge au jury — Fardeau de la preuve — Deux versions des événements entourant l'homicide offertes en preuve — Légitime défense — Directives erronées — Nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

L'appelant a été accusé de meurtre au premier degré. Au procès, deux versions différentes des circonstances qui ont entouré l'homicide ont été présentées en preuve: celle de l'accusé, corroborée par sa concubine, et celle du témoin de la poursuite. Le juge du procès a instruit le jury sur les principes de droit qui régissent la légitime défense—l'un des moyens de défense invoqués par l'accusé—et il leur a indiqué la norme et le fardeau de preuve qui incombe à la poursuite relativement à la détermination des faits constitutifs de l'élément matériel de l'infraction ainsi que la norme dont bénéficie tout accusé en ce qui concerne ses moyens de défense. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer si le juge du procès a erré dans ses directives au jury.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a erré en droit sur la question du fardeau de la preuve relativement aux versions contradictoires des faits en litige. Un accusé bénéficie du doute raisonnable au départ et pas seulement si les deux versions des faits sont également concordantes ou valables. De plus, les jurés ne sont pas limités à choisir entre les deux versions. Même s'ils ne croient pas l'accusé, ils ne peuvent retenir l'autre version des faits que s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable que les événements se sont effectivement passés comme le témoin de la poursuite les a relatés. À défaut l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable en autant qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation.

Furthermore, the trial judge also erred in law on the question of the burden of proof when he told the jurors that the accused had to prove his defence of self-defence beyond all reasonable doubt. The accused was entitled to the benefit of any reasonable doubt raised by the evidence respecting this defence.

Finally, section 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* should not be applied in this case. The Crown did not show that, if it had been directed in accordance with the law, the jury would necessarily have brought in a verdict of guilty.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal[1], dismissing appellant's appeal from his conviction of second-degree murder. Appeal allowed.

Michel Proulx and *Richard Masson*, for the appellant.

Robert Lévesque, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—In this appeal, the applicable principles of law are well-known and are not in any way at issue. Rather, the question is whether the trial judge erred in law in his directions to the jury, and if so, whether his error was such that a new trial should be held. The Court of Appeal of Quebec considered that it should not. While agreeing with this conclusion, the Crown is asking this Court, if necessary, to apply the provisions of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

Appellant killed a man named Francœur with a rifle shot. He was charged with first-degree murder, and convicted of second-degree murder by a jury in New Carlisle, in the Gaspé area.

The incident occurred in the apartment of the accused's concubine, Miss Linda Caissy. One Landry, who said he was present in the apartment when the incident occurred, testified as to the circumstances surrounding the homicide. According to the accused and his concubine, Landry was not there, and they both gave the same version of the events leading to the killing of Francœur, but one which differed from that of Landry.

[1] Que. C.A., No. 200-10-000136-81, March 11, 1983.

De plus, en instruisant les jurés que l'accusé devait prouver sa défense de légitime défense hors de tout doute raisonnable, le juge du procès a de nouveau erré en droit sur la question du fardeau de la preuve. L'accusé devait bénéficier de tout doute raisonnable soulevé par la preuve relativement à cette défense.

Enfin, il ne convient pas en l'espèce d'appliquer l'art. 613(1)(*b*)(iii) du *Code criminel*. La poursuite n'a pas démontré que, instruit conformément à la loi, le jury aurait nécessairement conclu à un verdict de culpabilité.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1] qui a rejeté un appel de l'appelant déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

Michel Proulx et *Richard Masson*, pour l'appelant.

Robert Lévesque, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER— Dans ce pourvoi, les principes de droit qui s'appliquent sont bien connus et ne sont nullement remis en question. Il s'agit plutôt de savoir si le juge de première instance a erré en droit dans ses instructions au jury, et ce, le cas échéant, au point de requérir un nouveau procès. La Cour d'appel du Québec fut d'avis que non. La Couronne tout en abondant dans ce sens, nous invite, au besoin, à appliquer les dispositions de l'art. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

L'appelant a tué d'un coup de carabine un dénommé Francœur. Accusé de meurtre au premier degré, il fut déclaré coupable par un jury de New Carlisle, en Gaspésie, de meurtre au deuxième degré.

L'incident s'est produit à l'appartement de la concubine de l'accusé, Mlle Linda Caissy. Un dénommé Landry, qui s'est dit présent dans l'appartement lors de l'incident, a témoigné quant aux circonstances entourant l'homicide. Selon l'accusé et sa concubine, Landry n'y était pas, et tous deux donnent une même version différente de celle de Landry des événements qui ont abouti à l'homicide de Francœur.

[1] C.A. Qué., n° 200-10-000136-81, 11 mars 1983.

Appellant presented five grounds, each charging that the judge had erred in his directions to the jury. In my opinion, the first ground, having regard to the burden of proof in criminal proceedings, succeeds, and requires that this Court order a new trial; it is therefore unnecessary to deal with the others.

For reasons which it is not necessary to elaborate, the judge had a duty, which he discharged, to direct the jurors on the rules of law governing "self-defence". He also had a duty, as in all cases, to inform them of the standard and the burden of proof applicable to the Crown, with regard to establishing the facts which constitute the essential components of the offence, as well as the standard applicable to any accused with regard to his defence arguments, in particular that of self-defence.

Appellant argues that he erred in law on these questions when he dealt with the burden of proof regarding the two versions of the incident, and regarding self-defence.

The Two Versions

After telling them they had to choose between the two versions, the judge explained the jury's task to them as follows:

[TRANSLATION] You have heard the analysis given of the two (2) versions throughout the day, and I do not intend to repeat it. I will simply say that in deciding how you make your choice, you must have one thing clearly in mind: you must choose the more persuasive, the clearer version, the one which provides a better explanation of the facts, which is more consistent with the other facts established in the evidence.

You must keep in mind that, as the accused has the benefit of the doubt on all the evidence, if you come to the conclusion that the two (2) versions are equally consistent with the evidence, are equally valid, you must give - you must accept the version more favourable to the accused. These are the principles on which you must make your choice between the two (2) versions.

(Emphasis added.)

With respect, this direction is in error. The accused benefits from any reasonable doubt at the outset, not merely if "the two (2) versions are

L'appelant soulève cinq motifs, chacun reprochant au juge des erreurs dans ses directives au jury. Le premier de ces moyens, qui est en regard du fardeau de la preuve en matières criminelles, est, à mon avis, fondé, et requiert que nous ordonnions un nouveau procès; il n'est donc pas nécessaire de traiter des autres.

Pour des raisons qu'il n'est pas nécessaire d'expliciter en l'espèce, le juge devait, comme il l'a d'ailleurs fait, instruire les jurés sur les principes de droit qui gouvernent la «légitime défense». Il devait aussi, comme dans toutes les causes, leur indiquer la norme et le fardeau de preuve qui incombe à la Couronne en regard de la détermination des faits constitutifs de l'élément matériel de l'infraction ainsi que la norme dont bénéficie tout accusé en regard de ses moyens de défense, et plus particulièrement, en regard de la légitime défense.

L'appelant dit qu'il a erré en droit sur ces questions lorsqu'il a traité du fardeau de preuve en regard des deux versions de l'incident, et en regard de la légitime défense.

Les deux versions

Après leur avoir dit qu'ils devaient choisir entre les deux versions, voici comment le juge explique au jury leur tâche, face à celles-ci:

Vous avez entendu l'analyse des deux (2) versions au courant de la journée, je n'ai pas l'intention d'y revenir. Je veux simplement vous dire que dans la recherche du choix que vous allez faire, vous devez avoir un objectif principal: c'est de choisir la version la plus probante, la plus claire, celle qui explique mieux les faits, celle qui est plus concordante avec les autres faits qui ont été prouvés dans la preuve.

Vous devez vous rappeler que l'accusé, ayant le bénéfice du doute sur l'ensemble de la preuve, s'il arrivait que vous en arriviez à la conclusion que les deux (2) versions sont également concordantes, sont également valables, vous devrez accorder - vous devrez retenir la version qui est la plus favorable à l'accusé. Alors, ce sont en vertu de ces principes-là que vous devez faire le choix entre les deux (2) versions.

(C'est moi qui souligne.)

Avec respect, cette directive est erronée. L'accusé bénéficie du doute raisonnable au départ, et non pas seulement si «les deux (2) versions sont

equally consistent with the evidence, are equally valid". Moreover the jury does not have to choose between two versions. It is not because they would not believe the accused that they would then have to agree with Landry's version. The jurors cannot accept his version, or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the evidence, that the events took place in this manner; otherwise, the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not mere speculation.

Self-Defence

The judge told the jurors more than once that the accused had the benefit of a reasonable doubt at all times, and that the Crown had a duty to prove each of the component parts of the crime. Dealing with self-defence, he told them:

[TRANSLATION] I should tell you that here too, on self-defence, as on all the other defences which he may present, the accused is entitled to the benefit of the doubt in the event you are undecided whether any one component of the crime has been established.

Further, he said:

[TRANSLATION] In the event you conclude that the version of Nadeau and that of Linda Caissy should be accepted, you must examine self-defence: if you accept self-defence, you may bring in a verdict of acquittal.

In the event you conclude that self-defence was not established beyond all doubt, then you must examine the evidence to determine whether, at the time he fired this shot in the particular circumstances of the case, the accused could have formed—was capable of forming the specific intent of murder.

(Emphasis added.)

Although the jury requested and received further directions on other aspects of the law applicable in the circumstances, this direction was the final one given by the judge on self-defence. With respect, it is in error. Any reasonable doubt as regards his being in self-defence raised by the evidence enures to the accused, and he certainly

également concordantes, sont également valables». Les jurés ne sont pas limités à choisir entre deux versions. Ce n'est pas parce qu'ils ne croiraient pas l'accusé qu'ils seraient pour autant limités à agréer la version de Landry. Les jurés ne peuvent retenir sa version, ou portion de celle-ci, que s'ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu'un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation.

La légitime défense

Le juge a dit aux jurés plus d'une fois que l'accusé devait bénéficier en tout temps du bénéfice du doute raisonnable, et qu'il incombait à la Couronne de prouver chacun des éléments constitutifs du crime. Traitant de la légitime défense il leur a dit:

Je dois vous dire qu'également ici, sur la légitime défense, comme sur toutes les autres défenses qu'il peut présenter, l'accusé a le droit au bénéfice du doute dans le cas où vous êtes indécis à savoir si l'un ou l'autre des éléments ont été prouvés.

Et plus loin:

Dans le cas où vous en veniez à la conclusion d'accepter la version de Nadeau et de Linda Caissy, vous devez examiner la légitime défense; si vous acceptez la légitime défense, vous pouvez rapporter un verdict d'acquittement.

Dans le cas où vous en venez à la conclusion que la légitime défense n'est pas prouvée hors de tout doute, eh bien vous pouvez examiner la preuve de façon à vous demander si l'accusé, au moment où il a tiré à ce moment-là dans les circonstances particulières, pouvait se former—était capable de se former une intention spécifique du meurtre.

(C'est moi qui souligne.)

Quoique le jury ait reçu, à sa demande, des directives additionnelles sur d'autres aspects du droit applicable en l'espèce, cette directive fut la dernière qu'il donnait en ce qui a trait à la légitime défense. Avec respect, elle est erronée. L'accusé bénéficie de tout doute raisonnable soulevé par la preuve à l'effet qu'il était placé en situation de

does not have to show beyond all reasonable doubt that he was placed in a position of self-defence.

In all fairness to the judge, I assume he meant to tell the jurors that, if they were satisfied beyond all reasonable doubt that the accused was not in a position of self-defence, they should not thereupon immediately conclude that he was guilty, but should consider whether he "was capable of forming the specific intent of murder". I feel certain that this is what the judge intended and thought he was telling the jury, since the judge in question is one of experience and great ability. Unfortunately, this is not what he said, and I can only conclude that the jurors could have been given the wrong impression as to the burdens of proof; particularly with regard to the preliminary choice which they could make, and might even have been required to make, of "the more persuasive . . . version".

The Crown suggested that this Court apply s. 613(1)(*b*)(iii). I have read the evidence in the record, and I am of the opinion that the Crown did not show the Court that, if it had been properly instructed in law, the jury would necessarily have brought in a verdict of second-degree murder, as it did.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal dismissing the appeal, and order a new trial on a charge of second-degree murder.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Proulx, Barot, Masson, Montréal.

Solicitor for the respondent: Robert Lévesque, New Carlisle.

légitime défense et n'a sûrement pas à le prouver hors de tout doute raisonnable.

En toute justice pour le juge, je crois qu'il voulait plutôt dire aux jurés que, s'ils étaient satisfaits hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'était pas en situation de légitime défense, ils ne devaient pas pour autant conclure tout de go à sa culpabilité mais devaient se demander s'il «était capable de se former une intention spécifique du meurtre». C'est, j'en suis sûr, puisqu'il s'agit d'un juge d'expérience et de grande compétence, ce qu'il a voulu et a pensé leur dire. Hélas, ce n'est pas ce qui a été dit, et je ne peux que conclure que les jurés ont pu être laissés sous une impression erronée quant aux fardeaux de preuve; surtout en regard du choix préalable qu'ils pouvaient faire et même, le cas échéant, devaient faire de «la version la plus probante».

La Couronne nous suggère l'application de l'art. 613(1) *b*)(iii). J'ai lu la preuve au dossier et je suis d'avis que la Couronne ne nous a pas démontré que, instruit conformément à la loi, le jury eût nécessairement conclu, comme il l'a fait, à un verdict de culpabilité de meurtre au second degré.

J'accueillerais le pourvoi, infirmerais la décision de la Cour d'appel rejetant l'appel, et ordonnerais un nouveau procès, sur une accusation de meurtre au deuxième degré.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Proulx, Barot, Masson, Montréal.

Procureur de l'intimée: Robert Lévesque, New Carlisle.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 1984 Vol. 2

and

Tables

5e cahier, 1984 Vol. 2

et

Tables

Cited as [1984] 2 S.C.R. { i-xxx 575-745

Renvoi [1984] 2 R.C.S. { i-xxx 575-745

NOTICE

Volume 2 of the Supreme Court Reports [1984] will only contain five parts.

May 1985

AVIS

Le deuxième volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1984] ne comprend que cinq cahiers.

Mai 1985

Published by
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1984.

Publié par
BERNARD C. HOFLEY, c.r.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1984.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Errata iv
Motions v
Table of Judgments xiii
Table of Cases Cited xxi
Index 731

Attorney General of Quebec *v.* Commission scolaire des Manoirs *et al.* **575**

Constitutional law — Education — Constitutional guarantees — Rights or privileges respecting denominational schools — Act providing for a new system of school financing — Whether provincial provisions *intra vires* — Constitution Act, 1867, s. 93 — Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, 1979 (Que.), c. 72, ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Attorney General of Quebec *v.* Greater Hull School Board *et al.* **575**

Constitutional law — Education — Constitutional guarantees — Rights or privileges respecting denominational schools — Act providing for a new system of school financing — Whether provincial provisions *intra vires* — Constitution Act, 1867, s. 93 — Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, 1979 (Que.), c. 72, ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Errata iv
Requêtes v
Table des jugements xvii
Table des causes citées xxi
Index 739

Caldwell *et autre c.* Stuart *et autres* **603**

Libertés publiques — Discrimination — Religion et état matrimonial — Violation du droit canon par une enseignante catholique dans une école catholique — Non-renouvellement du contrat d'enseignement à cause de cette violation — L'acte de l'école est-il contraire au Human Rights Code de la Colombie-Britannique? — La cour est-elle limitée aux faits énoncés dans l'exposé de cause — Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 8, 18, 22 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1).

Tribunaux — Exposé de cause — Faits — Mesure dans laquelle les tribunaux peuvent examiner autre chose que les faits énoncés dans l'exposé de cause.

Lyons *et autre c.* La Reine (Demandes) **631**

Droit criminel — Demandes de mise en liberté par voie judiciaire ou de sursis à l'exécution de la sentence — Demandes rejetées — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 608 [abr. & remp. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12], 608.1 [aj. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12; abr. & remp. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 73].

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Attorney General of Quebec *v.* Lavigne *et al.* **575**

Constitutional law — Education — Constitutional guarantees — Rights or privileges respecting denominational schools — Act providing for a new system of school financing — Whether provincial provisions *intra vires* — Constitution Act, 1867, s. 93 — Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, 1979 (Que.), c. 72, ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Caldwell *et al.* *v.* Stuart *et al.* **603**

Civil rights — Discrimination — Religion and marital status — Roman Catholic teacher in Roman Catholic school breaching canon law — Teaching contract not renewed because of breaches — Whether or not school's action contrary to B.C. Human Rights Code — Whether or not Court confined to facts in stated case — Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, ss. 8, 18, 22 — Constitution Act, 1867, s. 93(1).

Courts — Stated case — Facts — Extent to which courts may look beyond facts in stated case.

Lyons et al *v.* The Queen (Applications) **631**

Criminal law — Applications for judicial release or stay of sentence — Applications denied — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 608 [rep. & sub. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12], 608.1 [added R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12; rep. & sub. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 73].

Lyons *et al.* *v.* The Queen **633**

Criminal law — Wiretaps — Admissibility of evidence — Interceptions authorized by court — Installation of device involving trespass — Whether or not interceptions "lawfully made" — Whether or not evidence obtained admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1), (2)(d), 178.16(1).

Evidence — Admissibility — Wiretap evidence — Operation to obtain evidence involving trespass — Whether or not evidence admissible.

Wiretap Reference **697**

Criminal law — Wiretaps — Authorization — Entry without consent to plant bug — Whether or not authorization implied power to plant device through illegal means — Whether or not illegal means for planting device can be sanctioned by term of judge's authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(2).

SOMMAIRE (Fin)

Lyons *et autres*. *c.* La Reine **633**

Droit criminel — Écoute électronique — Admissibilité en preuve — Interceptions autorisées par la cour — Mise en place de dispositifs comportant une intrusion — Les interceptions ont-elles été «faites légalement»? — La preuve ainsi obtenue est-elle admissible? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1),(2)d), 178.16(1).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par voie d'écoute électronique — Opération pour obtenir la preuve comportant une intrusion — La preuve est-elle admissible?

Procureur général du Québec *c.* Commission scolaire des Manoirs *et autres* **575**

Droit constitutionnel — Éducation — Garanties constitutionnelles — Droits ou privilèges relatifs aux écoles confessionnelles — Loi établissant un nouveau régime de financement scolaire — Les dispositions provinciales sont-elles *intra vires*? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, 1979 (Qué.), chap. 72, art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Procureur général du Québec *c.* Greater Hull School Board *et autres* **575**

Droit constitutionnel — Éducation — Garanties constitutionnelles — Droits ou privilèges relatifs aux écoles confessionnelles — Loi établissant un nouveau régime de financement scolaire — Les dispositions provinciales sont-elles *intra vires*? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, 1979 (Qué.), chap. 72, art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Procureur général du Québec *c.* Lavigne *et autres* **575**

Droit constitutionnel — Éducation — Garanties constitutionnelles — Droits ou privilèges relatifs aux écoles confessionnelles — Loi établissant un nouveau régime de financement scolaire — Les dispositions provinciales sont-elles *intra vires*? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, 1979 (Qué.), chap. 72, art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Renvoi sur l'écoute électronique **697**

Droit criminel — Écoute électronique — Autorisation — Entrée sans consentement pour mettre en place un micro — L'autorisation confère-t-elle implicitement le pouvoir de mettre en place un dispositif par des moyens illégaux? — Un juge peut-il dans son autorisation approuver le recours à des moyens illégaux pour mettre en place un dispositif? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(2).

1984 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Editors

ANNE ROLAND, LL.L.

ARCHIBALD MCDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Arrêtistes

ANNE ROLAND, LL.L.

ARCHIBALD MCDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Published pursuant to the Statute by

BERNARD C. HOFLEY, Q.C.

Registrar of the Court

Publié conformément à la Loi par

BERNARD C. HOFLEY, C.R.

Registraire de la Cour

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1984

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ROLAND A. RITCHIE

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERALD LE DAIN

On the 31st day of October 1984, the Honourable ROLAND A. RITCHIE, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROLAND A. RITCHIE

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable JULIEN CHOUINARD

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GERALD LE DAIN

L'honorable juge ROLAND A. RITCHIE, juge puîné de la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 31 octobre 1984.

ERRATA

[1984] 1 S.C.R. p. 578, line *b*-3 of the French version. Read "les remarques de E.A. Dreidger" instead of "les remarques E.A. Dreidger". Page 581, line *a* of the French version. Read "personnes liées" instead of "personnes non liées".

[1984] 2 S.C.R. p. 542, line 2 of the French version. Read "d'un bien" instead of "d'une voie de circulation". Page 545, line *h*-3 of the French version. Read "introduire" instead of "garder".

[1984] 2 S.C.R. p. 147, line *f*-2, et p. 157, line *f*-2. Read "2 Wils. K.B. 275" instead of "1 Wils. K.B. 275."

[1984] 1 R.C.S. p. 578, ligne *b*-3 de la version française. Lire «les remarques de E.A. Dreidger» au lieu de «les remarques E.A. Dreidger». Page 581, ligne *a* de la version française. Lire «personnes liées» au lieu de «personnes non liées».

[1984] 2 R.C.S. p. 542, ligne 2 de la version française. Lire «d'un bien» au lieu «d'une voie de circulation». Page 545, ligne *h*-3 de la version française. Lire «introduire» au lieu de «garder».

[1984] 2 R.C.S. p. 147, ligne *f*-4, et p. 157, ligne *f*-5. Lire «2 Wils. K.B. 275» au lieu de «1 Wils. K.B. 275.»

MOTIONS—REQUÊTES

Alberta Roadbuilders Association v. International Union of Operating Engineers, Local 955 et al. (Alta.), 18932, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Albright v. The Queen (B.C.), 18909, leave to appeal granted, 1.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Ltd. (F.C.A.), 18960, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

All Nations Trading Corporation Ltd. et al. v. Lumbermens Mutual Casualty Co. et al. (Ont.), 18907, leave to appeal refused with costs, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Assessor of the City of Edmonton et al. v. J.J.C. Holdings Ltd. et al. (Alta.), 19057, leave to appeal refused with costs, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Attar v. Frank (Ont.), 18806, leave to appeal refused, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée.

Attorney General of British Columbia v. Reynolds (B.C.), 18967, leave to appeal granted, 22.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

Attorney General of British Columbia et al. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928 et al. (B.C.), 18968, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Auger et autres v. Thibault (Qué.), 19001, leave to appeal refused with costs, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

B.C. Coal Ltd. v. United Mine Workers of America, Local 7292, et al. (B.C.), 19101, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Baldasaro v. The Queen (Ont.), 19031, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Bank Canadian National v. Acmetrack Ltd. (Ont.), 19092, leave to appeal refused with costs, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bank of Montreal v. Minister of Labour et al. (F.C.A.), 19049, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Barrow v. The Queen (N.S.), 19086, leave to appeal granted, 4.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Bartlett et al. v. Canadian Air Line Pilots Association et al. (F.C.A.), 18818, leave to appeal refused with costs, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Beauchesne et autres v. Ville de Bécancour (Qué.), 19082, leave to appeal refused with costs, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Beaulieu v. National Bank of Canada (N.B.), 19033, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bell et al. v. Guaranty Trust Co. of Canada et al. (Sask.), 18998, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bickerdike v. La Reine (Qué.), 18927, leave to appeal refused, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Black v. The Queen (Sask.), 18954, leave to appeal refused, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Bourdeau et autres v. Westcliff Investments Ltd. (Qué.), 19084, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Brault et autre v. Procureur général du Canada et autres (Qué.), 18949, leave to appeal granted, 11.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

Breese v. The Queen (Ont.), 18977, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Callahan v. The Queen (Ont.), 18978, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Canada Packers Inc. v. Alberta Pork Producers Marketing Board et al. (Alta.), 18992, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Marconi Co. v. The Queen (F.C.A.), 18959, leave to appeal granted, 17.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Carpenter v. The Queen (Ont.), 19011, leave to appeal refused, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

Century Insurance Co. of Canada v. Bocimar S.A. (F.C.A.), 18972, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Chicoutimi (Ville de) v. Corporation Draperies Montréal Inc. (Qué.), 19065, leave to appeal refused with costs, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Coleman (A.J.) and Sons Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 597, et al. (Nfld.), 19121, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Commerce and Industry Insurance Co. of Canada v. Samson Bélair Inc. et autre (Qué.), 18957, leave to appeal refused with costs, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail et autre v. Bell Canada et autre (Qué.), 19103, leave to appeal granted, 17.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Lefebvre (Qué.), 19090, leave to appeal refused with costs, 4.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Condie v. Estate William Condie (Ont.), 18829, leave to appeal refused with costs, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Continental Insurance Co. v. Law Society of Alberta (Alta.), 19114, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cook v. The Queen (N.S.), 18823, leave to appeal refused, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Cormier v. The Queen (Ont.), 18831, leave to appeal refused, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée.

Côte Saint-Luc (Cité de) v. Stern et autres (Qué.), 18901, leave to appeal granted, 11.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

Crooks v. The Queen (Ont.), 17304, notice of discontinuance filed, 18.9.84, avis de désistement produit.

Cutter (Canada) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. (F.C.A.), 18788, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Daigneault v. La Reine (Qué.), 19012, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Dale Corporation v. Rent Review Commission et al. (N.S.), 19016, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Delaney (Estate Fergus Michael Delaney) et al. v. Cascade River Holidays Ltd. et al. (B.C.), 17591, notice of discontinuance filed, 18.9.84, avis de désistement produit.

Dellelce (Nick) Ltd. et al. v. D'Amore Construction (Windsor) Ltd. (Ont.), 18958, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dhaliwall (Dalip Singh) v. The Queen (B.C.), 18418, leave to appeal refused, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Diamond Realties Ltd. v. Petrofina Canada Inc. (Qué.), 18913, leave to appeal refused with costs, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act v. Newfoundland Telephone Co. et al. (Nfld.), 18880, leave to appeal granted, 1.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

Doherty v. Dartmouth Housing Authority (N.S.), 19063, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dopplemayr Lifts Ltd. et autre v. Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft et autre (Qué.), 19089, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dougles (also known as Douglas) v. The Queen (B.C.), 18776, leave to appeal refused, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Doz v. The Queen (Alta.), 18754, leave to appeal refused, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Durkee v. Poirier (Alta.), 18985, leave to appeal refused, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Economical Mutual Insurance Co. et al. v. Ronald Brownlee Ltd. (Ont.), 18961, leave to appeal refused with costs, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Eddy Housing Ltd. v. Langlais & Sons Ltd. et al. (N.B.), 19017, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Edmonton Journal (A Division of Southam Inc.) v. Attorney General of Canada et al. (Alta.), 18804, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Fabien v. Sous-ministre du Revenu du Québec (Qué.), 19072, leave to appeal refused, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

Faid v. The Queen (Alta.), 18769, leave to appeal refused, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Fisch v. White (Qué.), 19055, leave to appeal granted, 13.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Fisher v. The Queen (Ont.), 19096, leave to appeal refused, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

Flamborough (Corporation of the Township of) v. National Energy Board et al. (F.C.A.), 18912, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Fleming v. The Queen (Ont.), 19030, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Gaff v. The Queen (Sask.), 19056, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Gagné v. La Reine (Qué.), 18921, leave to appeal refused, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Gaucher v. The Queen (Ont.), 18950, leave to appeal refused, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Gauvin v. The Queen (Ont.), 19026, leave to appeal refused, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Gendron v. Municipalité de la Baie-James et autres (Qué.), 18971, leave to appeal granted, 1.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Guy v. Public Service Commission Appeal Board (F.C.A.), 18922, leave to appeal refused, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Halifax (Municipality of the County of) v. City of Halifax et al. (N.S.), 19038, leave to appeal refused with costs, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hall v. Regal Cashway Sales Ltd. (Ont.), 18955, leave to appeal refused with costs, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ham v. Madison Investments Ltd. et al. (Ont.), 18799, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hamm v. The Queen (Sask.), 18947, leave to appeal refused, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Hees v. Hess et al. (Ont.), 18779, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hills et al. v. Attorney General of Canada (F.C.A.), 19094, leave to appeal granted, 20.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Hopkinson et al. v. Superintendent of Family and Child Services et al. (B.C.), 19085, leave to appeal refused, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

Hôtel Pilma sur-le-lac Inc. v. Bertrand (Qué.), 19071, leave to appeal refused with costs, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hufsky v. The Queen (Ont.), 19028, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Imbeault et al. v. Procureur général du Canada et al. (F.C.A.), 18801, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Reference re the Education Act, R.S.O. 1980, c. 129 as amended (Ont.), 19039, notice of discontinuance filed, 26.11.84, avis de désistement produit.

Intercontinental Packers Ltd. v. Alberta Pork Producers Marketing Board et al. (Alta.), 19041, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jardine Transport Ltd. v. Workers' Compensation Board of New Brunswick (N.B.), 19060, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jones v. The Queen (Alta.), 18962, leave to appeal granted, 1.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Jonquière (Ville de) v. Beaver Fondation Ltd. et autres (Qué.), 19043, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Joyce v. Joyce (Ont.), 19005, leave to appeal refused with costs, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Khan v. The Queen (Ont.), 18480, leave to appeal refused, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée.

Kibale v. La Prévoyance, Compagnie d'Assurance et autres (Qué.), 18900, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Knutson v. Farr (B.C.), 19110, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kolenko v. City of Victoria et al. (B.C.), 18773, leave to appeal refused, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Kotapski v. The Queen (Qué.), 18981, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Kruger Inc. v. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec et autres (Qué.), 19004, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Labrosse v. La Reine (Qué.), 19093, leave to appeal granted, 4.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Lakeshore Shopping Plaza Ltd. v. Cadillac Construction Associates (Ontario) Ltd. et autres (Qué.), 19009, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Landstrom Developments Ltd. v. Passburg Petroleums Ltd. (Alta.), 18771, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Larochelle v. Office de la Construction du Québec et autre (Qué.), 18982, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Leonard et al. v. The Queen in Right of the Province of British Columbia et al. (B.C.), 18810, leave to appeal refused, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Lepage et autre v. Caisse d'Entraide économique de Ste-Foy (maintenant Caisse Desjardins de financement de Ste-Foy) (Qué.), 18756, notice of discontinuance filed, 18.9.84, avis de désistement produit.

Lockheimer et autre v. Sachetti et autre (Qué.), 18444, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Manseur v. Minister of Employment and Immigration et al. (F.C.A.), 18417, leave to appeal refused, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée.

Mattabi Mines Ltd. v. Minister of Revenue (Ontario) (Ont.), 18871, leave to appeal granted, 11.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

May v. The Queen (Ont.), 18894, leave to appeal refused, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

McGurrin v. Coupal (Qué.), 18920, leave to appeal refused, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

McLean (Keith) Oil Properties Ltd. et al. v. Kissinger Petroleums Ltd. et al. (Alta.), 19067, leave to appeal refused with costs, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

McNichol (Estate Brenda Gaile McNichol) et al. v. Mardell (Alta.), 19006, leave to appeal refused with costs, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mercuri v. The Queen (Ont.), 18979, leave to appeal refused, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Métallurgistes unis d'Amérique, unité locale 5567 v. Compagnie minière I.O.C. (Qué.), 19083, leave to appeal refused with costs, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Middlesex Insurance Co. et autre v. Sol-Air B.G. Inc. (Qué.), 18931, leave to appeal refused with costs, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Municipal District of Rocky View No. 44 v. Pinebrook Golf & Country Club et al. (Alta.), 19002, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Murray-Audain v. Murray-Audain (Ont.), 19058, leave to appeal refused with costs, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Nash et al. v. Olson et al. (B.C.), 18791, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission et al. (F.C.A.), 19035, leave to appeal granted, 3.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

New Brunswick Telephone Co. v. Hunter et. al. (Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act) (N.B.), 18890, leave to appeal granted, 1.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

Norona v. The Queen (Ont.), 17067, leave to appeal refused, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée.

O'Hearn v. Estrada et autre (Qué.), 18970, leave to appeal refused, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Olson v. Phoenix Industrial Supply Ltd. et al. (Man.), 19104, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Parsons v. The Queen in Right of the Province of Newfoundland et al. (Nfld.), 19024, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

PPG Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada (B.C.), 17579, notice of discontinuance filed, 2.10.84, avis de désistement produit.

Paul v. Paul (B.C.), 19048, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Procureur général du Québec v. Consolidated Bathurst Inc. et autres (Qué.), 19000, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Procureur général du Québec v. Forget et autres (Qué.), 19091, leave to appeal granted, 20.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Public Service Alliance of Canada v. The Queen in Right of Canada (F.C.A.), 18942, leave to appeal granted, 1.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

Public Service Commission v. Taback (F.C.A.), 18722, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Basarabas (B.C.), 18910, leave to appeal refused, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Chase (N.B.), 18846, leave to appeal granted, 1.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Filteau (Qué.), 19032, leave to appeal refused, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Lacroix (Qué.), 18882, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Rao (Ont.), 18832, leave to appeal refused, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

R. in Right of British Columbia v. Henfrey & Co. Ltd. (Trustee of Gordon Recknagel) (B.C.), 19015, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rahey v. The Queen (N.S.), 18906, leave to appeal granted, 11.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

Reed Stenhouse Ltd. v. Hartford Fire Insurance Co. et al. (Ont.), 18893, leave to appeal refused with costs, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Restaurant Le Clemenceau Inc. v. Drouin et autres (Qué.), 18980, leave to appeal granted, 22.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Retail Wholesale and Department Store Union, Local 454 v. Westfair Foods Ltd. et al. (Sask.), 18940, leave to appeal refused with costs, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Reyban Developments Ltd. et autres v. Touche Ross Ltée et autres (Qué.), 19070, leave to appeal refused with costs, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rice v. The Queen (B.C.), 18915, leave to appeal refused, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée.

Ringrose v. Councillors of the College of Physicians and Surgeons et al. (Alta.), 18864, leave to appeal refused with costs, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rix et al. v. Lougheed Ventures Ltd. et al. (B.C.), 19119, leave to appeal refused with costs, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Roy v. Roy (Qué.), 19007, leave to appeal refused, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Royal Trust Co. v. Potash (Man.), 18820, leave to appeal granted, 26.7.84, autorisation de pourvoi accordée.

Ruzicka v. Costigan (Alta.), 19037, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ryel et autre v. La Reine (Qué.), 19025, leave to appeal refused, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

S.B.I. Holding Inc. et autre v. Lewis Shoes Store Ltd. (Qué.), 19022, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Salmon v. The Queen (Ont.), 19042, leave to appeal refused, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Sanyo Electric Trading Co. et al. v. Canadian Appliance Manufacturers Association et al. (F.C.A.), 18824, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sarlis et al. v. Anderson (Man.), 18849, leave to appeal refused with costs, 11.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Savarin Ltd. v. Imbrook Properties Ltd. et al. (Ont.), 19118, leave to appeal refused with costs, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Scherer v. The Queen et al. (Ont.), 19116, leave to appeal refused, 17.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

Sea Shepherd Conservation Society et al. v. The Queen (B.C.), 19008, leave to appeal refused, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Sharp Corporation et al. v. Anti-Dumping Tribunal et al. (F.C.A.), 18793, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sieben v. The Queen (B.C.), 19109, leave to appeal granted, 17.12.84, autorisation de pourvoi accordée.

Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Amos Aviation Ltée (Qué.), 18889, leave to appeal refused with costs, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Singh (Ram Charan) v. Paton et al. (Alta.), 19021, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (N.B.), 18781, leave to appeal granted, 26.7.84, autorisation de pourvoi accordée.

Sollars v. Canadian Union of Public Employees, Local 1832 et al. (Sask.), 18937, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Solnik v. Solnik (Ont.), 18902, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Spanos et al. v. Rhee (Ont.), 18905, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

St-Thomas v. Forget et autres (Qué.), 18997, leave to appeal refused, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Stevenson v. Canadian Human Rights Commission et al. (F.C.A.), 17960, notice of discontinuance filed, 18.9.84, avis de désistement produit.

Syntex Corporation v. Apotex Inc. (F.C.A.), 18965, leave to appeal refused with costs, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Syntex Corporation v. ICN Canada Ltd. (F.C.A.), 18966, leave to appeal refused with costs, 1.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Szoboszloi v. Campbell et al. (Ont.), 18975, leave to appeal refused with costs, 22.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tankovic v. Mount Sinai Hospital (Ont.), 19029, leave to appeal refused, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

Thomas v. La Reine (Qué.), 17561, notice of discontinuance filed, 18.9.84, avis de désistement produit.

Toshiba Corporation et al. v. Anti-Dumping Tribunal et al. (F.C.A.), 18794, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tucker v. Steetly Industries Ltd. (Ont.), 19036, leave to appeal refused, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée.

Tufford et al. v. Corporation of the Town of Lincoln et al. (Ont.), 18789, leave to appeal refused with costs, 17.9.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Turmel v. The Queen (Ont.), 19099, leave to appeal refused, 3.12.84, autorisation de pourvoi refusée.

United Food and Commercial Workers' International Union et al. v. Prime et al. (Man.), 19020, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

United Steelworkers of America, Local 7619 v. Stoyles (B.C.), 18999, leave to appeal refused with costs, 13.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

V & G Investments v. Rent Review Commission of Nova Scotia (N.S.), 18923, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Vaillancourt v. La Reine (Qué.), 18963, leave to appeal granted, 1.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Valance v. La Reine (Qué.), 17420, notice of discontinuance filed, 21.12.84, avis de désistement produit.

Vallée et al. v. Procureur général du Canada et al. (F.C.A.), 18802, leave to appeal refused with costs, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Varta Batteries Ltd. v. Johnson Controls, Inc. (F.C.A.), 18800, leave to appeal refused, 26.7.84, autorisation de pourvoi refusée.

Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia (B.C.), 18844, leave to appeal granted, 1.11.84, autorisation de pourvoi accordée.

Voss v. Warden of Lower Mainland Regional Correctional Centre (B.C.), 18716, leave to appeal refused with costs, 1.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Waddell v. Massey-Ferguson Industries Ltd. (Man.), 19047, leave to appeal refused with costs, 14.11.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ward v. Haché (N.B.), 18969, leave to appeal refused with costs, 22.10.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wells v. Wells (Sask.), 19066, leave to appeal refused with costs, 20.12.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wile v. Cook (N.S.), 18964, leave to appeal granted, 22.10.84, autorisation de pourvoi accordée.

TABLE OF JUDGMENTS

PAGE

A

Abbas v. The Queen 526
Attorney General for Ontario v. Fatehi 536
Attorney General of Canada *et al.*, Gould v. 124
Attorney General of Quebec v. Commission scolaire des Manoirs *et al.* 575
Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board *et al.* 575
Attorney General of Quebec v. Lavigne *et al.* 575
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards *et al.* 66
Attorney General of Quebec v. Udeco Inc. *et al.* 502

B

Bird Construction Company Ltd. *et al.*, Phoenix Assurance Company of Canada *et al.* v. 199
Blanchard v. Control Data Canada Ltd. *et al.* 476
Brese *et al.*, R. v. 333
British Columbia Development Corporation *et al.* v. Friedmann, Ombudsman *et al.* 447

C

Caldwell *et al.* v. Stuart *et al.* 603
Canada Labour Relations Board *et al.*, Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. 412
Canadian Human Rights Commission, Radulesco v. 407
Cardinal v. The Queen 523
Commission scolaire des Manoirs *et al.*, Attorney General of Quebec v. 575
Control Data Canada Ltd. *et al.*, Blanchard v. 476

PAGE

D

Duhamel v. The Queen 555

E

Edstan Construction Ltd. *et al.*, Ken Gordon Excavating Ltd. v. 280

F

Fatehi, Attorney General for Ontario v. 536
First Pioneer Investments Ltd. *et al.*, Royal Bank of Canada v. 125
Friedmann, Ombudsman *et al.*, British Columbia Development Corporation *et al.* v. 447

G

Goldwax v. Montréal (City of) 525
Gould v. Attorney General of Canada *et al.* 124
Greater Hull School Board *et al.*, Attorney General of Quebec v. 575
Guerin *et al.* v. The Queen *et al.* 335

H

Hunter *et al.* v. Southam Inc. 145

J

Jiminez-Perez *et al.*, Minister of Employment and Immigration *et al.* v. 565

PAGE

K

Kamloops (City of) v. Nielsen *et al.* 2
Ken Gordon Excavating Ltd. v. Edstan Construction Ltd. *et al.* 280
Khan v. The Queen 62

L

Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés v. Udeco Inc. *et al.* 502
Lavigne *et al.*, Attorney General of Quebec v. 575
Lyons *et al.* v. The Queen, (*Applications*) 631
Lyons *et al.* v. The Queen 633

M

Maroukis v. Maroukis *et al.* 137
Miller v. Miller 310
Minister of Employment and Immigration *et al.* v. Jiminez-Perez *et al.* 565
Montréal (City of), Goldwax v. 525

N

Nadeau v. The Queen 570
Nielsen *et al.*, Kamloops (City of) v. 2
Nixon v. The Queen (*Intervention*) 171
Nixon v. The Queen 197

O

Ogg-Moss v. The Queen (*Intervention*) 171
Ogg-Moss v. The Queen 173
Ontario Housing Corporation v. Ken Gordon Excavating Ltd. *et al.* 280
Osborne v. The Queen 406

P

Perka *et al.* v. The Queen 232

PAGE

Phoenix Assurance Company of Canada *et al.* v. Bird Construction Company Ltd. *et al.* 199

Q

Quebec Association of Protestant School Boards *et al.*, Attorney General of Quebec v. 66

R

R. v. Brese *et al.* 333
R. v. Ritch *et al.* 333
R. v. Sophonow 524
Radulesco v. Canadian Human Rights Commission 407
Reilly v. The Queen 396
Ritch *et al.*, R. v. 333
Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd. *et al.* 125

S

Skogman v. The Queen 93
Sophonow, R. v. 524
Southam Inc., Hunter *et al.* v. 145
Stuart *et al.*, Caldwell *et al.* v. 603
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board *et al.* 412

T

The Queen *et al.*, Guerin *et al.* v. 335
The Queen (*Applications*), Lyons *et al.* v. 631
The Queen (*Intervention*), Nixon v. 171
The Queen (*Intervention*), Ogg-Moss v. 171
The Queen, Abbas v. 526
The Queen, Cardinal v. 523
The Queen, Duhamel v. 555
The Queen, Khan v. 62
The Queen, Lyons *et al.* v. 633
The Queen, Nadeau v. 570
The Queen, Nixon v. 197
The Queen, Ogg-Moss v. 173
The Queen, Osborne v. 406

	PAGE
The Queen, Perka *et al.* v.	232
The Queen, Reilly v.	396
The Queen, Skogman v.	93
The Queen, Wildman v.	311

U

Udeco Inc. *et al.*, Attorney General of Quebec v.	502
Udeco Inc. *et al.*, Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés v.	502

W

Wildman v. The Queen	311
Wiretap Reference	697

TABLE DES JUGEMENTS

PAGE

A

Abbas c. La Reine 526

B

Banque Royale du Canada c. First Pioneer Investments Ltd. *et autres* 125
Bird Construction Company Ltd. *et autres*, Phoenix Assurance Company of Canada *et autre* c. 199
Blanchard c. Control Data Canada Ltée *et autre* ... 476
Brese *et autres*, R. c. 333
British Columbia Development Corporation *et autre* c. Friedmann, ombudsman *et autres* 447

C

Caldwell *et autre* c. Stuart *et autres* 603
Cardinal c. La Reine 523
Commission canadienne des droits de la personne, Radulesco c. 407
Commission scolaire des Manoirs *et autres*, Procureur général du Québec c. 575
Conseil canadien des relations du travail *et autres*, Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. 412
Control Data Canada Ltée *et autre*, Blanchard c... 476

D

Duhamel c. La Reine 555

PAGE

E

Edstan Construction Ltd. *et autres*, Ken Gordon Excavating Ltd. c. 280

F

Fatehi, Procureur général de l'Ontario c. 536
First Pioneer Investments Ltd. *et autres*, Banque Royale du Canada c. 125
Friedmann, ombudsman *et autres*, British Columbia Development Corporation *et autre* c. 447

G

Goldwax c. Montréal (Ville de) 525
Gould c. Procureur général du Canada *et autre* 124
Greater Hull School Board *et autres*, Procureur général du Québec c. 575
Guerin *et autres* c. La Reine *et autre* 335

H

Hunter *et autres* c. Southam Inc. 145

J

Jiminez-Perez *et autre*, Ministre de l'Emploi et de l'Immigration *et autres* c. 565

K

Kamloops (Ville de) c. Nielsen *et autres* 2
Ken Gordon Excavating Ltd. c. Edstan Construction Ltd. *et autres* 280
Khan c. La Reine 62

PAGE

L

La Reine *et autre*, Guerin *et autres* v. ... 335
La Reine (*Demandes*), Lyons *et autre* v. ... 631
La Reine (*Intervention*), Nixon v. ... 171
La Reine (*Intervention*), Ogg-Moss v. ... 171
La Reine, Abbas v. ... 526
La Reine, Cardinal v. ... 523
La Reine, Duhamel v. ... 555
La Reine, Khan v. ... 62
La Reine, Lyons *et autres* v. ... 633
La Reine, Nadeau v. ... 570
La Reine, Nixon v. ... 197
La Reine, Ogg-Moss v. ... 173
La Reine, Osborne v. ... 406
La Reine, Perka *et autres* v. ... 232
La Reine, Reilly v. ... 396
La Reine, Skogman v. ... 93
La Reine, Wildman v. ... 311
Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés v. Udeco Inc. *et autres* ... 502
Lavigne *et autres*, Procureur général du Québec v. 575
Lyons *et autre* v. La Reine (*Demandes*) ... 631
Lyons *et autres* v. La Reine ... 633

M

Maroukis c. Maroukis *et autres* ... 137
Miller c. Miller ... 310
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration *et autres* c. Jiminez-Perez *et autre* ... 565
Montréal (Ville de), Goldwax c. ... 525

N

Nadeau c. La Reine ... 570
Nielsen *et autres*, Kamloops (Ville de) c. ... 2
Nixon c. La Reine (*Intervention*) ... 171
Nixon c. La Reine ... 197

O

Ogg-Moss c. La Reine (*Intervention*) ... 171
Ogg-Moss c. La Reine ... 173
Osborne c. La Reine ... 406

PAGE

P

Perka *et autres* c. La Reine ... 232
Phoenix Assurance Company of Canada *et autre* c. Bird Construction Company Ltd. *et autres*. 199
Procureur général de l'Ontario c. Fatehi ... 536
Procureur général du Canada *et autre*, Gould c. ... 124
Procureur général du Québec c. Commission scolaire des Manoirs *et autres* ... 575
Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board *et autres* ... 575
Procureur général du Québec c. Lavigne *et autres*. 575
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards *et autres* ... 66
Procureur général du Québec c. Udeco Inc. *et autres* ... 502

Q

Quebec Association of Protestant School Boards *et autres*, Procureur général du Québec c. ... 66

R

R. c. Brese *et autres* ... 333
R. c. Ritch *et autres* ... 333
R. c. Sophonow ... 524
Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne ... 407
Reilly c. La Reine ... 396
Renvoi sur l'écoute électronique ... 697
Ritch *et autres*, R. c. ... 333

S

Skogman v. La Reine ... 93
Société de logement de l'Ontario v. Ken Gordon Excavating Ltd. *et autres* ... 280
Sophonow, R. v. ... 524
Southam Inc., Hunter *et autres* v. ... 145
Stuart *et autres*, Caldwell *et autres* v. ... 603
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Conseil canadien des relations du travail *et autres* ... 412

PAGE

U

Udeco Inc. *et autres*, Laliberté, Lanctôt, Morin & Associés c. 502
Udeco Inc. *et autres*, Procureur général du Québec c. 502

PAGE

W

Wildman c. La Reine 311

TABLE OF CASES CITED

TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
Actus Management Ltd. and City of Calgary, (Re)	(1975), 62 D.L.R. (3d) 421	468
Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.	[1976] 2 S.C.R. 221	34, 545
Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Olds College	[1982] 1 S.C.R. 923	443, 493
Althen Drilling Co. v. Machinery Depot Ltd.	(1960), 23 D.L.R. (2d) 148	135
Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)	[1921] 2 A.C. 399	378
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	8, 45
Anti-Inflation Act, (Re)	[1976] 2 S.C.R. 373	683
Application for Authorization to Intercept Private Communications, (Re)	[1982] 6 W.W.R. 533	683
Armstrong v. Attorney-General of New Brunswick	(1956), 5 D.L.R. (2d) 606	547
Arsenal Football Club Ltd. v. Smith	[1977] 2 W.L.R. 974	468
Ashby, (Re)	[1934] 3 D.L.R. 565	512
Attorney-General for Canada v. Giroux	(1916), 53 S.C.R. 172	381
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 127	265
Attorney-General for Ontario v. Crompton	(1976), 14 O.R. (2d) 659	547
Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada	[1921] 1 A.C. 401	379
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	513
Attorney General of Canada v. Jackson	[1946] S.C.R. 489	548
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	151
Attorney General of Quebec and Régie du logement v. Grondin	[1983] 2 S.C.R. 364	510
Attorney General of Quebec v. Cohen	[1979] 2 S.C.R. 305	115
Attorney-General of the Gambia v. N'Jie	[1961] 2 All E.R. 504	468
B		
Bagot v. Stevens Scanlan & Co.	[1966] 1 Q.B. 197	39
Baker v. Leeson	(1882), 1 O.R. 114	134
Barratt v. North Vancouver (Corporation of)	[1980] 2 S.C.R. 418	19, 55
Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)	[1980] 2 All E.R. 92	362
Beaudoin-Daigneault v. Richard	[1984] 1 S.C.R. 2	131
Bennet v. Bennet	(1879), 10 Ch. D. 474	189

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Berger v. New York	388 U.S. 41 (1967)	687
Bertrand v. Neilson and City of Vancouver	[1934] 3 W.W.R. 433	51
Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority	(1977), 79 D.L.R. (3d) 522	34
Bibeault v. McCaffrey	[1984] 1 S.C.R. 176	443, 494
Bingeman v. McLaughlin	[1978] 1 S.C.R. 548	331
Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG	[1975] 1 All E.R. 810	684
Blanco v. Rental Commission	[1980] 2 S.C.R. 827	442
Blitt v. Congregation Ajudath Acham of Sherbrooke	(1926), 64 C.S. 303	521
Board of Police Commissioners for the City of Saskatoon and Tickell, (Re)	(1979), 95 D.L.R. (3d) 473	463
Booth v. Dillon (No. 3)	[1977] V.R. 143	472
Brisson v. Lafontaine	(1864), 8 L.C. Jur. 173	194
Brophy v. Attorney-General of Manitoba	[1895] A.C. 202	583, 601
Brown v. Dean	[1910] A.C. 373	240
Brown v. Hamilton (City of)	(1902), 4 O.L.R. 249	51
Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.	283 U.S. 191 (1931)	684
Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal v. Ministre de l'Éducation du Québec	[1976] C.S. 430, 83 D.L.R. (3d) 645	81
Burland v. Earle	[1902] A.C. 83	520
Busillo v. Hetzel	374 N.E. 2d 1090 (1978)	189

C

C.L.R.B. v. Halifax Longshoremen's Association	[1983] 1 S.C.R. 245	435, 494
Calder v. Attorney General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	349, 376
Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"	(1976), 136 C.L.R. 529	29
Canadian Cutting and Coring (Toronto) Ltd. v. Howson	[1968] 2 O.R. 449	228
Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation	[1979] 2 S.C.R. 227	99, 420, 487
Cardinal v. Attorney General of Alberta	[1974] S.C.R. 695	381
Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.	[1963] A.C. 758	36
Cattle v. Stockton Waterworks Co.	(1875), L.R. 10 Q.B. 453	28, 542
Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.	[1947] K.B. 130	389
Chic Fashions (West Wales), Ltd. v. Jones	[1968] 1 All E.R. 229	716
Chromium Mining and Smelting Corp. v. Fortin	[1968] Que. Q.B. 536	116
City of Toronto v. Polai	(1969), 8 D.L.R. (3d) 689	108
Civilian War Claimants Association, Ltd. v. The King	[1932] A.C. 14	351
Clarkson v. McMaster & Co.	(1895), 25 S.C.R. 96	133
Clifton v. Bury	(1887), 4 T.L.R. 8	656
Clowser v. Chaplin and Finnigan v. Sandiford	[1981] 2 All E.R. 267	694, 709
Colet v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 2	708
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	328
Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.	[1966] Ex. C.R. 872	684
Control Data Canada Ltée v. Lalancette	[1983] C.A. 129	479

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Craig (Re)	[1929] 1 D.L.R. 142	142
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	488
Crevier v. Paquin	[1975] C.S. 260	521
Crichton Enterprises Ltd. (Re)	(1979), 31 C.B.R. (N.S.) 43	134

D

Dairy Foods, Inc. v. Co-opérative Agricole de Granby	[1976] 2 S.C.R. 651	240
Dalgleish v. Prescott Arena Co.	[1951] O.R. 121	227
Dalia v. United States	441 U.S. 238 (1979)	679, 712
Davisville Investment Co. and City of Toronto, (Re)	(1977), 15 O.R. (2d) 553	513
Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co. (Re)	(1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399	360
Dennis v. Charnwood Borough Council	[1982] 3 All E.R. 486	40
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	332
Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch	[1975] A.C. 653	256
Director of Public Prosecutions v. Morgan	[1975] 2 All E.R. 347	268
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	10
Dorbern Investments Ltd. v. Provincial Bank of Canada	[1981] 1 S.C.R. 459	306
Dormuth v. Untereiner	[1964] S.C.R. 122	240
Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. v. McConnell	[1980] 1 S.C.R. 245	100
Dutton v. Bognor Regis United Building Co.	[1972] 1 All E.R. 462, [1972] 1 Q.B. 373	17, 46

E

East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent	[1941] A.C. 74	9, 13, 55
Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739	657, 715
Edwards v. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	155, 265
Electrohome, Ltd. v. Welsh Plastics, Ltd.	[1968] 2 All E.R. 205	543
Entick v. Carrington	(1765), 2 Wils. K.B. 275; 95 E.R. 807	157, 707
Ex parte Pye	(1811), 18 Ves. 140	189

F

Fales v. Canada Permanent Trust Co.	[1977] 2 S.C.R. 302	357, 372
Finnigan v. Sandiford and Clowser v. Chaplin	[1981] 2 All E.R. 267	694, 709
Forsythe v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 268	100, 115
Fuller v. Fuller	418 F. 2d 1189 (1969)	189

G

Gambart v. Ball	(1863), 32 L.J.C.P. 166	265
Giroux v. Maheux	[1947] Que. K.B. 163	512
Glasgow Corporation v. Barclay, Curle & Co.	(1923), 93 L.J.P.C. 1	546
Glenister v. Dillon	[1976] V.R. 550	472
Goldex Mines Ltd. v. Revill	(1974), 7 O.R. 216	385
Goldman v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 976	647

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Gushue v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 798	557
Guttman and The Queen (Re)	(1981), 64 C.C.C. (2d) 342	104
Gypsum Carrier Inc. v. The Queen	[1978] 1 F.C. 147	34
H		
Hamilton (City of) v. Cipriani	[1977] 1 S.C.R. 169	216, 294
Harrigan (Re)	(1977), 17 N.B.R. (2d) 478	116
Hébert v. School Commissioners of St-Félicien	(1921), 62 S.C.R. 174	519
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.	[1964] A.C. 465	10
Heeney v. Best	(1979), 28 O.R. (2d) 71	543
Hereford Railway Co. v. The Queen	(1894), 24 S.C.R. 1	351
Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission	[1979] 2 S.C.R. 768	485
Hillcrest Contractors Ltd. v. McDonald (No. 2)	(1977), 2 Alta. L.R. (2d) 273	228
Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal	[1928] A.C. 200; [1926] S.C.R. 246	583
Hodgkinson v. Fernie	(1857), 3 C.B. (N.S.) 189	99
Home Office v. Dorset Yacht Co.	[1970] A.C. 1004	10, 47, 277
Home Oil Distributors, Ltd. v. Attorney-General of British Columbia	[1940] S.C.R. 444	684
I		
Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd	[1980] 1 All E.R. 80	162
Ital-Canadian Investments Ltd. v. North Shore Plumbing and Heating Co.	[1978] 4 W.W.R. 289	34
J		
Jacmain v. Attorney General of Canada	[1978] 2 S.C.R. 15	490
Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration	[1983] 1 F.C. 163	566
John A. Marshall Brick Co. v. York Farmers Colonization Co.	(1917), 54 S.C.R. 569	213
Johnson v. M'Intosh	8 Wheaton 543 (1823)	377
Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.	[1983] A.C. 520	31, 539
K		
Katz v. United States	389 U.S. 347 (1967)	158
Kienapple v. The Queen	[1975], S.C.R. 729	561
King and Duveen (Re)	[1913] 2 K.B. 32	99
Kinloch v. Secretary of State for India in Council	(1882), 7 App. Cas. 619	350, 371
Kitchen v. Royal Air Force Association	[1958] 1 W.L.R. 563	356
Knowlton v. The Queen	[1974] S.C.R. 443	716
Komo Construction v. Commission des relations de travail du Québec	[1968] S.C.R. 172	420
Kosobuski v. Extension Mining Co.	(1929), 64 O.L.R. 8	229
L		
Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.	[1980] 1 S.C.R. 536	495

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lagacé v. Lagacé	[1966] C.S. 489	521
Laskin v. Bache & Co. Inc.	(1971), 23 D.L.R. (3d) 385	385
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	711
Leroux and The Queen (Re)	(1978), 43 C.C.C. (2d) 398	104, 116
Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) London Borough Council	[1971] 1 Q.B. 222	354
Lopez v. United States	373 U.S. 427 (1963)	710
Lower Mainland Dairy Products Board v. Turners Dairy Ltd.	[1941] S.C.R. 573	684
Lyons v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 633	728

M

M'Culloch v. Maryland	17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)	156
Mackie and The Queen (Re)	(1978), 43 C.C.C. (2d) 269	104, 116
MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd. v. International Woodworkers of America, Local 1-85	(1969), 71 W.W.R. 561; (1970), 73 W.W.R. 584	424
Mahoney v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 834	317
Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada	[1976] 1 S.C.R. 108	528
Margarine Union G.m.b.H. v. Cambray Prince Steamship Co.	[1969] 1 Q.B. 219	543
Martin v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 511	98
Martin v. United States	452 A. 2d 360 (1982)	190
Martin, Simard and Desjardins and The Queen (Re)	(1977), 20 O.R. (2d) 455	101, 115
Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1981] 2 S.C.R. 413	509
McCrea v. White Rock (City of)	(1974), 56 D.L.R. (3d) 525	16, 47
McDonald (Re)	(1969), 71 W.W.R. 444	143
McKay v. The Queen	[1965] S.C.R. 798	168
McNeil v. Fultz	(1906), 38 S.C.R. 198	362
Meharg v. Lumbers	(1896), 23 O.A.R. 51	133
Ménard's Case	S. 1899. 21	278
Miller v. The King	[1950] S.C.R. 168	381
Minister of Home Affairs v. Fisher	[1980] A.C. 319	156
Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand	[1979] 1 S.C.R. 495	162, 512
Ministry of Housing and Local Government v. Sharp	[1970] 2 Q.B. 223	29
Mitchell v. City of Toronto	(1921), 64 D.L.R. 569	189
Mitchell v. Defries	(1846), 2 U.C.Q.B. 430	194
Morgentaler v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 616	244, 274
Morris v. Beardmore	[1980] 2 All E.R. 753	709
Morris v. Beardmore	[1981] A.C. 446	694
Mouse's Case	(1608), 12 Co. Rep. 63	278

N

National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union	[1984] 1 S.C.R. 269	435, 494
National Harbours Board and The Officers of the Respondent Union and the Employee Members of the Union	[1979] 3 Can LRBR 502	424
Neabel v. Ingersol (Town of)	(1967), 63 D.L.R. (2d) 484	21
Nelson and Atco Lumber Co. v. Borho	(1976), 1 B.C.L.R. 207	619

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Newfoundland Association of Public Employees v. Attorney General of Newfoundland	[1978] 1 S.C.R. 524	485
North Carolina v. Pittard	263 S.E. 2d 809 (1980)	190
Northern Electric Co. v. Manufacturers Life Insurance Co.	[1977] 2 S.C.R. 762	214, 294
Nykorak v. Attorney-General of Canada	[1962] S.C.R. 331	548

O

Ogg-Moss v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 173	197
Olmstead v. United States	277 U.S. 438 (1928)	687
Ombudsman Act, (Re)	(1970), 72 W.W.R. 176	461
Ombudsman for Saskatchewan, (Re)	(1974), 46 D.L.R. (3d) 452	463
Ombudsman of Nova Scotia v. Sydney Steel Corp.	(1977), 17 N.S.R. (2d) 361	472
Ombudsman of Ontario and Health Disciplines Board of Ontario, (Re)	(1979), 104 D.L.R. (3d) 597	463
Ombudsman of Ontario and Minister of Housing of Ontario, (Re)	(1979), 26 O.R. (2d) 434	463
Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke (Borough of)	[1982] 1 S.C.R. 202	622
Ontario Mining Co. v. Seybold	[1903] A.C. 73, aff'g (1899), 31 O.R. 386	391
Ostash v. Sonnenberg	(1968), 63 W.W.R. 257	47
Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell	[1917] A.C. 62	79, 583
Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation	[1917] A.C. 76	599

P

Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	404
Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union	(1961), 26 D.L.R. (2d) 589	491
Patterson v. The Queen	[1970] S.C.R. 409	101, 115
Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School	[1979] 1 All E.R. 365	493
Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada	[1976] 1 S.C.R. 267	363
People v. Gray	222 N.W. 2d 515 (1974)	561
People v. Hamilton	105 Cal. App. 3d 113 (1980)	267
People v. Mann	280 N.W. 2d 577 (1979)	561
People v. Noble	170 N.W. 2d 916 (1969)	269
People v. Whipple	279 P. 1008 (1929)	269
People v. Williams	322 N.E. 2d 461 (1975)	561
Perrier-Roy-Therrien Ltd. (Re)	[1970] 3 O.R. 765	133
Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)	[1980] 2 F.C. 386	153
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	386
Phillips and Phillips v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 161	64
Phoenix Assurance Co. v. Bird Construction Co.	[1984] 2 S.C.R. 199	292
Pickering v. Rudd	(1815), 4 Camp. 219	656
Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber and Partners (a firm)	[1983] 1 All E.R. 65	36
Ploof v. Putnam	71 A. 188 (1908)	277
Poirier and The Queen (Re)	(1981), 62 C.C.C. (2d) 452	104, 116
Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs	[1969] S.C.R. 85	485

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Power v. Grace	[1932] 2 D.L.R. 793	142
Powys v. Mansfield	(1837), 3 My. & Cr. 359	189
Provincial Assessors of Comox, Cowichan and Nanaimo v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	(1963), 42 W.W.R. 449	615

R

R. v. Ali	[1980] 1 S.C.R. 221	331
R. v. Alter	(1982), 65 C.C.C. (2d) 381	530
R. v. Basarabas and Spek	(1981), 62 C.C.C. (2d) 13	400
R. v. Beattie	[1967] 2 O.R. 488	614
R. v. Bellisimo	(1980), 4 W.C.B. 453	561
R. v. Botting	[1966] 3 C.C.C. 373	101, 118
R. v. Boylan	(1979), 8 C.R. (3d) 36	116
R. v. Buchinsky	[1983] 1 S.C.R. 481	548
R. v. Byng	(1977), 20 N.S.R. (2d) 125	245
R. v. Campbell	(1977), 38 C.C.C. (2d) 6	400
R. v. Commisso	[1983] 2 S.C.R. 121	640, 702
R. v. Dass	[1979] 4 W.W.R. 97	641, 652, 721
R. v. Doud	(1982), 18 M.V.R. 146	245
R. v. Dudley and Stephens	(1884), 14 Q.B.D. 273	242, 270
R. v. Faid	[1983] 1 S.C.R. 265	401
R. v. Fry	(1977), 36 C.C.C. (2d) 396	245
R. v. Gibbon, Bell and Faryon	(1965), 45 C.R. 314	116
R. v. Gilkes	(1978), 8 C.R. (3d) 159	245
R. v. Griffin	(1869), 11 Cox C.C. 402	194
R. v. Guenther	(1978), 8 Alta. L.R. (2d) 125	245
R. v. Hardy	(1984), 56 N.B.R. (2d) 417	643, 725
R. v. Herbert, Coombs and Spanks	(1975), 28 C.C.C. (2d) 423	266
R. v. Instan	[1893] 1 Q.B. 450	276
R. v. Kidd	(1974), 21 C.C.C. (2d) 492	614
R. v. Kopan	(1975), 3 B.C.L.R. 102	98
R. v. LeSarge	(1975), 26 C.C.C. (2d) 388	652
R. v. Lyons	(1982), 140 D.L.R. (3d) 223	721
R. v. Malone	(1975), 25 C.C.C. (2d) 373	614
R. v. McBride and Kanata Investments Ltd.	[1974] 1 W.W.R. 560	613
R. v. McDonnell	[1935] 1 W.W.R. 175	614
R. v. McMaster	[1926] Ex. C.R. 68	393
R. v. McQueen	(1975), 25 C.C.C. 262	690
R. v. Morgentaler	(1976), 33 C.R.N.S. 244	244
R. v. Moroz	[1945] 2 D.L.R. 753	613
R. v. Morris	(1981), 61 C.C.C. (2d) 163	245
R. v. Murray	[1967] S.C.R. 262	548
R. v. Nat Bell Liquors Ltd.	[1922] 2 A.C. 128	101, 116
R. v. Nelson	(1978), 8 Alta. L.R. (2d) 137	614
R. v. Noble	[1978] 1 S.C R. 632	528
R. v. Norgren	(1975), 27 C.C.C. (2d) 488	101, 115
R. v. Papalia	(1984), 47 O.R. (2d) 289	644, 678

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.	(1977), 35 C.C.C. (2d) 37	614
R. v. Pootlass	(1977), 1 C.R. (3d) 378	245
R. v. Robinson	[1951] S.C.R. 522	528, 533
R. v. Salvador	(1981), 59 C.C.C. (2d) 521	245
R. v. Steinberg	[1967] 1 O.R. 733	687
R. v. Stenning	[1970] S.C.R. 631	716
R. v. Trecroce	(1980), 55 C.C.C. (2d) 202	400
R. v. Walker	(1979), 48 C.C.C. (2d) 126	245, 276
R. v. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	716
R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)	(1977), 32 C.C.C. (2d) 363	652, 702
R. v. Woods	(1921), 85 J.P. 272	190
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	640
Racal Communications Ltd., (Re)	[1980] 2 All E.R. 634,	493
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	386
Reference re an Application for an Authorization	(1983), 5 D.L.R. (4th) 601	679, 701
Reference re Regulation and Control of Radio Communication	[1931] S.C.R. 541	684
Regina ex rel. Scullion v. Canadian Breweries Transport	(1956), 117 C.C.C. 37	613
Reniger v. Fogossa	(1551), 1 Plowd. 1	241
Residential Tenancies Act, 1979, (Re)	[1981] 1 S.C.R. 714	509, 711
Rickards v. Sun Oil Co.	41 A.2d 267 (1945)	543
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works	[1974] S.C.R. 1189	26, 539
Robar and The Queen (Re)	(1978), 42 C.C.C. (2d) 133	104, 116
Robertson v. Minister of Pensions	[1949] 1 K.B. 227	354, 389
Rockcliffe Park Realty Ltd. and Director of the Ministry of the Environment, (Re)	(1975), 10 O.R. (2d) 1	553
Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King	[1928] A.C. 363	583
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	59

S

S. Morgan Smith Co. v. Sissiboo Pulp and Paper Co.	(1904), 35 S.C.R. 93	229
Sanderson Pearcy & Co. v. Foster	(1923), 53 O.L.R. 519	213
Sandon Construction Ltd. v. Cafik	(1973), 34 D.L.R. (3d) 609	228
Sanitary Commissioners of Gibraltar v. Orfila	(1890), 15 A.C. 400	51
Schacht v. The Queen in right of the Province of Ontario	[1973] 1 O.R. 221	18
Seaway Hotels Ltd. v. Consumers' Gas Co.	[1959] O.R. 581, aff'g [1959] O.R. 177	542
Semayne's Case	(1604), 5 Co. Rep. 91 a	657, 707
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association	[1975] 1 S.C.R. 382	99, 436, 491
Sharpe v. Wakefield	(1888), 22 Q.B.D. 239	265
Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.	[1895] 1 Ch. 287	273
Shelly Films Ltd. (Re)	[1963] 1 O.R. 431	131
Sheppard v. Glossop (Borough of)	[1921] 3 K.B. 132	51
Shtitz v. C.N.R.	[1927] 1 D.L.R. 951	189
Sidebotham, In re	(1880), 14 Ch. D. 458	468
Sirois v. Breton	(1967), 62 D.L.R. (2d) 366	143
Smith & Sons Ltd. v. May	(1923), 54 O.L.R. 21	305
Smith v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 554	349, 381, 391

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union	[1980] 3 W.L.R. 318	493
Southwark London Borough Council v. Williams	[1971] Ch. 734	248, 275
Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.	[1976] Q.B. 858	36
Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.	[1972] 3 All E.R. 557, [1973] 1 Q.B. 27	542
Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board	[1933] S.C.R. 629	709
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King	[1950] S.C.R. 211	393
St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1887), 13 S.C.R. 577	553
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1888), 14 App. Cas. 46	349, 377, 391
St. Luc Hospital v. Lafrance	[1982] 1 S.C.R. 974	443, 494
Star Village Tavern v. Nield	(1976), 71 D.L.R. (3d) 439	543
State v. Green	470 S.W. 2d 565 (1971)	269
State v. St. Clair	262 S.W. 2d 25 (1953)	270
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	131
Stevens and Willson v. Chatham (City of)	[1934] S.C.R. 353	21, 51
Stewart and The Queen (No. 2) (Re)	(1977), 35 C.C.C. (2d) 281	118
Stillo v. R.	(1981), 22 C.R. (3d) 224	103, 116
Surrey (Corporation of) v. Peace Arch Enterprises Ltd.	(1970), 74 W.W.R. 380	393
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. C.L.R.B.	[1982] 1 F.C. 471	416
SS. "Tordenskjold" (The) v. The SS. "Euphemia"	(1908), 41 S.C.R. 154	240

T

Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte	[1982] 1 S.C.R 710	434, 493
The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 S.C.R. 205	33
Tito v. Waddell (No. 2)	[1977] 3 All E.R. 129	350, 371
Toronto (City of) v. Polai	(1969), 8 D.L.R. (3d) 689	52
Toronto-Dominion Bank v. Uhren	(1960), 32 W.W.R. 61	357
Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto	(1930), 38 O.W.N. 196	142
Toronto Transportation Commission v. The King	[1949] S.C.R. 510	546
Tully and Tully and Klotz (Re)	[1953] O.W.N. 661	142

U

Ultramares Corp. v. Touche	255 N.Y. 170 (1931)	28
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	103
United States v. Bailey	444 U.S. 394 (1980)	242
United States v. Cullen	454 F.2d 386 (1971)	242
United States v. Gaines	489 F.2d 690 (1974)	267
United States v. Gavic	520 F.2d 1346 (1975)	267
United States v. Holmes	26 Fed. Cas. 360 (1842)	242, 270
United States v. Honneus	508 F.2d 566 (1974)	267
United States v. Kelly	527 F.2d 961 (1976)	267
United States v. Kinsey	505 F.2d 1354 (1974)	267
United States v. Lupo	652 F.2d 723 (1981)	267
United States v. Moore	446 F.2d 448 (1971)	267
United States v. Moylan	417 F.2d 1002 (1969)	242, 274

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
United States v. Rabinowitz	339 U.S. 56 (1950)	161
United States v. Randall	104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (1976)	242
United States v. Richardson	588 F.2d 1235 (1978)	242
United States v. Scafidi	564 F.2d 633 (1977)	682
United States v. Sifuentes	504 F.2d 845 (1974)	267
United States v. Spann	515 F.2d 579 (1975)	267
United States v. Walton	514 F.2d 201 (1975)	267
Upper Churchill Water Rights Reversion Act, (Re)	[1984] 1 S.C.R. 297	711

V

Vincent v. Lake Erie Transportation Co.	124 N.W. 221 (1910)	277

W

W.A.W. Holdings Ltd. v. Summer Village of Sundance Beach	[1980] 1 W.W.R. 97	468
Wellbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg (Metropolitan Corporation of)	[1971] S.C.R. 957	57
Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute	[1966] 1 Q.B. 569, [1965] 3 All E.R. 560	28
West of England and South Wales District Branch, ex parte Dale & Co. (In Re)	(1879), 11 Ch. D. 772	391
Westendorp v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 43	525
Western International Contractors Ltd. v. Sarcee Developments Ltd.	[1979] 3 W.W.R. 631	381
Weyerhaeuser Canada Ltd. and Pulp, Paper, Woodworkers of Canada, Local 10	[1976] 2 Can LRBR 41	424
Wing v. Moncton	[1940] 2 D.L.R. 740	21
Winnipeg (City of) v. Barrett	[1892] A.C. 445	583
Wiretap Reference	[1984] 2 S.C.R. 697	637
Worcester v. State of Georgia	6 Peters 515 (1832)	377
Worms v. Worms	(1981), 18 R.P.R. 35	143

Y

Yamerovski v. Dani	(1977), 18 O.R. (2d) 704	543
Young (Re)	(1968), 70 D.L.R. (2d) 594	142
Yulka and Minister of Social Services, (Re)	(1982), 138 D.L.R. (3d) 574	468

Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Greater Hull School Board, Lakeshore School Board, Lennoxville District School Board, the Greater Quebec School Board, the Protestant School Board of Greater Montreal, the School Trustees for the Municipality of Laurentienne, Quebec Association of Protestant School Boards *Respondents*;

and

Attorney General of Canada *Mis en cause*;

and

Attorney General of Newfoundland *Intervener.*

and between

Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Hubert Lavigne, Paul-Émile Touchette, Maurice Archambault and Gilburt Healy *Respondents*;

and

Attorney General of Canada *Mis en cause*;

and

Attorney General of Newfoundland *Intervener.*

and between

Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

Commission scolaire des Manoirs, Commission scolaire de Drummondville, Commission scolaire Jean Chapais, Commission scolaire Outaouais-Hull, les Syndics d'écoles pour la municipalité de Leeds-Sud and the Fédération des commissions scolaires catholiques du Québec *Respondents*;

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Greater Hull School Board, Lakeshore School Board, Lennoxville District School Board, the Greater Quebec School Board, the Protestant School Board of Greater Montreal, the School Trustees for the Municipality of Laurentienne, Quebec Association of Protestant School Boards *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*;

et

Le procureur général de Terre-Neuve *Intervenant.*

et entre

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Hubert Lavigne, Paul-Émile Touchette, Maurice Archambault et Gilburt Healy *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*;

et

Le procureur général de Terre-Neuve *Intervenant.*

et entre

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Commission scolaire des Manoirs, Commission scolaire de Drummondville, Commission scolaire Jean Chapais, Commission scolaire Outaouais-Hull, les Syndics d'écoles pour la municipalité de Leeds-Sud et la Fédération des commissions scolaires catholiques du Québec *Intimés*;

and

Attorney General of Canada *Mis en cause*;

and

Attorney General of Newfoundland *Intervener.*

File No.: 18011.

1984: June 20, 21; 1984: December 20.

Present: Dickson C.J. and Ritchie*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Education — Constitutional guarantees — Rights or privileges respecting denominational schools — Act providing for a new system of school financing — Whether provincial provisions intra vires — Constitution Act, 1867, s. 93 — Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, 1979 (Que.), c. 72, ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Respondents brought actions in the Superior Court to have ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499 and 500 of the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation* (the Act) declared unconstitutional. The chief feature of these provisions is the creation of a new system of school financing based on government grants: taxation is now only a complementary method subject to new conditions. These provisions, which amend the *Education Act*, apply to all public schools in Quebec, whether denominational or not. They provide in essence: (1) that the Minister of Education must annually make budgetary rules determining the amount of expenses allowable for the grants to be paid to school boards; (2) that the school commissioners and trustees must levy taxes to provide for expenses not covered by government subsidies or grants; (3) that the assessment may not exceed 6 per cent of the net expense of the school board or 25 cents per hundred dollars of assessment; and (4) that in order to levy taxes in excess of these limits the school board must obtain the approval of the electors in a referendum. The Superior Court dismissed respondents' declaratory actions. By a majority judgment, the Court of Appeal reversed that judgment and held the sections

* Ritchie J. took no part in the judgment.

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*;

et

Le procureur général de Terre-Neuve *Intervenant.*

N° du greffe: 18011.

1984: 20, 21 juin; 1984: 20 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie *, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Éducation — Garanties constitutionnelles — Droits ou privilèges relatifs aux écoles confessionnelles — Loi établissant un nouveau régime de financement scolaire — Les dispositions provinciales sont-elles intra vires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 — Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, 1979 (Qué.), chap. 72, art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

Les intimés ont intenté en Cour supérieure des actions pour faire déclarer inconstitutionnels les art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499 et 500 de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*. Le trait dominant de ces dispositions est l'établissement d'un nouveau régime de financement scolaire à base de subventions gouvernementales, la taxation n'étant plus qu'un moyen complémentaire soumis à des conditions nouvelles. Ces dispositions, qui modifient la *Loi sur l'instruction publique*, s'appliquent à toutes les écoles publiques du Québec qu'elles soient confessionnelles ou non. Elles prévoient en substance: (1) que le ministre de l'Éducation doit établir annuellement des règles budgétaires pour déterminer le montant des dépenses admissible aux subventions à verser aux commissions scolaires; (2) que les commissaires et les syndics doivent imposer une taxe pour pourvoir aux dépenses non couvertes par les subventions gouvernementales; (3) que la cotisation ne peut excéder 6 pour 100 des dépenses nettes de la commission scolaire ou un taux de 25 cents du cent dollars d'évaluation et (4) que pour taxer au-delà de ces limites, la commission scolaire doit obtenir l'approbation des électeurs par voie de référendum. La Cour supérieure a rejeté les actions

* Le juge Ritchie n'a pas participé au jugement.

in question *ultra vires*, null and void. This appeal is to determine whether the disputed legislative provisions prejudicially affect the rights and privileges protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.: The disputed provisions are *ultra vires* the Quebec legislature and must be set aside. Under section 93 of the Constitution, the provinces have exclusive jurisdiction to legislate with respect to education, but they cannot prejudicially affect a right or privilege affecting denominational schools enjoyed by a particular class of persons by law in effect at the time of the Union. In 1867, the right of Protestants and Roman Catholics to direct and control their own denominational schools was recognized by law. As regards financing, the law gave school commissioners and trustees the right to receive grants on a proportionate basis and the right to levy taxes from their respective electors within the limits of "their respective municipalities". These are rights relating to denominational schools and are protected by s. 93. By omitting to state that the grants must be distributed on a proportionate basis and by ordering, in a referendum, the power of certain school boards — such as those of the Island of Montréal — to decide on an expense requiring a tax to be subject to the will of electors not within their districts, the provincial legislature prejudicially affected rights guaranteed by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. The provisions form a whole, and if those which deal with how grants are made and which govern approval by the electors are set aside, the other provisions fall to the ground as well.

Per Lamer and Le Dain JJ.: At Confederation, the Roman Catholics and the Protestants enjoyed the right to have their denominational schools managed by school commissioners or trustees having the power to determine the necessary level of expenditure for the support of such schools and the concomitant power, in order to meet such expenditure, to impose taxes in supplement of other revenue without limitation of amount or the necessity of referral to the ratepayers. It is this right or power of local self government with respect to denominational schools which is protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. The school commissioners or trustees are not themselves a class of persons contemplated by s. 93(1) but they are the representatives of such a class for

déclaratoires des intimés. Par un arrêt majoritaire, la Cour d'appel a infirmé le jugement et déclaré les articles visés *ultra vires*, nuls et sans effet. Le présent pourvoi vise à déterminer si les dispositions législatives attaquées portent préjudice aux droits et privilèges protégés par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson: Les dispositions attaquées sont *ultra vires* de la législature du Québec et doivent être annulées. En vertu de l'art. 93 de la Constitution, les provinces ont compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation, mais elles ne peuvent pas porter préjudice à un droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles dont jouissait une classe particulière de personnes en vertu d'une loi en vigueur au moment de l'Union. En 1867, le droit des protestants et des catholiques romains de diriger et de contrôler leurs propres écoles confessionnelles était reconnu par la loi. En matière de financement, la loi conférait, entre autres, aux commissaires et aux syndics d'écoles le droit de recevoir des subventions sur une base proportionnelle et le droit de prélever des taxes de leurs administrés dans les limites de «leurs municipalités respectives». Ces droits constituent des droits relatifs aux écoles confessionnelles et ils sont protégés par l'art. 93. En omettant de décréter que les subventions doivent être distribuées sur une base proportionnelle et en décrétant, en cas de référendum, que le pouvoir de certaines commissions scolaires—par exemple, celles de l'île de Montréal—de décider d'une dépense nécessitant une taxe soit assujetti à la volonté d'électeurs autres que leurs administrés, la législature provinciale a, d'une façon préjudiciable, porté atteinte à des droits garantis par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces dispositions forment un tout et si celles qui posent le principe des subventions et celles qui régissent l'approbation des électeurs sont annulées, les autres dispositions ne peuvent subsister.

Les juges Lamer et Le Dain: Lors de la Confédération, les catholiques romains et les protestants bénéficiaient du droit d'avoir leurs écoles confessionnelles gérées par des commissaires ou des syndics d'écoles qui avaient le pouvoir de déterminer le niveau nécessaire des dépenses pour subvenir aux besoins de ces écoles et, pour faire face à ces dépenses, le pouvoir concomitant de prélever des taxes en plus des autres revenus sans montant limite ou sans qu'il soit nécessaire d'en référer aux contribuables. C'est ce droit ou pouvoir de gestion locale autonome relativement aux écoles confessionnelles que le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège. Les commissaires et les syndics d'écoles ne constituent pas en eux-mêmes une classe de personnes visée par le

purposes of the management of denominational schools. By imposing the requirement of approval by referendum for taxation beyond the limits prescribed by the Act, the Quebec legislature prejudicially affected this right. Indeed, such a requirement renders the power to tax beyond the limit quite illusory and seriously undermines the power of school commissioners and trustees to provide for and manage denominational schools in the interest of a class of persons.

City of Winnipeg v. Barrett, [1892] A.C. 445; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; [1926] S.C.R. 246; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King*, [1928] A.C. 363, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 370, reversing a judgment of the Superior Court, [1981] C.S. 337, 133 D.L.R. (3d) 666, declaring certain provisions of the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation* constitutional. Appeal dismissed.

Henri Brun, Georges Emery, Q.C., and *Jean-K. Samson*, for the appellant.

Colin K. Irving, Allan R. Hilton, Sandra J. Simpson and *Nigel Campbell*, for the respondents Greater Hull School Board *et al.*

Mario Du Mesnil and *Roger Thibaudeau, Q.C.*, for the respondents Lavigne *et al.* and for the respondents Commission scolaire des Manoirs *et al.*

James L. Thistle and *Deborah E. Fry*, for the intervener.

English version of the judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ. delivered by

CHOUINARD J.—This appeal raises the following constitutional question:

Are sections 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499 and 500 of the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*, L.Q. 1979, c. 72, *ultra vires*, inapplicable or inoperative in

par. 93(1), mais ce sont les représentants de cette classe aux fins de la gestion des écoles confessionnelles. En imposant l'obligation de tenir un référendum pour obtenir l'approbation de taxes qui excèdent les limites fixées par la Loi, le législateur du Québec a porté préjudice à ce droit. Pareille obligation rend tout à fait illusoire le pouvoir de taxer au-delà de la limite et mine sérieusement le pouvoir des commissaires et des syndics d'écoles de fournir et de gérer des écoles confessionnelles selon les intérêts d'une classe de personnes.

Jurisprudence: *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; [1926] R.C.S. 246; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King*, [1928] A.C. 363.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 370, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1981] C.S. 337, 133 D.L.R. (3d) 666, qui avait déclaré constitutionnelles certaines dispositions de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*. Pourvoi rejeté.

Henri Brun, Georges Emery, c.r., et *Jean-K. Samson*, pour l'appelant.

Colin K. Irving, Allan R. Hilton, Sandra J. Simpson et *Nigel Campbell*, pour les intimés Greater Hull School Board et autres.

Mario Du Mesnil et *Roger Thibaudeau, c.r.*, pour les intimés Lavigne et autres et pour les intimés Commission scolaire des Manoirs et autres.

James L. Thistle et *Deborah E. Fry*, pour l'intervenant.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi soulève la question constitutionnelle suivante:

Les articles 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499 et 500 de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 72, sont-ils, en tout ou en partie, *ultra vires*, inappli-

whole or in part in virtue of section 93 of the *Constitution Act, 1867*?

Section 93 is the section which gives the provincial legislatures exclusive jurisdiction over education. It also guarantees certain rights to classes of persons in respect of denominational schools and to both Protestant and Catholic dissentient schools. The subsections of that section which apply for the purposes of this appeal are:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissentient Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

Applicable Legislation

The disputed sections of the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*, which I will call the "*1979 Act*", are all sections relating to school financing.

Respondents Hubert Lavigne *et al.* and Commission scolaire des Manoirs *et al.* stated in their submission that the fundamental purpose of the *1979 Act*:

[TRANSLATION] . . . is to remove all school boards from the real estate tax field, in order to give towns and other municipalities unimpeded real estate taxation powers.

No one disputed the following passage from the judgment of the trial judge, [1981] C.S. 337, at p. 347:

[TRANSLATION] The chief feature of this legislation is the provision of school financing through a system of grants: taxation is now only a complementary method subject to new conditions.

cables ou invalides, en raison de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

L'article 93 est cet article qui consacre la compétence exclusive des législatures provinciales en matière d'éducation. Il garantit par ailleurs certains droits à des classes de personnes relativement aux écoles confessionnelles de même qu'aux écoles dissidentes tant protestantes que catholiques. Les paragraphes pertinents de cet article pour les fins de ce pourvoi sont:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

Les dispositions en cause

Les articles contestés de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, que j'appellerai la «*Loi de 1979*», sont tous des articles qui portent sur le financement scolaire.

Les intimés Hubert Lavigne et autres, et Commission scolaire des Manoirs et autres, écrivent dans leur mémoire que le but essentiel de la *Loi de 1979*:

. . . est de faire sortir toutes les commissions scolaires du champ de l'impôt foncier pour accorder aux villes et autres municipalités la plénitude du champ foncier de la taxation.

Personne ne conteste le passage suivant du juge de première instance, [1981] C.S. 337, à la p. 347:

Le trait dominant de cette législation est l'établissement du financement scolaire par le système de subventions, la taxation n'étant plus qu'un moyen complémentaire soumis à des conditions nouvelles.

Section 339 of the *1979 Act* introduced into the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, s. 15.1, which deals with grants to be paid to school boards and imposes on the Minister of Education a duty to annually make, after consultation, budgetary rules determining the amount of expenses allowable for such grants:

15.1 The Minister shall, each year after consultation with the school boards and regional boards, make and submit to the approval of the Conseil du trésor budgetary rules to determine the amount of expenses allowable for grants to be paid to school boards, to regional boards and to the Conseil scolaire de l'Île de Montréal.

The Minister must, in the budgetary rules contemplated in the first paragraph, provide for the payment of equalization grants to school boards, regional boards or the Conseil scolaire de l'Île de Montréal. These equalization grants shall be paid according to the difference between the standardized assessment of taxable property per student of a school board, of a regional board or of the Conseil scolaire de l'Île de Montréal, as the case may be, and that per student of the aggregate of the school boards, of the regional boards or of the Conseil scolaire de l'Île de Montréal, as the case may be, taking into account the size of the revenue from real estate taxes collected within the limits fixed by section 354.1 or 558.1.

Section 346 replaced s. 226 of the *Education Act*, and I quote the first paragraph of the new provision:

226. The school commissioners and trustees must levy taxes for the payment of expenses not otherwise provided for by government subsidies or grants and other revenue. These taxes shall be imposed on all taxable property of the whole school municipality in accordance with Part IV.

This new section contrasts with the old one, in which the first paragraph provided that school commissioners and trustees had a duty to levy taxes to maintain schools under their control. It can thus be seen that the new financing arrangements, instead of being based primarily on taxation as the old, are based on grants, and taxation has become a complementary method. Henceforth, commissioners and trustees shall impose a tax only "for the payment of expenses not otherwise pro-

L'article 339 de la *Loi de 1979* introduit dans la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, l'art. 15.1 qui traite des subventions à verser aux commissions scolaires et qui impose au ministre de l'Éducation l'obligation d'établir annuellement, après consultation, des règles budgétaires pour déterminer le montant des dépenses admissible à ces subventions:

15.1 Le ministre doit établir annuellement, après consultation avec les commissions scolaires et les commissions régionales, et soumettre à l'approbation du Conseil du trésor des règles budgétaires pour déterminer le montant des dépenses admissible aux subventions à verser aux commissions scolaires, aux commissions régionales et au Conseil scolaire de l'île de Montréal.

Le ministre doit prévoir dans les règles budgétaires visées au premier alinéa le versement de subventions de péréquation aux commissions scolaires, aux commissions régionales ou au Conseil scolaire de l'île de Montréal. Ces subventions de péréquation sont versées en fonction de l'écart entre l'évaluation uniformisée des biens imposables par étudiant d'une commission scolaire, d'une commission régionale ou du Conseil scolaire de l'île de Montréal, selon le cas, et celle par étudiant de l'ensemble des commissions scolaires, des commissions régionales et du Conseil scolaire de l'île de Montréal, compte tenu de l'importance des revenus des taxes foncières perçues à l'intérieur des limites fixées par les articles 354.1 ou 558.1.

L'article 346 remplace l'art. 226 de la *Loi sur l'instruction publique* et je cite le premier alinéa du nouveau texte:

226. Les commissaires et les syndics doivent imposer une taxe pour le paiement des dépenses auxquelles il n'est pas autrement pourvu par les subventions gouvernementales et autres revenus. Ces taxes sont imposées sur tous les biens imposables de la municipalité scolaire entière conformément à la Partie IV.

Ce nouvel article contraste avec l'ancien dont le premier alinéa stipulait qu'il est du devoir des commissaires et des syndics d'écoles d'imposer des taxes pour le maintien des écoles sous leur contrôle. D'où l'on voit que le nouveau régime de financement, au lieu d'être fondé principalement sur la taxation comme l'ancien, est à base de subventions, la taxation devenant un moyen complémentaire. Ce n'est que «pour le paiement des dépenses auxquelles il n'est pas autrement pourvu

vided for by government subsidies or grants and other revenue".

Section 353 of the *1979 Act* enacts ss. 354.1, 354.2 and 354.3 of the *Education Act*, requiring school boards to submit for approval by the electors in a referendum any assessment which they intend to impose when the total amount of expenses required by that assessment exceeds 6 per cent of the net expense of the school board, or when the taxation rate exceeds 25 cents per hundred dollars of assessment. The first paragraph of s. 354.1 provides:

354.1 Where the total amount of expenses for the payment of which an assessment must be levied under section 226 exceeds six per cent of the net expense of the school board or regional board, or the taxation rate for that assessment exceeds 25 cents per hundred dollars of the standardized assessment of the taxable property included in the real estate base of the school board or regional board, that assessment shall be submitted to the approval of the electors in accordance with sections 396 and following.

It should be mentioned that under s. 354.3, when an assessment is approved by the electors that approval applies for three taxation years.

Section 362 enacts ss. 396 to 399.5 of the *Education Act*, defining the procedures of a referendum.

Section 366 replaces the old ss. 441 to 444 of the *Education Act* by the new ss. 441 to 443, conferring on regional school boards a taxing power analogous to that of school boards and subject to the same conditions.

Sections 375 and 382 make amendments to Part IX of the *Education Act*, titled "Education in the Island of Montréal". They enact ss. 558.1 to 558.4 and 567 to 567.4, requiring the council in the Island of Montréal to submit for approval by the electors any surtax exceeding the limits indicated—the same as those provided for school boards in the remainder of the province area—and defin-

par les subventions gouvernementales et autres revenus» que dorénavant les commissaires et les syndics doivent imposer une taxe.

L'article 353 de la *Loi de 1979* édicte les art. 354.1, 354.2 et 354.3 de la *Loi sur l'instruction publique* qui obligent les commissions scolaires à soumettre à l'approbation des électeurs par voie de référendum toute cotisation qu'elles entendent imposer lorsque le montant total des dépenses qui nécessitent cette cotisation excède 6 pour 100 de la dépense nette de la commission scolaire, ou que le taux d'imposition excède 25 cents par cent dollars d'évaluation. Le premier alinéa de l'art. 354.1 stipule:

354.1 Lorsque le montant total des dépenses pour le paiement desquelles une cotisation doit être imposée en vertu de l'article 226 excède six pour cent de la dépense nette de la commission scolaire ou de la commission régionale, ou que le taux d'imposition de cette cotisation excède 25 cents par cent dollars de l'évaluation uniformisée des biens imposables incluse dans l'assiette foncière de la commission scolaire ou de la commission régionale, cette cotisation doit être soumise à l'approbation des électeurs conformément aux articles 396 et suivants.

Il convient de signaler que suivant l'art. 354.3, lorsqu'une cotisation est approuvée par les électeurs, cette approbation vaut pour trois années d'imposition.

L'article 362 édicte les art. 396 à 399.5 de la *Loi sur l'instruction publique* qui définissent les modalités du référendum.

L'article 366 remplace les anciens art. 441 à 444 de la *Loi sur l'instruction publique* par les nouveaux art. 441 à 443 qui confèrent aux commissions scolaires régionales un pouvoir de taxation analogue à celui des commissions scolaires et soumis aux mêmes conditions.

Les articles 375 et 382 apportent des modifications à la partie IX de la *Loi sur l'instruction publique* intitulée: «De l'instruction publique dans l'île de Montréal». Ils édictent les art. 558.1 à 558.4 et 567 à 567.4 qui obligent le conseil scolaire de l'île de Montréal à soumettre à l'approbation des électeurs toute surtaxe qui excède les limites indiquées—les mêmes que celles prévues pour les

ing procedures for a referendum. It should be noted here that, for the Island of Montréal, a general budget is prepared by the council based on budgets from school boards and its own expenses, and this budget is not effective until approved by the Minister of Education. The council has alone the power to levy taxes (s. 566 which is not in issue). If it becomes necessary to impose a surtax which must be submitted to the electors for approval, all the electors on the Island of Montréal may vote. I will return to this point below.

commissions scolaires du reste du territoire décrites plus haut—et qui définissent les modalités du référendum. Il faut noter, dès à présent, que pour l'île de Montréal un budget global est préparé par le conseil scolaire à partir des budgets des commissions scolaires et de ses propres dépenses, lequel budget est sans effet tant qu'il n'a pas été approuvé par le ministre de l'Éducation. Seul le conseil scolaire peut imposer des taxes (art. 566, lequel n'est pas attaqué). S'il devient nécessaire d'imposer une surtaxe qui doit être soumise à l'approbation des électeurs, c'est l'ensemble des électeurs de l'île de Montréal qui est appelé à voter. Je reviendrai sur ce sujet plus loin.

Section 495 of the *1979 Act* provides:

495. No school board or regional board may exercise a taxation power except within the limits provided by this act, notwithstanding any general law or special act or any charter conferring such power upon it.

L'article 495 de la *Loi de 1979* stipule:

495. Une commission scolaire ou une commission régionale ne peut exercer un pouvoir de taxation que dans les limites prévues par la présente loi, malgré toute loi générale ou spéciale ou charte qui lui confère un tel pouvoir.

Finally, sections 498, 499 and 500 are transitional provisions designed to allow the new sections on taxation to be implemented.

Enfin, les art. 498, 499 et 500 sont des dispositions transitoires qui visent à permettre la mise en œuvre des nouveaux articles relatifs à la taxation.

Conditions for Application of s. 93 Guarantees

There is no disagreement between the parties as to the conditions under which the s. 93 guarantees of the *Constitution Act, 1867* will apply, as stated by the trial judge at p. 342 of his judgment:

Les conditions d'application des garanties de l'art. 93

Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant aux conditions d'application des garanties de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi exposées par le juge de première instance à la p. 342 de son jugement:

[TRANSLATION] 2. In order to claim the protection of this section, the following conditions must of necessity be met:

(a) there must be a right or privilege affecting a denominational school;

(b) enjoyed by a particular class of persons;

(c) by law;

(d) in effect at the time of the Union;

(e) and which is prejudicially affected.

2. Pour réclamer la protection de cet article, les conditions suivantes doivent nécessairement être réunies:

a) qu'il s'agisse d'un droit ou privilège relatif à une école confessionnelle;

b) dont jouissait une classe particulière de personnes;

c) en vertu d'une loi;

d) en vigueur au moment de l'Union

e) et auquel on porte préjudice.

It is also well established that, in 1867, all the common schools in Montréal and Québec were denominational. Outside those two cities, dissentient schools were denominational but common schools were not.

Il est bien établi par ailleurs qu'en 1867 toutes les écoles communes de Montréal et de Québec étaient confessionnelles. En dehors de ces deux villes, les écoles dissidentes étaient confessionnelles mais les écoles communes ne l'étaient pas.

The propositions I have just stated proceed from decisions of the Privy Council, in particular the following cases: *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King*, [1928] A.C. 363.

Judgments of the Superior Court and the Court of Appeal

The Superior Court judgment dismissed the declaratory actions of respondents.

By a majority judgment, the Court of Appeal, [1983] C.A. 370, reversed the trial judgment and held the sections in question *ultra vires*, null and void.

Appellant's First Argument

The Attorney General submitted, as his first argument, that the measures introduced by the *1979 Act* are not at variance with s. 93, because they do not apply to the object of that section, which is denominational schools. He submitted:

[TRANSLATION] This measure does not affect the guarantee in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Its real object is the way in which a taxing power is exercised, whereas the object of the 93(1) guarantee is denominational schooling. This is the first argument on which our appeal is based.

He went on to say:

[TRANSLATION] The provisions in question [. . .] do not affect the guarantee in s. 93(1) of the *Constitution Act*, for the simple reason that their object has no connection with the object of s. 93(1).

Further, he stated:

[TRANSLATION] The disputed provisions [. . .] actually apply to the way in which a taxing power is exercised. They provide that the province's school commissioners must obtain the approval of their electors before they can tax beyond a given financing level.

Les propositions que je viens d'énoncer découlent de la jurisprudence du Conseil privé, notamment des arrêts suivants: *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King*, [1928] A.C. 363.

Le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel

Le jugement de la Cour supérieure a rejeté les actions déclaratoires des intimés.

Par un arrêt majoritaire, la Cour d'appel, [1983] C.A. 370, a infirmé le jugement de première instance et a déclaré les articles visés *ultra vires*, nuls et sans effet.

Le premier moyen de l'appelant

Le procureur général soumet, et c'est sa prétention première, que les mesures mises en place par la *Loi de 1979* ne vont pas à l'encontre de l'art. 93 parce qu'elles ne visent pas son objet qui est la confessionnalité. Il écrit dans son mémoire:

Cette mesure n'affecte pas la garantie du paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle a pour objet réel la façon d'exercer un pouvoir de taxer, alors que la garantie de 93(1) a pour objet la confessionnalité. C'est là la prétention première sur laquelle se fonde notre appel.

Il écrit encore:

Les dispositions en cause [. . .] n'affectent pas la garantie du paragraphe 93(1) de la Loi constitutionnelle pour la raison essentielle que leur objet n'a aucun rapport avec l'objet du paragraphe 93(1).

On peut lire plus loin:

Les dispositions contestées [. . .] portent réellement sur le mode d'exercice d'un pouvoir de taxation. Elles stipulent que les commissaires d'écoles de la province doivent obtenir l'approbation de leurs électeurs avant de pouvoir surtaxer au-delà d'un niveau donné de financement.

The provisions of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* are concerned with denominational schools. Their object is to protect certain denominational schools against anything threatening their denominational status.

Without discussing the argument submitted in support of this claim in detail, I consider that it cannot be allowed. Denominational status does not exist in a vacuum.

Section 93 guarantees the rights and privileges relating to denominational schools.

In *Hirsch* in this Court, [1926] S.C.R. 246, Anglin C.J., who was not overruled by the Privy Council on this point, wrote at p. 269:

> From what has been said it is apparent that we would regard legislation designed to impair the right of Protestants, as a class of persons in the province of Quebec, to the exclusive control, financial and pedagogic, of their schools, as *ultra vires* of the provincial legislature.

In *Tiny* the Privy Council wrote at p. 375:

> Unless the legislatures of Ontario and Quebec were debarred from prejudicially affecting the rights and privileges which the religious minorities possessed in regard to their denominational schools in regard to maintenance and support, the protection given by the section would be illusory.

In their analysis of *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*, Québec, Department of Education, 1972, at p. 22, the writers F. Chevrette, H. Marx and A. Tremblay, based on precedent and in the context of effective protection, wrote:

> [TRANSLATION] It is clear that the spirit of s. 93 seeks to guarantee the denominational status of education as that status existed in 1867, that is, in relation to education provided in dissentient schools in the province and in the schools of Montréal and Québec. In this regard, the ultimate aim of the section is a religious one, and that aim was undoubtedly given constitutional form. The question remains whether only that aim was so treated, or whether certain concrete means of achieving it were as well, namely a number of powers and administrative devices to ensure that the denominational status of education would be respected and maintained in

Les dispositions du paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* portent quant à elles sur la confessionnalité. Elles ont pour objet de protéger certaines écoles confessionnelles contre ce qui mettrait en péril leur confessionnalité.

Sans entrer dans le détail de l'argumentation soumise à l'appui de cette prétention, je suis d'avis qu'elle ne peut être retenue. La confessionnalité n'existe pas dans un vacuum.

Ce sont les droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles que garantit l'art. 93.

Dans l'arrêt *Hirsch* en cette Cour, [1926] R.C.S. 246, le juge en chef Anglin, qui sur ce point n'est pas contredit par le Conseil privé, écrit à la p. 269:

> [TRADUCTION] Il ressort de ce qui précède que nous considérons que la loi destinée à amoindrir le droit des protestants, comme classe de personnes dans la province de Québec, au contrôle exclusif, financier et pédagogique de leurs écoles, est *ultra vires* de la législature de la province.

Dans l'arrêt *Tiny* le Conseil privé écrit à la p. 375:

> [TRADUCTION] À moins qu'il ne soit interdit aux législatures de l'Ontario et du Québec de préjudicier aux droits et privilèges en matière de financement dont jouissent les minorités religieuses relativement à leurs écoles confessionnelles, la protection que prévoit l'article serait illusoire.

S'appuyant sur la jurisprudence et dans l'optique d'une protection effective, les auteurs F. Chevrette, H. Marx et A. Tremblay écrivent dans leur étude sur *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*, Québec, ministère de l'Éducation, 1972, à la p. 22:

> Il est certain que dans son esprit l'article 93 vise à garantir la confessionnalité de l'enseignement telle que cette confessionnalité se présentait en 1867, c'est-à-dire au niveau de l'enseignement dispensé dans les écoles dissidentes de la province et dans les écoles de Montréal et de Québec. À ce titre l'objectif final de cet article est de nature religieuse et il ne fait pas de doute que cet objectif ait été constitutionnalisé. Reste la question de savoir si c'est cet objectif final seul qui l'a été, ou si ne l'ont pas été aussi certains moyens concrets d'y parvenir, c'est-à-dire un certain nombre de pouvoirs et de structures administratives assurant que la confessionnalité de

practice. There is also no doubt of the answer to this question: constitutional form was also given to a number of means of achieving the result, and the wording of s. 93 itself seems clear in this regard, since it speaks of any "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" rather than referring merely to "denominational schools".

It should be noted that in themselves, and viewed in isolation, these means are not necessarily religious in nature, for they may include financial powers, the power to hire teachers and so on; however, such means should still be related to the denominational status of education and connected directly with maintaining it.

Denominational status applies in its context, and though some legislation which does not prejudicially affect a right or privilege conferred by law at the time of the Union is conceivable, other legislation will have such an effect.

The legislature is not divested of the power to legislate in respect of the schools referred to in s. 93. In *Barrett*, the Privy Council wrote at p. 459:

With the policy of the Act of 1890 their Lordships are not concerned. But they cannot help observing that, if the views of the respondents were to prevail, it would be extremely difficult for the provincial legislature, which has been entrusted with the exclusive power of making laws relating to education to provide for the educational wants of the more sparsely inhabited districts of a country almost as large as Great Britain, and that the powers of the legislature, which on the face of the Act appear so large, would be limited to the useful but somewhat humble office of making regulations for the sanitary conditions of school-houses, imposing rates for the support of denominational schools, enforcing the compulsory attendance of scholars, and matters of that sort.

Similarly, in *Hirsch* it wrote at p. 215:

While s. 93 of the Act of 1867 protects every right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons may have had by law at the Union, it does not purport to stereotype the educational system of the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make laws in regard to education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the Legisla-

l'enseignement serait en pratique respectée et maintenue. La réponse à cette question ne fait pas de doute non plus; on a aussi constitutionnalisé un certain nombre de moyens d'y parvenir et le texte même de l'article 93 semble clair à ce sujet puisqu'il parle de «droit ou privilège relativement aux écoles confessionnelles» au lieu de parler plus simplement «d'écoles confessionnelles».

Remarquons qu'en eux-mêmes et considérés isolément ces moyens n'ont pas nécessairement une nature religieuse, car il pourra éventuellement s'agir de pouvoirs financiers, du pouvoir d'engager des maîtres, etc. Mais il demeure que ces moyens doivent être relatifs à la confessionnalité de l'enseignement et reliés directement au maintien de celle-ci.

La confessionnalité s'exerce dans un cadre et si certaines législations qui ne préjudicient pas à un droit ou privilège conféré par la loi lors de l'Union sont concevables, d'autres y porteront préjudice.

La législature n'est pas privée du pouvoir de légiférer en regard des écoles visées par l'art. 93. Dans l'arrêt *Barrett*, le Conseil privé écrit à la p. 459:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne s'intéressent pas à la politique de la Loi de 1890. Toutefois, elles ne peuvent s'empêcher de remarquer que, si les opinions des intimés devaient s'appliquer, il serait extrêmement difficile pour la législature de la province, qui a le pouvoir exclusif d'adopter des lois relatives à l'éducation, de combler les besoins en matière d'éducation des districts les moins peuplés d'un pays presque aussi grand que la Grande-Bretagne et que les pouvoirs de la législature qui, d'après la Loi, paraissent tellement étendus seraient limités à la tâche utile, mais plutôt humble, d'établir des règlements portant sur les conditions d'hygiène dans les écoles, sur le prélèvement d'impôts pour le financement des écoles confessionnelles, sur le respect de la présence obligatoire des enseignants et sur des questions de ce genre.

De même dans l'arrêt *Hirsch*, il est écrit à la p. 215:

[TRADUCTION] Bien que l'art. 93 de la Loi de 1867 protège chaque droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que la loi conférait à toute classe de personnes lors de l'Union, il ne prétend pas stéréotyper le système d'éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la législature de la province à légiférer en matière d'éducation sous réserve seulement des dispositions de l'article;

ture can effectively exercise the power so entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

However, a statute adopted for the purpose of suspending some commissioners and replacing them with others for an indefinite period, unless the first complied with a regulation regarding the language of instruction, has been held unconstitutional: see *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, *supra*.

Accordingly, the question is what rights the law conferred on school boards and trustees of corporations at the time of the Union, in particular over financing, grants and taxation. It will then be necessary to determine whether the disputed provisions prejudicially affect these rights.

The Law in 1867

The law in Quebec at the time of the Union was c. 15 of the Consolidated Statutes for Lower Canada, 1861, titled the *Act respecting Provincial Aid for Superior Education,—and Normal and Common Schools* (the "*1861 Act*"). Under this Act, two systems of education existed, one for the cities of Montréal and Québec and the other for the remainder of the province (ss. 27 *et seq.* and ss. 128 *et seq.* of the *1861 Act*).

In Montréal and Québec common schools existed open to all children between the ages of five and sixteen. These schools were directed and controlled by two groups of commissioners, one Catholic and the other Protestant. All these schools were denominational.

The commissioners were not elected but appointed by the Municipal Council.

In *Hirsch*, *supra*, the Court observed at p. 212:

The Roman Catholics in Montreal or Quebec formed a class of persons who had the right and privilege of having their schools controlled and managed by Commissioners of that religious persuasion and their teachers examined by Examiners of the same persuasion; and like

et je peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

Mais une loi ayant pour objet de suspendre les commissaires et de les remplacer par d'autres pour une période indéfinie, faute par les premiers de se conformer à un règlement relatif à la langue d'enseignement, a été jugée inconstitutionnelle: voir *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, précité.

Il importe donc de déterminer quels droits la loi conférait aux commissions scolaires et aux corporations de syndics au moment de l'Union, plus particulièrement en matière de financement, de subventions et de taxation. Il faudra voir ensuite si les dispositions attaquées affectent ces droits de façon préjudiciable.

La loi en 1867

La loi au Québec au moment de l'Union était le chap. 15 des Statuts Refondus pour le Bas Canada de 1861 intitulé: *Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure,—et les écoles normales et communes* (la «*Loi de 1861*»). En vertu de cette loi, il existait deux systèmes d'éducation, l'un pour les villes de Montréal et de Québec et l'autre pour le reste de la province (art. 27 et suiv. et art. 128 et suiv. de la *Loi de 1861*).

À Montréal et à Québec il existait des écoles communes auxquelles avaient accès tous les enfants âgés de cinq à seize ans. Ces écoles étaient dirigées et contrôlées par deux groupes de commissaires, l'un catholique et l'autre protestant. Toutes ces écoles étaient confessionnelles.

Les commissaires n'étaient pas élus mais nommés par le conseil municipal.

Dans l'arrêt *Hirsch*, précité, on peut lire à la p. 212:

[TRADUCTION] Les catholiques romains à Montréal ou à Québec formaient une classe de personnes qui avaient le droit et le privilège d'avoir des écoles dirigées et contrôlées par des commissaires de cette confession, et d'avoir des enseignants dont les compétences sont véri-

privileges belonged to the Protestants of each city with regard to the schools controlled by the Protestant Board of Commissioners.

Outside Montréal and Québec there were common schools in each municipality, which were also directed and controlled by school commissioners. These were elected. According to the Privy Council decision in *Hirsch*, *supra*, these schools were non-denominational.

In these municipalities the members of a minority religious group had the right to create one or more dissentient schools directed and controlled by trustees elected by them. These dissentient schools were denominational.

The right of Protestants and Catholics to direct and control their own denominational schools was therefore recognized by law at the time of the Union.

The financing came from three sources: government grants, taxes and school fees. It is not necessary to deal with the fees for the purposes of this appeal.

A common schools fund existed, and school commissioners and trustees were entitled to receive a proportionate share of this.

Section 24(1) provided:

24. It shall be the duty of the Superintendent of Education—

1. To receive from the Receiver General all sums of money appropriate for Common School purposes, and to distribute the same among the School Commissioners and Trustees of the respective Municipalities, according to law, and in proportion to the population of the same, as ascertained by the then last Census;

With regard to the trustees of dissentient schools, s. 55(2) provided:

2. Such Trustees shall have the same powers and be subject to the same duties as School Commissioners, but for the management of those Schools only which shall be under their control; and such dissentient inhabitants may, by the intervention of the Trustees, establish, in the manner provided with regard to other Schools, one or more Schools, which shall be subject to the same

fiées par des examinateurs de la même confession; les protestants de chaque ville ont des privilèges semblables en ce qui a trait aux écoles contrôlées par les commissions scolaires protestantes.

À l'extérieur de Montréal et de Québec il existait des écoles communes dans chaque municipalité, lesquelles étaient également dirigées et contrôlées par des commissaires d'écoles. Ceux-ci étaient élus. Suivant l'arrêt *Hirsch*, précité, du Conseil privé, ces écoles étaient non-confessionnelles.

Dans ces municipalités les membres d'un groupe religieux minoritaire avaient le droit de créer une ou des écoles dissidentes dirigées et contrôlées par des syndics élus par eux. Ces écoles dissidentes étaient confessionnelles.

Le droit des protestants et des catholiques de diriger et de contrôler leurs propres écoles confessionnelles était donc reconnu par la loi au moment de l'Union.

Quant au financement, il provenait de trois sources: les subventions gouvernementales, les taxes et les frais de scolarité. Il n'est pas nécessaire de parler de ces derniers frais pour les fins de ce pourvoi.

Il existait un fonds des écoles communes duquel les commissaires et syndics d'écoles avaient le droit de recevoir une part proportionnelle.

Le paragraphe 1 de l'art. 24 stipulait:

24. Il sera du devoir du surintendant de l'éducation:

1. De recevoir du receveur-général toutes sommes d'argent affectées aux fins des écoles, et d'en faire la distribution entre les commissaires d'école et les syndics des diverses municipalités d'après les dispositions de la loi et proportionnellement au chiffre de leur population, telle que constatée par le dernier recensement pour le temps;

Pour ce qui est des syndics des écoles dissidentes, le par. 2 de l'art. 55 disposait:

2. Tels syndics seront soumis aux mêmes devoirs et auront les mêmes pouvoirs que les commissaires d'école, mais pour la régie des écoles sous leur contrôle seulement; et les dits habitants dissidents pourront établir, par l'intermédiaire des dits syndics, en la manière prescrite quant aux autres écoles, une ou plusieurs écoles, qui seront soumises aux mêmes dispositions, devoirs et

provisions, duties and supervision, and they shall be entitled to receive from the Superintendent or from the School Commissioners, a sum out of the general or local School Fund, proportionate to the dissentient population they represent;

surveillance, et ils auront droit de recevoir du surintendant ou des commissaires d'école leur part du fonds général ou local des écoles, en proportion du chiffre de la population dissidente qu'ils représentent;

Reference should also be made to s. 57(3), which for the same trustees and the same dissentient schools, established a proportionality on the basis not of population but of the number of children attending the schools:

Il faut citer en outre le par. 3 de l'art. 57 qui, pour les mêmes syndics et les mêmes écoles dissidentes, établissait la proportionnalité sur la base non pas de la population mais sur la base du nombre d'enfants fréquentant les écoles:

3. The said Trustees shall be a Corporation for the purposes of their own dissentient Schools and School Districts, and shall be entitled to receive, from the Superintendent of Education, shares of the General School Fund, bearing the same proportion to the whole sums allotted from time to time to such Municipality as the number of children attending such Dissentient Schools bears to the entire number of children attending School in such Municipality at the same time, and a similar share of the building fund;

3. Les dits syndics seront une corporation pour les fins de leurs propres écoles dissidentes et arrondissements d'école, et auront droit de recevoir du surintendant de l'éducation des parts du fonds général des écoles ayant la même proportion vis-à-vis du montant entier des sommes accordées de temps à autre à la dite municipalité que le nombre des enfants fréquentant les dites écoles dissidentes a vis-à-vis du nombre entier des enfants assistant à l'école à la fois dans la dite municipalité, et une semblable part du fonds de construction;

The commissioners and trustees had a duty to levy taxes in an amount equal to the grants received from the common schools fund. They further had the power to levy any additional sum. This is indicated in ss. 73 and 74:

Les commissaires et les syndics avaient l'obligation de prélever des taxes pour un montant égal aux subventions reçues à même le fonds des écoles communes. Ils avaient en outre le pouvoir de prélever toute somme additionnelle. Ce sont les art. 73 et 74:

73. It shall be the duty of the School Commissioners and of the Trustees of Dissentient Schools, in their respective Municipalities, to cause to be levied by assessment and rate, in each Municipality, a sum equal to that allowed out of the Common School Fund (for such Municipality,) and to report their proceedings in this respect to the Superintendent of Education; and to enable them to receive from the said Superintendent their share of the Common School Fund, they must furnish him with a declaration from their Secretary-Treasurer, that he has actually and *bonâ fide* received, or that he has placed in the hands of the School Commissioners or Trustees for the purposes of this Act, a sum equal to the said share accruing to such Commissioners or Trustees.

73. Il sera du devoir des commissaires d'école et des syndics des écoles dissidentes, dans leurs municipalités respectives, de faire prélever, par voie de répartition et cotisation dans chaque municipalité, une somme égale à celle allouée à telle municipalité sur le fonds commun des écoles, et de faire rapport de leurs procédés à cet égard au surintendant de l'éducation; et les commissaires d'école, pour recevoir leur part du fonds commun des écoles du surintendant de l'éducation, devront lui fournir une déclaration du secrétaire-trésorier, portant qu'il a actuellement et de bonne foi reçu, ou qu'il a mis entre les mains des commissaires ou syndics d'école pour les fins de cet acte, une somme égale à la part afférente aux dits commissaires ou syndics.

74. The School Commissioners or Trustees of Dissentient Schools may cause to be levied by assessment and rate, such additional sum beyond that which they are directed to levy by the next preceding section as they think it necessary to raise for the support of the Schools under their control; and this provision extends to the Cities of Quebec and Montreal.

74. Les commissaires d'école ou les syndics des écoles dissidentes feront prélever, par voie de répartition et cotisation, telle somme additionnelle en sus de celle qu'il leur est prescrit de prélever par la section précédente, qu'ils croiront nécessaire pour le soutien des écoles sous leur contrôle; et cette disposition s'applique aussi aux cités de Québec et Montréal.

Under section 131, school commissions in Montréal and Québec were also entitled to receive a share of the common schools fund; however, they did not impose a tax corresponding to the grants made to them. Instead, the treasurer of the city was required, from the funds held by him, to "pay to the respective Boards of School Commissioners of such City, and in proportion to the population of the religious persuasion represented by such Boards respectively, a sum equal in amount to that apportioned to such City out of the Common School Fund [. . .]".

However, as provided in s. 74 cited above, Montréal and Québec commissioners had the power to levy "such additional sum [. . .] as they think it necessary to raise for the support of the Schools under their control".

Those, then, were the rights of the school commissioners and trustees over financing, grants and taxation which respondents alleged were prejudicially affected by the *1979 Act*.

Issue

Based on the submissions of the parties, and the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, I may summarize the objections made by respondents to this statute as follows:

1. they no longer have the right to determine the level of their expenses themselves: it is the Minister of Education who in his sole discretion, after merely consulting with school commissioners, sets the level of the expenses which can be covered by grants;

2. the Act does not provide for grants as of right;

3. the right to grants being made on a proportional basis has been abolished;

4. the power to tax beyond the given ceiling is limited, if not completely abolished for all practical purposes, because of the requirement that the approval of the electors be obtained by referendum.

Suivant l'article 131, les commissions scolaires de Montréal et de Québec avaient, elles aussi, le droit de recevoir une part du fonds des écoles communes. Mais elles n'imposaient pas de taxe correspondant aux subventions qui leur étaient afférentes. Au lieu et place, le trésorier de la cité était tenu, à même les deniers de sa caisse, «de payer aux bureaux respectifs des commissaires d'écoles de telle cité, et proportionnellement au chiffre de la population de la croyance religieuse représentée par les dits bureaux respectivement, une somme égale à celle afférente à la dite cité sur les fonds des écoles communes, [. . .]».

Cependant, les commissaires de Montréal et de Québec avaient, comme le stipule l'art. 74 précité, le pouvoir de prélever «telle somme additionnelle [. . .] qu'ils croiront nécessaire pour le soutien des écoles sous leur contrôle».

Tels étaient donc les droits des commissaires et des syndics d'écoles en matière de financement, de subvention et de taxation que les intimés disent affectés de façon préjudiciable par la *Loi de 1979*.

Le fond du litige

M'inspirant des mémoires des parties, de l'arrêt de la Cour d'appel et du jugement de la Cour supérieure, je résume ainsi les griefs des intimés à l'encontre de cette loi:

1. Ils n'ont plus le droit de déterminer eux-mêmes le niveau de leurs dépenses. C'est le ministre de l'Éducation qui établit à sa seule discrétion, après simple consultation avec les commissions scolaires, le niveau des dépenses qui devront être couvertes par des subventions.

2. La loi ne pourvoit pas à des subventions de plein droit.

3. Le droit à ce que les subventions soient octroyées sur une base proportionnelle a été supprimé.

4. Le pouvoir de taxer au-delà du plafond indiqué est restreint, sinon inexistant à toutes fins pratiques, à cause de l'obligation d'obtenir l'approbation des électeurs par voie de référendum.

The first objection contains two propositions which need to be treated separately. It is true that the level of expenses which will be covered by grants is set by the Minister of Education in his sole discretion, after merely consulting with school boards. It is the Minister who determines the total amount allocated, which he submits to the Conseil du trésor for approval, and expenditure of which will eventually be authorized by the legislature. The Court was not shown that the situation under the *1861 Act* was different. That Act is silent as to how the common schools fund was to be made up, and one has to conclude that it was fixed by the government and voted on by the legislature.

On the other hand, what the Minister fixes in his budgetary rules is the amount of the expenses which will be eligible for grants, not the amount of the expenses of school boards and trustees. The latter are free to set their expenses at the level they consider necessary, but they will have to impose taxes for any amount exceeding the grants. I will of course return to the question of the taxing power. This first objection is without foundation.

The second objection is also invalid, in my opinion. The *1979 Act* does not use the same language as the *1861 Act*. The latter imposed on the Superintendent of Education a duty to distribute (s. 24(1)) and conferred on commissioners and trustees a right to receive their share (ss. 55(2); 57(3); 131; 133). However, when s. 15.1 of the *Education Act* says that the Minister shall make budgetary rules to determine the amount of expenses allowable for grants to be paid to school boards, to regional boards and to the Conseil de l'île de Montréal, this includes them all and means that grants must be paid to them.

Respondents' third objection must be upheld. As we have seen, the relevant sections of the *1861 Act* all spoke of proportionality. In sections 24(1), 55(2) and 131 the proportion is based on population, while in s. 57(3) it is based on the number of children attending school. Given the existence of these provisions, it is difficult to determine which should prevail. F. Chevrette, H. Marx and A.

Le premier grief renferme deux propositions qu'il faut dissocier. Il est vrai que c'est le ministre de l'Éducation qui établit à sa seule discrétion, après simple consultation avec les commissions scolaires, le niveau des dépenses qui devront être couvertes par des subventions. C'est le ministre en somme qui détermine le montant global alloué qu'il soumet à l'approbation du Conseil du trésor et dont la dépense sera éventuellement autorisée par la législature. Il ne nous a pas été démontré qu'il en était autrement en vertu de la *Loi de 1861*. Cette dernière loi est muette au sujet de la détermination du fonds des écoles communes et il faut conclure que c'était le gouvernement qui l'établissait et la législature qui le votait.

Par ailleurs, ce que le ministre établit par ses règles budgétaires, c'est le montant des dépenses qui sera admis aux subventions et non pas le montant des dépenses des commissions scolaires et des syndics. Ces derniers sont libres d'établir leurs dépenses au niveau qu'ils jugent nécessaire quitte à taxer pour ce qui excède les subventions. Bien entendu, je reviendrai plus loin sur le pouvoir de taxer. Ce premier grief est mal fondé.

Le second grief est également mal fondé à mon avis. La *Loi de 1979* n'emploie pas le même langage que la *Loi de 1861*. Cette dernière loi imposait au surintendant de l'éducation le devoir de distribuer (art. 24, par. 1) et conférait aux commissaires et aux syndics le droit de recevoir leur part (art. 55, par. 2; 57, par. 3; 131; 133). Mais, quand l'art. 15.1 de la *Loi sur l'instruction publique* dit que le ministre doit établir des règles budgétaires pour déterminer le montant des dépenses admissible aux subventions à verser aux commissions scolaires, aux commissions scolaires régionales et au conseil de l'île de Montréal, cela les comprend tous et veut dire que des subventions doivent leur être versées.

Sur le troisième grief il faut donner raison aux intimés. Comme on l'a vu, les articles pertinents de la *Loi de 1861* parlaient tous de proportionnalité. Aux articles 24, par. 1, 55, par. 2 et 131 la proportion est fonction de la population, tandis qu'à l'art. 57, par. 3 elle est fonction du nombre d'enfants qui fréquentent l'école. En présence de ces textes il est difficile de déterminer laquelle doit

Tremblay, in their study cited above, appear to adopt the latter position when, discussing dissentient schools, they cite s. 57(3). At page 44 of their study, they write:

[TRANSLATION] The 1861 Lower Canada statute gave the trustees of dissentient schools a right to a share in public funds proportional to the number of students attending those schools in relation to the total number of students in a given school municipality.

This position seems more plausible in light of, for example, s. 90 of the *1861 Act*, which makes it a condition of receiving a grant that a school is attended by at least fifteen children. This establishes a connection between the grant and attendance.

In any case, I do not think that this point is conclusive. Proportionality is more significant. Whether on the basis of total population or that of school attendance, the principle of a fair and non-discriminatory distribution is recognized.

The *Act respecting grants to school boards*, R.S.Q., c. S-36, which provides for grants to be made for special purposes such as the costs of administration and maintenance and payment of teaching personnel, fixes such grants on a basis of so much per student.

I do not doubt that the legislator intended that the Minister's budgetary rules should be based on proportionality, and the grants are established on a proportional basis, as was indicated at the hearing. However, while the *1861 Act* provided this expressly, it is not stated by s. 15.1 of the *Education Act*. In my opinion, it is a right conferred by law at the time of the Union, which is protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

The fourth objection relates essentially to the referendum. While the *1861 Act* authorized all school commissions, including those of Montréal and Québec, to levy any additional sum (s. 74), under the *1979 Act* a school board may still levy any amount which it considers necessary, but beyond the ceiling indicated above the tax required

prévaloir. F. Chevrette, H. Marx et A. Tremblay dans leur étude précitée, semblent adopter la dernière hypothèse alors que traitant des écoles dissidentes ils citent le par. 3 de l'art. 57. Ils écrivent à la p. 44 de leur étude:

La loi du Bas-Canada de 1861 donnait en effet aux syndics des écoles dissidentes le droit à une part des fonds publics proportionnelle au nombre d'élèves fréquentant ces écoles par rapport aux nombre total d'élèves dans une municipalité scolaire donnée.

Cette hypothèse paraît plus plausible en regard par exemple de l'art. 90 de la *Loi de 1861* qui pose comme condition pour recevoir une allocation, qu'une école ait été fréquentée par au moins quinze enfants. On établit par là un rapport entre l'allocation et la fréquentation.

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que cette question soit déterminante. Ce qui importe davantage c'est la proportionnalité. Qu'elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est reconnu d'une répartition équitable et sans discrimination.

La *Loi sur les subventions aux commissions scolaires*, L.R.Q., chap. S-36, qui pourvoit à des subventions pour des fins particulières tels les frais d'administration et d'entretien, la rémunération du personnel enseignant, établit ces subventions sur une base de tant par élève.

Je ne doute pas que ce soit l'intention du législateur que les règles budgétaires du ministre respectent la proportionnalité et que les subventions sont établies proportionnellement comme il nous a été indiqué à l'audience. Mais, alors que la *Loi de 1861* le stipulait expressément, l'art. 15.1 de la *Loi sur l'instruction publique* ne le dit pas. C'est là à mon avis un droit conféré par la loi lors de l'Union et que protège l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le quatrième grief se rapporte en somme au référendum. Alors que la *Loi de 1861* autorisait toutes les commissions scolaires, y compris celles de Montréal et de Québec, à prélever toute somme additionnelle (art. 74), par l'effet de la *Loi de 1979* une commission scolaire peut encore prélever toute somme qu'elle estime nécessaire mais au-

must be submitted to the electors for approval in a referendum.

This duty to hold a referendum is challenged on three grounds.

(a) There was no such condition in 1867 limiting the taxing power of commissioners and trustees. The mere fact of imposing it has the effect of prejudicially affecting their power.

(b) The procedure is so cumbersome and costly, apart from the risk that the electors may well be unwilling to approve a surtax affecting them, that in practice it would be almost unrealistic to think of using it, and this accordingly constitutes an impediment to the taxing power.

(c) Any elector would be entitled to vote in such a referendum, whether or not his religious affiliation is that of the school board in question.

The principle of a referendum itself is not in my view such as to constitute an infringement of the taxing right, making the legislation unconstitutional. There is no limit on the taxing right. It is only that the legislator has thought it proper to confer a supervisory power on persons who, in fact, are members of the class of persons whose rights are protected. I adopt the following passage from the reasons of Vallerand J.A., dissenting in the Court of Appeal (at p. 385):

[TRANSLATION] It is true that beyond certain taxing limits the impugned legislation provides for recourse to a referendum, and that appellants argued that this is such a serious obstacle that for all practical purposes it constitutes an impediment. I cannot share their anxiety. In fact, I have the impression that the alleged constitutional guarantees are being claimed for representatives and mandataries against their electors and mandators, who are the sole beneficiaries of those guarantees.

In a very comprehensive study, *De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec*, September 1984, prepared for the Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, its director, Professor Pierre Carignan, comments on the Court of Appeal's decision.

delà du plafond déjà indiqué, la taxe requise doit être soumise à l'approbation des électeurs par voie de référendum.

Cette obligation de tenir un référendum est attaquée sous trois rapports:

a) Aucune telle condition ne venait, en 1867 contrôler ainsi le pouvoir de taxer des commissaires et des syndics. Le seul fait de l'imposer a pour effet d'affecter leur pouvoir de façon préjudiciable.

b) La procédure est si lourde et si coûteuse, sans compter le risque que les électeurs soient peu enclins à approuver une surtaxe qui les affecte, qu'il serait à peu près irréaliste de songer à y recourir en pratique, ce qui constitue en conséquence une entrave au pouvoir de taxer.

c) Aurait droit de vote à un pareil référendum tout électeur, peu importe qu'il soit de la dénomination religieuse ou non de la commission scolaire concernée.

Le principe même d'un référendum n'est pas à mon avis de nature à constituer une violation du droit de taxer qui entraîne l'inconstitutionnalité de cette législation. Il n'y a pas de limite au droit de taxer. Il y a seulement que le législateur a jugé à propos de conférer un contrôle aux personnes qui, en définitive, sont les membres de cette classe de personnes dont les droits sont protégés. Je fais mien le passage suivant des motifs du juge Vallerand, dissident en Cour d'appel (à la p. 385):

Il est vrai qu'au-delà de certaines frontières fiscales la loi reprochée prescrit le recours au référendum et que les appelants ont voulu trouver là un obstacle à ce point sérieux qu'il constitue à toutes fins pratiques un empêchement. Je ne puis partager leur angoisse. A vrai dire j'ai l'impression qu'on revendique de prétendues garanties constitutionnelles pour les élus et mandataires à l'encontre de leurs électeurs et mandants qui seuls pourtant en sont les bénéficiaires.

Dans une étude très fouillée, *De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec*, Septembre 1984, préparée pour le Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, le professeur Pierre Carignan, qui en est le directeur, commente l'arrêt de la Cour d'appel.

He asks himself the following question at p. 130:

[TRANSLATION] Did the Quebec National Assembly, by reducing the taxing power of school boards, prejudicially affect a right enjoyed by a particular class of persons by law at the time of the Union with respect to denominational schools?

At pages 131-32 he writes:

[TRANSLATION] There are various aspects of the question above stated. For the purposes of this study, its interest lies in the fact that, in answering it, the collective nature of the constitutionally entrenched rights has to be kept in mind. With this in mind Trotier J., of the Superior Court, gave a negative answer. So did Vallerand J.A. in the Court of Appeal, but his brothers Malouf and Kaufman JJ.A. opted for the affirmative. In his reasons, Malouf J.A. recognized that the rights at issue were collective in nature. He considered that commissioners and trustees represent classes of persons. Having said that, however, he appears to have reasoned as if they were the real beneficiaries of the constitutional protection. The reduction in the latter's taxing powers led him to conclude that the disputed provisions were unconstitutional. In the case of Kaufman J.A., it seems even clearer that he regarded the constitutional protection as pertaining to the boards themselves, even as capable of being maintained against the electors. In his view, the requirement of approval by the electors infringed on the constitutionally entrenched rights of the commissioners and trustees.

There is then this conclusive passage, at pp. 132-33:

[TRANSLATION] This position is, to say the least, surprising. The constitutional protection exists for the benefit of religious communities. More specifically, it benefits Roman Catholics and Protestants in the cities of Montréal and Québec and dissentients outside those cities. Accordingly, commissioners and trustees are only the representatives of the real beneficiaries. Moreover, if one refuses to lift the veil of legal entity and regards the school boards as the ultimate holders of the taxing right, since the latter do not constitute a class of persons they are not in a position to invoke the constitutional protection.

The judges in the majority on the Court of Appeal did not specifically rule on respondents' second ground of challenge to the referendum, namely the cumbersome and costly nature of the procedure and the small likelihood of its success.

À la page 130 il se pose la question suivante:

En réduisant le pouvoir de taxation des organismes scolaires, l'Assemblée nationale du Québec a-t-elle porté atteinte de façon préjudiciable à un droit qu'une classe particulière de personnes possédait en vertu de la loi au moment de l'avènement de la confédération relativement à des écoles confessionnelles?

Aux pages 131 et 132 il écrit:

La question posée plus haut présente diverses facettes. Pour les fins de la présente étude son intérêt réside en ceci qu'il importe, en y apportant une réponse, de garder à l'esprit le caractère collectif des droits constitutionnalisés. Tenant compte de ce caractère, monsieur le juge Trotier, de la Cour supérieure, a répondu par la négative. Ainsi en est-il, en cour d'appel, de l'honorable juge Vallerand, mais ses collègues, les honorables juges Malouf et Kaufman ont opté pour l'affirmative. Dans ses notes, l'honorable juge Malouf admet le caractère collectif des droits en jeu. Pour lui, en effet, commissaires et syndics représentent des classes de personnes. Mais cette admission faite, il paraît raisonner comme s'ils étaient les véritables bénéficiaires de la protection constitutionnelle. Du fait de la réduction de leur pouvoir de taxation, il conclut à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Quant à l'honorable juge Kaufman, il semble encore plus clair qu'il reconnaît la protection constitutionnelle aux organismes eux-mêmes et cela à l'encontre même des électeurs. En effet, selon lui, l'appel à l'approbation des électeurs porte atteinte aux droits constitutionnalisés des commissaires et des syndics.

Suit aux pages 132 et 133 ce passage concluant:

Cette position est, pour le moins, surprenante. En effet, la protection constitutionnelle joue en faveur de collectivités religieuses. Plus précisément, elle bénéficie aux catholiques romains et aux protestants dans les villes de Montréal et de Québec et aux dissidents en dehors de ces villes. Commissaires et syndics ne sont donc que les représentants des véritables bénéficiaires. D'ailleurs, si, refusant de lever le voile de la personnalité morale, on voyait dans les organismes scolaires les titulaires ultimes du droit de taxation, ces derniers, ne constituant pas une classe de personnes, ne sauraient invoquer la protection constitutionnelle.

Les juges de la majorité de la Cour d'appel ne se sont pas prononcés de façon spécifique sur le deuxième rapport sous lequel les intimés attaquent le référendum, à savoir la lourdeur et le coût de la procédure ainsi que son peu de chance de succès.

The trial judge, who heard the evidence presented by respondents in this regard and not rebutted, wrote the following at p. 350 of his judgment:

[TRANSLATION] The cost will undoubtedly be high, and it will be a source of inconvenience to school administrators, but the National Assembly probably considered that greater democratization of relations between governors and governed justified this.

Although the effect of the provisions in these sections is to reduce administrative autonomy, they do not in our opinion constitute the "prejudicial effect" referred to in s. 93. The fiscal field (grants and taxation) remains the same: the taxing right has not been abolished, but its exercise is entrenched in a procedure which the sovereign power has a right to impose.

The trial judge noted that the referendum would be a source of inconvenience, but he nevertheless concluded that such a constraint did not prejudicially affect the rights guaranteed to respondents. Not all interferences will make legislation constitutionally invalid.

In *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation, supra*, it states at p. 81:

It is possible that an interference with a legal right or privilege may not in all cases imply that such right or privilege has been prejudicially affected.

In *Tiny, supra*, there is the following passage at p. 389:

It is indeed true that power to regulate merely does not imply a power to abolish. But the controversy with which this Board has to deal on the present occasion is a long way from abolition. It may be that the new laws will hamper the freedom of the Roman Catholics in their denominational schools. They may conceivably be or have been subjected to injustice of a kind that they can submit to the Governor-General in Council, and through him to the Parliament of Canada. But they are still left with separate schools, which are none the less actual because the liberty of giving secondary and higher education in them may be abridged by regulation.

The school boards retain the power of taxing without limit, subject to the requirement that they submit the tax to a referendum in certain cases,

Le juge de première instance qui a entendu la preuve offerte par les intimés à ce sujet, non contredite du reste, écrit ce qui suit à la p. 350 de son jugement:

Certes, le coût en sera élevé et il sera source d'inconvénients pour les administrateurs scolaires, mais l'Assemblée nationale a probablement considéré qu'une plus grande démocratisation des rapports entre administrateurs et administrés le justifiait.

Même si les dispositions de ces articles entraînent une réduction d'autonomie administrative, elles ne constituent pas à notre avis le «préjudice» prévu à l'article 93. Le champ fiscal (subvention et taxation) demeure le même: le droit de taxer n'est pas prohibé, mais son exercice est enchâssé dans une modalité que le pouvoir souverain a droit d'imposer.

Le juge de première instance constate que le référendum sera source d'inconvénients mais il n'en conclut pas pour autant que cette contrainte affecte de façon préjudiciable les droits garantis des intimés. Tous les inconvénients ne vont pas entraîner l'invalidité constitutionnelle d'une disposition législative.

Dans l'arrêt *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, précité, on peut lire à la p. 81:

[TRADUCTION] Un empiétement sur un droit ou un privilège peut ne pas toujours signifier qu'il y a eu atteinte préjudiciable à ce droit ou privilège.

Dans l'arrêt *Tiny*, précité, on trouve le passage suivant, à la p. 389:

[TRADUCTION] En effet, il est vrai que le simple pouvoir de réglementer ne sous-entend pas le pouvoir d'abolir. Toutefois, la controverse avec laquelle cette commission est aux prises en l'espèce est loin de l'abolition. Il se peut que les nouvelles lois entravent la liberté des catholiques romains face à leurs écoles confessionnelles. Il se peut bien qu'ils aient été l'objet d'un type d'injustice dont ils peuvent se plaindre au gouverneur général en conseil et par son entremise au Parlement du Canada. Toutefois, ils conservent des écoles séparées qui sont néanmoins réelles parce que la liberté d'y offrir un enseignement secondaire et supérieur peut être limitée par règlement.

Les commissions scolaires conservent le pouvoir de taxer sans limite sujet à soumettre la taxe à un référendum dans certains cas, mais il n'a pas été

but it was not shown that this was impractical and constituted a denial of the right.

The same cannot be said of the third ground of challenge to the referendum, namely that in some cases any elector would be entitled to vote, whether or not he was of the religious affiliation of the school board in question.

At page 349, the trial judge wrote:

[TRANSLATION] Furthermore, all electors would be entitled to vote in such a referendum. For the meaning of the word "elector", reference is made to s. 82 of the *Education Act*:

(...)

(1) to be at least 18 years of age and a Canadian citizen;

(2) to be domiciled in the school municipality or to be the owner of real estate or of a building and to be entered as such on the valuation roll; and

(3) not to be affected by any legal incapacity other than minority.

(...)

Thus, Bill 57 would give the right to vote to persons who are not property owners and do not pay taxes. Some electors might even be of a religious affiliation other than the school board which had ordered such a referendum to be held.

The trial judge disposed of this argument as follows, at p. 350:

[TRANSLATION] Moreover, the argument of plaintiffs regarding the persons allegedly entitled to vote in the referendum has to be qualified. They omitted to cite s. 83 of the *Education Act*, which is none other than the old s. 56(3) of the 1861 Act, and which contains a limitation on the electoral qualification made by s. 82 cited above:

83. In any municipality in which there are school trustees, no dissentient may vote at the election of school commissioners and only dissentients may vote at the election of school trustees.

The same will be true for the referendum, and the same limitation is provided for. The new s. 567 confirms this:

When a tax is submitted to the approval of the electors, the vote shall be taken in accordance with sections 567.1 to 567.4 and sections 83 to 88, 90 to 143, 537 and 538 apply, *mutatis mutandis*, when the vote is held.

démontré que celui-ci était impraticable et avait pour effet de nier le droit.

Il en va autrement du troisième aspect contesté du référendum qui fait qu'en certains cas aurait droit de vote tout électeur, peu importe qu'il soit de la dénomination religieuse ou non de la commission scolaire concernée.

Le juge de première instance écrit à la p. 349:

Au surplus, tous les électeurs auraient droit de voter à un tel référendum. Pour connaître la signification du mot «électeur», ils en réfèrent à l'article 82 de la *Loi sur l'instruction publique*:

(...)

1. avoir au moins 18 ans et être citoyen canadien;

2. être domicilié dans la municipalité scolaire, ou être propriétaire d'un bien-fonds ou d'un bâtiment et être inscrit comme tel au rôle d'évaluation; et

3. n'être frappé d'aucune incapacité légale autre que la minorité.

(...)

Ainsi, la Loi 57 donnerait le droit de vote à des personnes qui ne sont pas propriétaires et ne paient pas de taxes. Il peut même arriver que certains électeurs soient d'une croyance religieuse autre que la commission scolaire qui aurait décrété la tenue d'un tel référendum.

Le juge de première instance dispose de ce moyen en ces termes, à la p. 350:

De plus, l'argument des demandeurs relatif aux personnes qui auraient droit de vote au référendum mérite d'être nuancé. Ils omettent de citer l'article 83 de la *Loi sur l'instruction publique* qui n'est autre que l'ancien article 56 paragr. 3 de la loi de 1861 et qui comporte une restriction au sens électoral établi par l'article 82 ci-haut cité:

Art. 83: Dans toute municipalité où il y a des syndics d'écoles, les dissidents ne peuvent voter à l'élection des commissaires d'écoles et peuvent seuls voter à l'élection des syndics d'écoles.

Or, ce sera la même chose pour le référendum et la même restriction est prévue. Le nouvel article 567 le confirme:

Quand la taxe est soumise à l'approbation des électeurs, le vote est pris suivant les articles 567.1 à 567.4, et les articles 83 à 88, 90 à 143, 537 et 538 s'appliquent, en les adaptant, lors de la tenue du vote.

Before examining this reasoning by the trial judge, one point should be made. The judge referred only to s. 567, which applies to the Island of Montréal. It should be noted that the situation is no different in the remainder of the Province. Section 396 of the *Education Act*, enacted by s. 362 of the *1979 Act*, is to the same effect as s. 567, and provides *inter alia* that when a tax is submitted to the approval of the electors s. 83 regarding dissentients applies.

The reason given by the trial judge is a valid one in the case of dissentients, who will be the only ones entitled to vote in a referendum affecting their schools; but it does not solve the problem as regards Catholic and Protestant school boards.

To take an example, an Island of Montréal school board might decide on an expenditure making it necessary to impose a tax exceeding the ceiling. The Island of Montréal has a single budget, including the budgets of all school boards (s. 519 of the *Education Act*). In the case of a referendum, the electoral list is prepared for the whole Island of Montréal (s. 567.1). Section 567.3 provides:

567.3 The following shall be printed on the ballot papers:

Do you approve the levy of a tax at the rate of (*x*) cents per hundred dollars of the standardized assessment of the taxable property of the island of Montreal?

1	YES
2	NO

NOTE: That rate corresponds to (*y*) per cent of the net expenses of the Conseil scolaire de l'île de Montréal for the school year (*insert here the taxation year*).

This means that the increase in tax occasioned by a particular school board is subject to approval by all the electors in the Island of Montréal. It follows that the school board in question may have its decision rejected or approved by the vote of electors who are not subject to its administration. This in my opinion is a prejudicial invasion of the powers guaranteed by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Under the *1861 Act*, school commissioners and trustees had the power to levy taxes "in their respective municipalities". Catholic and

Avant d'examiner ce motif du juge de première instance il convient d'apporter une précision. Le juge ne cite que l'art. 567 lequel s'applique à l'île de Montréal. Je signale que pour le reste du territoire la situation n'est pas différente. En effet l'art. 396 de la *Loi sur l'instruction publique* édicté par l'art. 362 de la *Loi de 1979* est au même effet que l'art. 567 et porte notamment que quand la taxe est soumise à l'approbation des électeurs l'art. 83 relatif aux dissidents s'applique.

Le motif retenu par le juge de première instance vaut pour les dissidents qui seuls auront le droit de voter au référendum concernant leurs écoles. Mais cela ne solutionne pas la difficulté en ce qui touche les commissions scolaires catholiques et protestantes.

Je prends pour exemple une commission scolaire de l'île de Montréal qui déciderait d'une dépense nécessitant l'imposition d'une taxe qui excède le plafond. Il n'y a pour l'île de Montréal qu'un seul budget qui englobe les budgets de toutes les commissions scolaires (art. 519 de la *Loi sur l'instruction publique*). Dans le cas d'un référendum la liste électorale est dressée pour toute l'île de Montréal (art. 567.1). L'article 567.3 dispose:

567.3 Les bulletins de vote portent les inscriptions suivantes:

Approuvez-vous l'imposition d'une taxe au taux de (*x*) cents par cent dollars de l'évaluation uniformisée des biens imposables de l'île de Montréal?

1	OUI
2	NON

NOTE: Ce taux correspond à un taux de (*y*) pour cent des dépenses nettes du Conseil scolaire de l'île de Montréal pour l'année scolaire (*inscrire ici l'année scolaire*).

Ceci signifie que l'augmentation de taxe occasionnée par une commission scolaire donnée est soumise à l'approbation de tous les électeurs de l'île de Montréal. Il s'ensuit que la commission scolaire en cause peut voir sa décision rejetée ou approuvée par l'effet du vote d'électeurs qui ne sont pas de ses administrés. C'est là à mon avis une atteinte préjudiciable aux pouvoirs garantis par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les commissaires et les syndics d'écoles avaient en vertu de la *Loi de 1861* le pouvoir de prélever des

Protestant commissioners in Montréal and Québec and the trustees of dissentient schools had the power to levy such taxes on their Catholic or Protestant populations, as the case might be. It is a prejudicial invasion of the rights and privileges of classes of persons encompassed by s. 93 to subject the exercise of the power of a school board to decide on an expense requiring a tax, to the approval of all electors in the Island of Montréal, whatever school board they belong to and whatever their religious affiliation.

For this reason, the provisions regarding the referendum must be held *ultra vires* and void.

Appellant's Alternative Argument

The Attorney General submitted the following alternative argument:

[TRANSLATION] If the impugned provisions [. . .] were unconstitutional, this could only be the case with respect to Catholics and Protestants exercising the right of dissent, and those in the territories of Québec and Montréal in 1867, with respect to elementary schools.

As a result, he argued, if some or all of the provisions of the *1979 Act* were to be held contrary to s. 93, the unconstitutionality should take the form of making those provisions inapplicable or inoperative, not invalid.

In my opinion, it is not necessary for the purposes of this appeal to determine whether the provisions of s. 93 apply, in respect of Québec and Montréal, only at the level of elementary education and in the territories of those two cities, as they existed in 1867. If this were in fact true, how could the confusion ever be sorted out? On this point I agree with counsel for respondents Greater Hull School Board *et al.*, who wrote in their submission:

In these circumstances, if the legislation offends against the provisions of Section 93, but only in respect of certain levels of schools or geographic areas, it would be for the National Assembly to decide whether, given the scope and intent of the legislation, it should be re-enacted in some more limited form.

taxes «dans leurs municipalités respectives». Les commissaires catholiques et protestants à Montréal et à Québec et les syndics d'écoles dissidentes avaient le pouvoir de prélever telles taxes de leurs administrés catholiques ou protestants selon le cas. C'est une atteinte préjudiciable aux droits et privilèges des classes de personnes visées à l'art. 93 que de soumettre l'exercice du pouvoir d'une commission scolaire de décider d'une dépense nécessitant une taxe, à l'approbation de tous les électeurs de l'île de Montréal quelle que soit la commission scolaire à laquelle ils appartiennent et quelle que soit leur dénomination religieuse.

Pour ce motif les dispositions relatives au référendum doivent être déclarées *ultra vires* et nulles.

Moyen subsidiaire de l'appelant

Le procureur général soumet le moyen subsidiaire suivant:

Si les dispositions incriminées [. . .] étaient inconstitutionnelles, ce ne pourrait être qu'à l'égard des catholiques et des protestants ayant exercé le droit de dissidence, de même qu'à ceux des territoires de Québec et de Montréal de 1867, relativement aux écoles élémentaires.

En conséquence, dit-il, si les dispositions de la *Loi de 1979* ou certaines d'entre elles devaient être jugées contraires à l'art. 93, l'inconstitutionnalité devrait prendre la forme d'une inapplicabilité et inopposabilité et non d'une invalidité.

Il n'est pas nécessaire à mon avis, pour les fins de ce pourvoi, de déterminer si les dispositions de l'art. 93 s'appliquent, quant à Québec et Montréal, uniquement au niveau élémentaire d'enseignement et aux territoires de ces deux villes, tels qu'ils étaient délimités en 1867. En fût-il ainsi en effet, comment démêler l'écheveau? Sur ce point je suis d'accord avec les procureurs des intimés Greater Hull School Board et autres, qui écrivent dans leur mémoire:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, si la loi contrevient aux dispositions de l'article 93, mais seulement en ce qui a trait à certains niveaux d'écoles ou certaines régions géographiques, il appartiendrait à l'Assemblée nationale de décider si, compte tenu de la portée et de l'intention de la loi, elle doit être adoptée de nouveau dans une forme plus limitée.

Conclusion

Because the disputed provisions omit to state that the grants must be distributed on a proportionate basis, and because in a referendum the will of a school board may be subject to the will of electors not within their districts, I conclude that these provisions must be found to be *ultra vires* and void. The provisions form a whole, and if those which deal with how grants are made and which govern approval by the electors are set aside, the other provisions fall as well.

To the constitutional question I would answer: ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499 and 500 of the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*, 1979 (Que.), c. 72, are *ultra vires* and void in whole.

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Lamer and Le Dain JJ. were delivered by

LE DAIN J.—I agree with the reasons for judgment of Mr. Justice Chouinard except for his conclusion concerning the validity of the requirement of referendum, apart from the question of who is eligible to vote. In my opinion, the requirement of approval by referendum for taxation in excess of 6 per cent of net expenditure or 25 cents per one hundred dollars of valuation prescribed in ss. 353 and 375 of the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*, 1979 (Que.), c. 72 (the "*Act of 1979*"), prejudicially affects, within the meaning of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, the right which the classes of persons in question had by law at Confederation to provide by taxation for the support of denominational schools.

Under the provisions of *An Act respecting Provincial Aid for Superior Education,—and Normal and Common Schools*, C.S.L.C. 1861, c. 15 (the "*Act of 1861*"), and in particular ss. 73 and 74 thereof, the classes of persons in question enjoyed the right to have their denominational schools managed by school commissioners or trustees

Conclusion

Parce que les dispositions contestées omettent de décréter que les subventions doivent être distribuées sur une base proportionnelle et parce qu'au cas de référendum la volonté d'une commission scolaire peut être assujettie à la volonté d'électeurs autres que ses administrés, je conclus que ces dispositions doivent être déclarées *ultra vires* et nulles. Ces dispositions forment un tout et si celles qui posent le principe des subventions et celles qui régissent l'approbation des électeurs sont annulées, les autres dispositions ne peuvent subsister.

À la question constitutionnelle je réponds: les art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499 et 500 de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, 1979 (Qué.), chap 72, sont *ultra vires* et nuls pour le tout.

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

Version française des motifs des juges Lamer et Le Dain rendus par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'accord avec les motifs de jugement du juge Chouinard, sauf pour ce qui est de sa conclusion sur la validité de l'obligation de tenir un référendum, indépendamment de la question de savoir qui a le droit de vote. À mon avis, on préjudicie, au sens du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au droit que la loi conférait aux classes de personnes en question à l'époque de la Confédération d'assurer une assiette fiscale aux écoles confessionnelles en imposant l'obligation de tenir un référendum pour obtenir l'approbation de la taxation qui excède 6 pour 100 de la dépense nette ou 25 cents par cent dollars d'évaluation aux termes des art. 353 et 375 de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, 1979 (Qué.), chap. 72 (la «*Loi de 1979*»).

En vertu des dispositions de l'*Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure,—et les écoles normales et communes*, S.R.B.C. 1861, chap. 15 (la «*Loi de 1861*»), et en particulier ses art. 73 et 74, les classes de personnes en question bénéficiaient du droit d'avoir leurs écoles confessionnelles gérées par des commissaires

having the power to determine the necessary level of expenditure for the support of such schools and the concomitant power, in order to meet such expenditure, to impose taxes in supplement of other revenue without limitation of amount or the necessity of referral to the ratepayers. It is this right or power of local self government with respect to denominational schools which, in my opinion, is protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, and is prejudicially affected by the requirement of approval by referendum.

I would agree that school commissioners or trustees are not themselves a class of persons contemplated by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, but they are the representatives of such a class for purposes of the management of denominational schools, and the rights of the class in respect of such management at Confederation are necessarily to be determined by reference to the powers of management conferred by law on school commissioners and trustees, through whom the class exercises its rights. It is for this reason that it is customary to refer, as in the reasons for judgment of the majority in the Quebec Court of Appeal, to the rights or powers of the school commissioners or trustees themselves in considering the rights of a class of persons under s. 93(1). See *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76, at pp. 80-81.

I would also agree that the rights contemplated by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, may be characterized as "collective rights", as suggested by Professor Carignan in his study, *De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec*, which is referred to by Mr. Justice Chouinard, although such characterization does not necessarily by itself yield obvious answers to the issues that arise under this provision of the Constitution. What the characterization does suggest, however, is that it is the interests of the class of persons or community as a whole in denominational education that is to be looked at and not the interests of the individual ratepayer. While the requirement of approval by referendum for taxation beyond severely limited amount may be said

ou des syndics d'écoles qui avaient le pouvoir de déterminer le niveau nécessaire des dépenses pour subvenir aux besoins de ces écoles et, pour faire face à ces dépenses, le pouvoir concomitant de prélever des taxes en plus des autres revenus sans montant limite ni sans qu'il soit nécessaire d'en référer aux contribuables. C'est ce droit ou pouvoir de gestion locale autonome relativement aux écoles confessionnelles qu'à mon avis, le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège et auquel l'obligation de tenir un référendum pour obtenir une approbation porte préjudice.

Je suis d'accord pour dire que les commissaires ou les syndics d'écoles ne constituent pas eux-mêmes une classe de personnes visée par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais ce sont les représentants de cette classe aux fins de la gestion des écoles confessionnelles et il faut nécessairement déterminer les droits de la classe à cet égard au moment de la Confédération par référence aux pouvoirs de gestion conférés en droit aux commissaires et syndics d'écoles par l'intermédiaire desquels la classe exerce ses droits. C'est pourquoi on parle habituellement, comme dans les motifs de jugement de la majorité en Cour d'appel du Québec, des droits ou pouvoirs des commissaires ou syndics d'écoles eux-mêmes quand on examine les droits d'une classe de personnes en vertu du par. 93(1). Voir *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76, aux pp. 80 et 81.

Je suis aussi d'accord pour dire qu'on peut qualifier les droits visés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de «droits collectifs», comme le suggère le professeur Carignan dans son étude, *De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec*, citée par le juge Chouinard, bien que cette qualification ne fournisse pas nécessairement en soi des réponses évidentes aux questions que soulève cette disposition de la Constitution. Ce que cette qualification suggère par contre, c'est qu'on doit prendre en considération les intérêts de la classe de personnes ou de la collectivité globalement en matière d'éducation confessionnelle et non les intérêts de chaque contribuable. Bien qu'on puisse dire que l'obligation de tenir un référendum pour obtenir l'appro-

to enlarge the democratic rights of the individual member of the class and to be a measure for the protection of his or her pocketbook, it is a measure or requirement which, because of its cost and uncertainty of outcome as indicated in the evidence, is prejudicial to the effective management of denominational schools in the interests of the class as a whole. In some cases the cost of holding a referendum could largely offset the additional revenue to be derived from the proposed taxes. The requirement of a referendum seriously undermines the responsibility of school commissioners or trustees for determination of the necessary level of expenditure for the schools under their jurisdiction by putting beyond their effective control the necessary power of taxation to meet such expenditure. Indeed, I agree with the conclusion that the requirement of approval by referendum renders the power to tax beyond the limit prescribed quite illusory. What is in issue here is not the theoretical scope of the democratic rights of a class of persons, viewed in the abstract, but the effective power of school commissioners and trustees to provide for and manage denominational schools in the interests of the class.

bation de la taxation au-delà d'un montant strictement fixé élargisse les droits démocratiques de chaque membre de la classe et revienne à protéger son portefeuille, c'est une mesure ou une obligation qui, à cause du coût et du résultat incertain de l'opération comme l'indique la preuve, porte préjudice à la gestion efficace des écoles confessionnelles selon les intérêts de l'ensemble de la classe. Dans certains cas, le coût de la tenue d'un référendum pourrait largement absorber le revenu additionnel provenant des taxes proposées. L'obligation de tenir un référendum mine sérieusement la responsabilité des commissaires ou syndics d'écoles quant à la détermination du niveau nécessaire des dépenses pour les écoles qui relèvent de leur compétence en mettant hors de leur contrôle réel le pouvoir de taxation nécessaire pour faire face à ces dépenses. Je suis bien d'accord avec la conclusion que l'obligation de tenir un référendum pour obtenir l'approbation rend tout à fait illusoire le pouvoir de taxer au-delà de la limite prescrite. Ce qui est en litige ici, ce n'est pas la portée théorique des droits démocratiques d'une classe de personnes, dans l'abstrait, mais le pouvoir réel des commissaires et syndics d'écoles de fournir et de gérer des écoles confessionnelles selon les intérêts de la classe.

The learned trial judge was of the view that by the application of s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867*, and the legislation in Upper Canada respecting separate schools at Confederation, the apparently unlimited and unqualified power of taxation conferred by s. 74 of the *Act of 1861* in Quebec was in fact qualified by a right of direct participation or consultation possessed by ratepayers which could be analogized to the requirement of approval by referendum laid down by the *Act of 1979*. With great respect, I am unable to agree with this conclusion. My own conclusion on this question may be briefly indicated. Section 93(2) of the *Constitution Act, 1867*, extends to the "Dissentient Schools" in Quebec, whether Roman Catholic or Protestant, all the "Powers, Privileges and Duties" which were conferred or imposed by law at Confederation on Roman Catholic "Separate Schools and School Trustees" (a further indication in the Constitution that the rights of the class are to be determined by reference to the rights or

Le savant juge de première instance était d'avis qu'en appliquant le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les lois du Haut-Canada relatives aux écoles séparées en vigueur à la Confédération, le pouvoir de taxation apparemment illimité et inconditionnel accordé par l'art. 74 de la *Loi de 1861* au Québec était en fait limité par un droit de participation ou de consultation directes appartenant aux contribuables qu'on pourrait rapprocher de l'obligation de tenir un référendum pour obtenir l'approbation, imposée par la *Loi de 1979*. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec cette conclusion. Ma propre conclusion sur ce point peut se résumer ainsi. Le paragraphe 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* étend aux «écoles dissidentes» du Québec, qu'elles soient catholiques romaines ou protestantes, tous les «pouvoirs, privilèges et devoirs» conférés ou imposés par la loi lors de la Confédération «aux écoles séparées et aux syndics d'écoles» des catholiques romains (une autre indication dans la Constitution

powers of school trustees). Section 7 of *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, 1863 (Can.), 26 Vict., c. 5 (the "*Act of 1863*"), conferred on the trustees of separate schools an unqualified power to provide for such schools by school rates or subscriptions and provided further that they should have, in respect of separate schools, all the "powers" possessed by the trustees of common schools under the Act relating to common schools. Section 27(10) of *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64 (the "*Act of 1859*"), imposed a "duty" on the trustees of common schools to provide for the salaries of teachers and all other expenses of the schools "in such manner as may be desired by a majority of the freeholders and householders . . . at the annual school meeting, or at a special meeting called for that purpose". It was apparently the words quoted that led the learned trial judge in the present case to conclude that the power to tax conferred by s. 74 of the *Act of 1861* in Quebec was in fact qualified by the right of the members of the class to vote upon proposed taxation at an annual or special meeting. Section 27(10) of the *Act of 1859* respecting common schools in Upper Canada went on, however, to confer on the trustees of common schools (and by operation of s. 7 of the *Act of 1863* respecting separate schools, on the trustees of the latter) an unqualified power to "assess and cause to be collected an additional rate, in order to pay the balance of the Teacher's salary and other expenses of such school". It is this power, and not the "duty" referred to earlier, that in my opinion was made applicable to the trustees of separate schools by the reference in s. 7 of the *Act of 1863* to the "powers" of the trustees of common schools. In any event, the words "in such manner as may be desired by a majority of the freeholders and householders" do not qualify the power to supplement revenue by taxation, but would appear rather to refer to determination of the forms or modes of raising revenue (subscription, fees or taxes) to be adopted for the support of the schools. Cf. *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, at p. 224. It is the power in s. 27(10) of the *Act of 1859* respecting common schools to levy an

que les droits de la classe doivent être déterminés par rapport aux droits ou pouvoirs des syndics d'écoles). L'article 7 de l'*Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, 1863 (Can.), 26 Vict., chap. 5 (la «*Loi de 1863*»), conférait aux syndics des écoles séparées un pouvoir illimité de subvenir aux besoins de ces écoles par des taxes d'écoles ou des souscriptions et il prévoyait en outre qu'ils devaient avoir tous les «pouvoirs» à l'égard des écoles séparées que les syndics des écoles communes possédaient en vertu de l'Acte concernant les écoles communes. Le paragraphe 27(10) de *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, chap. 64 (la «*Loi de 1859*»), imposait l'«obligation» aux syndics des écoles communes de payer le salaire des enseignants et toutes les autres dépenses des écoles [TRADUCTION] «de la manière que peut souhaiter une majorité des propriétaires fonciers . . . à la réunion annuelle de l'école ou à une réunion spéciale convoquée à cette fin». C'est apparemment ces citations qui ont amené le savant juge de première instance en l'espèce à conclure que le pouvoir de taxation conféré par l'art. 74 de la *Loi de 1861* au Québec était en fait limité par le droit des membres de la classe de voter sur la taxation proposée à une réunion annuelle ou spéciale. Le paragraphe 27(10) de la *Loi de 1859* relative aux écoles communes du Haut-Canada conférait également aux syndics des écoles communes (et selon l'art. 7 de la *Loi de 1863* relative aux écoles séparées, aux syndics de ces dernières) un pouvoir illimité [TRADUCTION] «d'évaluer et de faire prélever une cotisation additionnelle pour payer le solde du salaire de l'enseignant et les autres dépenses de cette école». C'est ce pouvoir et non «l'obligation» mentionnée précédemment qui, à mon avis, devenait applicable aux syndics des écoles séparées par la mention à l'art. 7 de la *Loi de 1863* des «pouvoirs» des syndics des écoles communes. De toute façon, les mots [TRADUCTION] «de la manière que peut souhaiter une majorité des propriétaires fonciers» ne limitent pas le pouvoir d'augmenter le revenu par la taxation, mais sembleraient plutôt renvoyer à la détermination du processus ou des modalités à adopter pour rassembler le revenu nécessaire (souscription, droits ou

"additional rate" which corresponds to the power conferred by s. 74 of the *Act of 1861* in Quebec to raise an "additional sum" by taxation. It follows, in my opinion, that s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867*, did not have the effect of qualifying the power to tax conferred by the *Act of 1861* by imposing a duty upon school commissioners and trustees to obtain the prior approval of the ratepayers for proposed taxation.

taxes) pour subvenir aux besoins des écoles. Cf. *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, à la p. 224. C'est le pouvoir énoncé au par. 27(10) de la *Loi de 1859* relativement aux écoles communes de prélever une «cotisation additionnelle» qui correspond au pouvoir conféré par l'art. 74 de la *Loi de 1861* au Québec de prélever une «somme additionnelle» par voie de taxation. Il s'en suit, à mon avis, que le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'avait pas pour effet de limiter le pouvoir de taxation conféré par la *Loi de 1861* en imposant aux commissaires et syndics d'écoles l'obligation d'obtenir l'approbation préalable des contribuables relativement à un projet de taxation.

For these reasons and for the reasons of Mr. Justice Chouinard, with the exception expressed herein, I would dispose of the appeal as proposed by him.

Pour ces motifs et pour les motifs exprimés par le juge Chouinard, avec la restriction énoncée aux présentes, je suis d'avis de trancher le pourvoi comme il le propose.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Henri Brun, Georges Emery and Jean-K. Samson, Ste-Foy.

Procureurs de l'appelant: Henri Brun, Georges Emery et Jean-K. Samson, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents Greater Hull School Board et al.: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimés Greater Hull School Board et autres: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondents Lavigne et al. and the respondents Commission scolaire des Manoirs et al.: Mario Du Mesnil, Montréal; Roger Thibaudeau, Québec.

Procureurs des intimés Lavigne et autres et des intimés Commission scolaire des Manoirs et autres: Mario Du Mesnil, Montréal; Roger Thibaudeau, Québec.

Solicitor for the intervener: Ronald G. Penney, St. John's.

Procureur de l'intervenant: Ronald G. Penney, St. John's.

Margaret Caldwell *Appellant*;

and

Director, Human Rights Code of British Columbia *Appellant*;

and

Ian Charles Stuart, Principal, St. Thomas Aquinas High School and The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese *Respondents*;

and

The Attorney General of British Columbia *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada *Intervener.*

File No.: 17108.

1984: February 15 and 16; 1984: December 20.

Present: Ritchie*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil rights — Discrimination — Religion and marital status — Roman Catholic teacher in Roman Catholic school breaching canon law — Teaching contract not renewed because of breaches — Whether or not school's action contrary to B.C. Human Rights Code — Whether or not Court confined to facts in stated case — Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, ss. 8, 18, 22 — Constitution Act, 1867, s. 93(1).

Courts — Stated case — Facts — Extent to which courts may look beyond facts in stated case.

Appellant, a Roman Catholic teacher in a Roman Catholic school, was not rehired for the following school year as she had married a divorced man in a civil ceremony contrary to church dogma. These proceedings were initiated through a formal complaint under British Columbia's *Human Rights Code*, alleging dismissal without reasonable cause and discrimination against appellant on the basis of marital status and religion. At issue is whether or not it is contrary to the *Code* for a

* Ritchie J. took no part in the judgment.

Margaret Caldwell *Appelante*;

et

Directeur, Human Rights Code de la Colombie-Britannique *Appelant*;

et

Ian Charles Stuart, principal, St. Thomas Aquinas High School et The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese *Intimés*;

et

Procureur général de la Colombie-Britannique *Intimé*;

et

Procureur général du Canada *Intervenant.*

N° du greffe: 17108.

1984: 15 et 16 février; 1984: 20 décembre.

Présents: Les juges Ritchie *, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Libertés publiques — Discrimination — Religion et état matrimonial — Violation du droit canon par une enseignante catholique dans une école catholique — Non-renouvellement du contrat d'enseignement à cause de cette violation — L'acte de l'école est-il contraire au Human Rights Code de la Colombie-Britannique? — La cour est-elle limitée aux faits énoncés dans l'exposé de cause — Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 8, 18, 22 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1).

Tribunaux — Exposé de cause — Faits — Mesure dans laquelle les tribunaux peuvent examiner autre chose que les faits énoncés dans l'exposé de cause.

L'appelante, qui était enseignante catholique dans une école catholique, n'a pas été rembauchée pour l'année scolaire suivante en raison de son mariage civil avec un divorcé contrairement aux préceptes de l'Église. Les procédures ont commencé par une plainte formelle déposée en vertu du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, dans laquelle il est allégué que l'appelante a été congédiée sans cause raisonnable et qu'elle a été victime de discrimination fondée sur l'état matrimonial

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

denominational school to refuse to hire a teacher who has personally disregarded church teachings. Also at issue is whether the Court in its consideration of the case was confined to the case stated on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Bona fide qualification for employment is a concept separate and distinct from reasonable cause for dismissal and the two concepts should not be confused even though they may overlap. Since nothing justified appellant's dismissal for reasonable cause any justification for the non-renewal of appellant's teaching contract had to be found in the absence of a *bona fide* qualification. The protections of s. 8 of the *Code* would then not operate to protect her.

The test for a *bona fide* qualification has two branches, one subjective and the other objective. The subjective test was met here: the questioned requirement was imposed honestly, in good faith and in the sincere belief that it was imposed in the interest of the adequate performance of the work involved and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives that would defeat the purpose of the *Code*. The objective test, too, was met. The requirement of religious conformity by Catholic teachers, objectively viewed, was reasonably necessary to assure the accomplishment of the objectives of the Church in operating a Catholic school with its distinct characteristics for the purposes of providing a Catholic education. The school's special nature and the unique role played by the teachers through example in attaining its legitimate objects were essential to a finding that religious conformity was a *bona fide* qualification. Appellant, therefore, deprived herself of a *bona fide* qualification for employment through her breach of canon law and was not protected by the provisions of s. 8.

Section 22 of the *Code* is a protection for denominational schools and like institutions that would otherwise contravene the *Code* and should not be construed as merely a limiting section entailing a narrow construction. The section, in addition to limiting rights, granted and protected the right to associate and to promote religion. The members of the Catholic faith in the parishes served by the school formed the "identifiable group" referred to in s. 22 and the school authorities in failing to renew appellant's contract were exercising a justifiable preference (given the nature of the school) for the benefit of the members of the identifiable group being served.

Constitutional questions with respect to freedom of religion and the right to denominational schools did not

et la religion. Est-il contraire au *Code* qu'une école confessionnelle refuse d'embaucher un enseignant qui a personnellement dérogé aux enseignements de l'Église? La cour est-elle limitée, dans son examen de l'affaire, à l'exposé de cause?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le concept de l'exigence réelle relative à un emploi est distinct de celui de la cause raisonnable et même si ces deux concepts peuvent se chevaucher, il ne faut pas pour autant les confondre. Étant donné qu'il n'y a rien qui constitue une cause raisonnable du congédiement de l'appelante, il faut trouver la justification du non-renouvellement de son contrat d'enseignement dans le non-respect d'une exigence réelle. L'art. 8 du *Code* ne s'applique donc pas pour la protéger.

Le critère de l'exigence réelle a deux volets, l'un subjectif et l'autre objectif. La condition subjective est remplie en l'espèce: l'exigence contestée a été imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère qu'elle a été imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du *Code*. La condition objective est également remplie. Considérée objectivement, l'exigence d'observance religieuse imposée aux enseignants catholiques est raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs que poursuit l'Église en maintenant une école catholique de caractère distinct dans le but de fournir une éducation catholique. La nature spéciale de l'école et le rôle unique joué par les enseignants dans la réalisation de ses objectifs légitimes sont essentiels à la conclusion que l'observance religieuse est une exigence réelle. Par conséquent, l'appelante a manqué à une exigence réelle relative à son emploi en ne se conformant pas au droit canon et elle n'est pas protégée par les dispositions de l'art. 8.

L'article 22 du *Code* a pour effet de protéger les écoles confessionnelles et les institutions semblables qui autrement contreviendraient au *Code* et il ne faut pas le considérer simplement comme une disposition limitative qui doit être interprétée restrictivement. En plus de limiter certains droits, cet article confère et protège le droit d'association et celui de promouvoir la religion. Les fidèles catholiques des paroisses desservies par l'école forment le «groupe identifiable» mentionné à l'art. 22 et, en ne renouvelant pas le contrat de l'appelante, les autorités scolaires ont fait un choix justifiable (vu la nature spéciale de l'école) au profit des membres du groupe identifiable desservi.

Les questions constitutionnelles relatives à la liberté de religion et au droit d'avoir des écoles confessionnelles

arise given the other than narrow interpretation accorded s. 22.

The court in a stated case, must find the facts in the case and may not substitute findings of its own. It may, however, consider reasons for decision and to a limited extent refer to the transcript of evidence to determine, where the matter is in issue, whether there is any evidence, as distinct from sufficiency of evidence, to support a finding of fact by the trial judge or for any other purpose permitted or directed in the statute authorizing the appeal.

Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke (Borough of), [1982] 1 S.C.R. 202, applied; *In the Matter of the Ontario Human Rights Code and In the Matter of the Complaint of Mrs. Bonnie Gore*, (Board of Inquiry under *The Ontario Human Rights Code*, decision dated December 7, 1971), considered; *Nelson and Atco Lumber Co. v. Borho* (1976), 1 B.C.L.R. 207, distinguished; *Regina ex rel. Scullion v. Canadian Breweries Transport* (1956), 117 C.C.C. 37; *R. v. Moroz*, [1945] 2 D.L.R. 753; *R. v. McBride and Kanata Investments Ltd.*, [1974] 1 W.W.R. 560; *R. v. McDonnell*, [1935] 1 W.W.R. 175; *R. v. Nelson* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 137; *R. v. Malone* (1975), 25 C.C.C. (2d) 373; *R. v. Beattie*, [1967] 2 O.R. 488; *R. v. Kidd* (1974), 21 C.C.C. (2d) 492; *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37; *Provincial Assessors of Comox, Cowichan and Nanaimo v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* (1963), 42 W.W.R. 449, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 132 D.L.R. (3d) 79, dismissing a judgment of Toy J. allowing an appeal by way of stated case from a decision of a Board of Inquiry constituted under the British Columbia *Human Rights Code* dismissing appellant's complaint. Appeal dismissed.

Louis Lindholm, Q.C., for the appellant Director, Human Rights Code of British Columbia.

A. J. Palmer, for the appellant Margaret Caldwell.

Jack Giles, Q.C., and *Alfred T. Clarke* for the respondents Ian Charles Stuart, Principal, St.

ne se posent pas parce que l'art. 22 n'a pas été interprété de façon stricte.

Dans un appel par voie d'exposé de cause, la cour doit trouver les faits dans l'exposé et ne peut pas substituer ses propres conclusions de fait. Elle peut toutefois examiner les motifs de la décision et, dans une certaine mesure, consulter la transcription des témoignages pour déterminer, lorsque la question est en litige, s'il existe une preuve quelconque, ce qu'il faut distinguer d'une preuve suffisante, pour justifier une conclusion de fait du juge du procès ou pour toute autre fin permise ou prescrite dans la loi qui autorise l'appel.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; arrêt examiné: *In the Matter of the Ontario Human Rights Code and In the Matter of the Complaint of Mrs. Bonnie Gore*, (commission d'enquête constituée en vertu de *The Ontario Human Rights Code*, décision en date du 7 décembre 1971); distinction faite avec l'arrêt: *Nelson and Atco Lumber Co. v. Borho* (1976), 1 B.C.L.R. 207; arrêts mentionnés: *Regina ex rel. Scullion v. Canadian Breweries Transport* (1956), 117 C.C.C. 37; *R. v. Moroz*, [1945] 2 D.L.R. 753; *R. v. McBride and Kanata Investments Ltd.*, [1974] 1 W.W.R. 560; *R. v. McDonnell*, [1935] 1 W.W.R. 175; *R. v. Nelson* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 137; *R. v. Malone* (1975), 25 C.C.C. (2d) 373; *R. v. Beattie*, [1967] 2 O.R. 488; *R. v. Kidd* (1974), 21 C.C.C. (2d) 492; *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37; *Provincial Assessors of Comox, Cowichan and Nanaimo v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* (1963), 42 W.W.R. 449.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 132 D.L.R. (3d) 79, qui a rejeté la décision du juge Toy d'accueillir l'appel par voie d'exposé de cause d'une décision dans laquelle une commission d'enquête constituée en vertu du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique a rejeté la plainte de l'appelante. Pourvoi rejeté.

Louis Lindholm, c.r., pour l'appelant le Directeur, Human Rights Code de la Colombie-Britannique.

A. J. Palmer, pour l'appelante Margaret Caldwell.

Jack Giles, c.r., et *Alfred T. Clarke* pour les intimés Ian Charles Stuart, principal, St. Thomas

Thomas Aquinas High School and The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese.

Dermod Owen-Flood, Q.C., for the respondent the Attorney General of British Columbia.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—

Facts

The narrow question raised in this appeal is whether it is contrary to the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, c. 186, (the *Code*) for a denominational school (in this case Roman Catholic) to refuse to continue employment to a Catholic teacher who has disregarded the rules of the Church by marrying a divorced person in a ceremony outside the Church. A broader issue may be said to arise concerning a conflict between two legally established rights, that of the individual to freedom from discrimination in employment, and that of a religious group to carry on its activities in the operation of its denominational school according to its religious beliefs and practices.

The facts are set out in detail in the case stated by the Board of Inquiry on an appeal taken by the appellants under s. 18 of the *Code*, and they are not in dispute. The appellant, Margaret Caldwell, was born and grew up in Scotland. She was baptized a Roman Catholic and has been one all her life. She taught in a Catholic school in Scotland for four years before coming to Canada in 1973 where she obtained employment teaching at St. Thomas Aquinas High School (one of the respondents) in October 1973. Her employment, like that of the other teachers, was governed by yearly contracts which in the ordinary course were renewed each year. She taught commercial subjects and mathematics and, while she did not give any formal religious instruction, she led prayers in her classroom each morning, as did the other teachers.

Aquinas High School et The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese.

Dermod Owen-Flood, c.r., pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—

Les faits

La question précise qui est soulevée dans le présent pourvoi est de savoir s'il est contraire au *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 186, (le *Code*) qu'une école confessionnelle (catholique en l'espèce) refuse de continuer à employer une enseignante catholique qui a désobéi aux lois de l'Église en épousant un divorcé par une célébration hors de l'Église. On peut dire qu'une question plus générale se pose au sujet du conflit entre deux droits légalement reconnus, savoir le droit de l'individu de ne pas subir de discrimination dans l'emploi et le droit d'un groupe religieux de poursuivre ses activités de gestion d'une école confessionnelle selon ses croyances et pratiques religieuses.

Les faits sont énoncés en détail dans l'exposé de cause présenté par la commission d'enquête lors de l'appel interjeté par les appelants en vertu de l'art. 18 du *Code*, et ces faits ne sont pas contestés. L'appelante, Margaret Caldwell, est née en Écosse où elle a grandi. Elle a été baptisée dans l'Église catholique et a été catholique toute sa vie. Elle a enseigné dans une école catholique en Écosse pendant quatre ans avant d'émigrer au Canada en 1973, où elle a obtenu un emploi d'enseignante au St. Thomas Aquinas High School (l'un des intimés) en octobre 1973. Son emploi, comme celui des autres enseignants, était régi par un contrat annuel qui était normalement renouvelé d'une année à l'autre. Elle enseignait des matières commerciales et les mathématiques et, même si elle ne donnait pas d'enseignement religieux proprement dit, elle dirigeait la prière dans sa classe tous les matins comme le faisaient les autres enseignants.

In December of 1977 she married a divorced man, not a Catholic, in a civil ceremony. In so doing she knew that she contravened two rules of the Church which required that a Catholic marry in a Catholic Church and that a Catholic may not marry a divorced person because in the eyes of the Church that person is still married. She had told other staff members at the school of her forthcoming marriage but not that it was to be a civil ceremony or that her fiancé was divorced. During February of 1978 the school principal, the respondent Stuart, learned of the marriage. Acting on the advice of his superior, the superintendent of Catholic Schools for the Archdiocese, he interviewed the appellant on March 14, 1978. When the appellant confirmed the facts of her marriage he informed her that her teaching contract for the following school year would not be renewed. She was given notice in writing on April 28, 1978, to that effect. She continued in her teaching position until the end of the 1977-78 school term when her contract expired. The formal complaint under the *Code* which initiated these proceedings alleged discrimination against the appellant on the basis of marital status, religion, and dismissal without reasonable cause.

The respondents justified the dismissal by reference to the special nature of the Roman Catholic denominational school with its religious doctrinal basis. Like other Catholic schools in the lower mainland of British Columbia, St. Thomas Aquinas High School is owned and operated by the respondent society, The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese. It is subject to control by its own local school board and it receives public funds for the carrying on of its programs. Under the provisions of the *School Support (Independent) Act*, R.S.B.C. 1979, c. 378, the school is entitled to receive financial support from public funds based upon a formula which is related to the number of students and the average operating cost of the school. It may also be observed that under the provisions of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 398(k), buildings and land owned by an incorporated institution regularly giving children instruction accepted as equivalent to that

En décembre 1977, elle a épousé civilement un divorcé non catholique. Ce faisant, elle savait qu'elle désobéissait à deux règles de l'Église, savoir qu'un catholique doit se marier à l'église catholique et qu'un catholique ne peut épouser une personne divorcée parce qu'aux yeux de l'Église cette personne est toujours mariée. Elle avait annoncé son mariage prochain aux autres membres du personnel de l'école, mais n'avait pas mentionné que ce serait un mariage civil, ni que son fiancé était divorcé. Au cours du mois de février 1978, le principal de l'école, l'intimé Stuart, a été mis au courant du mariage. Sur l'avis de son supérieur, le surintendant des écoles catholiques de l'archidiocèse, il a eu une entrevue avec l'appelante le 14 mars 1978. L'appelante ayant confirmé les faits entourant son mariage, il l'a informée que son contrat d'enseignement ne serait pas renouvelé pour l'année suivante. Elle a reçu un avis écrit en ce sens le 28 avril 1978. Elle a continué d'occuper sa charge d'enseignante jusqu'à l'expiration de son contrat à la fin de l'année scolaire 1977-1978. Dans la plainte formelle qui a été déposée en vertu du *Code* et qui est à l'origine des présentes procédures, il est allégué que l'appelante a été victime de discrimination fondée sur l'état matrimonial et la religion et qu'elle a été congédiée sans cause raisonnable.

Les intimés ont justifié le congédiement par la nature spéciale de l'école confessionnelle catholique qui a son fondement dans la doctrine religieuse. À l'instar des autres écoles catholiques des terres basses du territoire continental de la Colombie-Britannique, St. Thomas Aquinas High School est possédée et gérée par la société intimée The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese. Elle est assujettie au contrôle de sa propre commission scolaire locale et reçoit des deniers publics pour l'exécution de ses programmes. En vertu des dispositions de la *School Support (Independent) Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 378, l'école a le droit de recevoir un appui financier à même les deniers publics selon une formule qui tient compte du nombre d'élèves et du coût moyen de fonctionnement de l'école. On peut aussi souligner qu'en vertu des dispositions de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 290, al. 398k), les biens-fonds appartenant à une institution, dotée de la

furnished in a public school are exempt from taxation. This provision may be a further source of support from public funds.

The special nature of a Catholic school was the subject of much evidence before the Board. It is dealt with in the stated case in some detail in paragraphs 20 to 31, which for the purposes of these reasons may be summarized. Catholic schools are significantly different from other schools mainly because of the doctrinal basis upon which they are established. It is a fundamental tenet of the Church that Christ founded the Church to continue His work of salvation. The Church employs various means to carry out His purpose, one of which is the establishment of its own schools which have as their object the formation of the whole person, including education in the Catholic faith. The relationship of the teacher to the student enables the teacher to form the mind and attitudes of the student and the Church depends not so much on the usual form of academic instruction as on the teachers who, in imitation of Christ, are required to reveal the Christian message in their work and as well in all aspects of their behaviour. The teacher is expected to be an example consistent with the teachings of the Church, and must proclaim the Catholic philosophy by his or her conduct within and without the school. The role of the school and its nature is described in paragraph 22(e) of the stated case in these words:

> The Catholic school is a genuine community bent on imparting, over and above an academic education, all help it can to its members to adopt a Christian way of life.

The teaching of doctrine and the observance of standards by the teachers form part of the contract of employment of the teachers. They are required to exhibit the "highest model of Christian behaviour". Religious and moral training occupies the principal place in the curriculum. The school held retreats for its teaching staff at which the special role of the Catholic school was a subject of instruction. The appraisal form for the evaluation

personnalité morale, qui dispense régulièrement aux enfants un enseignement reconnu comme équivalant à l'enseignement dispensé dans une école publique sont exempts d'impôts. Cette disposition peut constituer une autre source de financement à même les deniers publics.

La nature spéciale d'une école catholique a fait l'objet d'une grande partie de la preuve soumise à la commission d'enquête. Il en est traité de façon détaillée aux paragraphes 20 à 31 de l'exposé de cause, qu'il est possible de résumer aux fins des présents motifs. Les écoles catholiques sont très différentes des autres écoles surtout à cause de leur fondement doctrinal sous-jacent. C'est un principe fondamental de l'Église que le Christ l'a fondée pour poursuivre Sa mission de salut. L'Église recourt à divers moyens pour réaliser Ses fins, l'un de ces moyens étant l'établissement de ses propres écoles qui visent la formation de toute la personne, notamment l'instruction selon la foi catholique. La relation qui existe entre l'enseignant et l'élève permet à l'enseignant de former l'esprit et de façonner les attitudes de l'élève et l'Église compte moins sur la forme habituelle d'instruction scolaire que sur les enseignants mêmes qui, à l'exemple du Christ, doivent témoigner du message chrétien dans leur travail et dans tous les aspects de leur conduite. On s'attend à ce que l'enseignant serve de modèle conforme aux enseignements de l'Église et la philosophie catholique doit se refléter dans sa conduite tant à l'école qu'en dehors de celle-ci. Le rôle de l'école et sa nature sont décrits ainsi à l'alinéa 22e) de l'exposé de cause:

> [TRADUCTION] L'école catholique est une véritable communauté vouée à dispenser, outre l'instruction scolaire, toute l'aide possible pour que ses membres adoptent une manière chrétienne de vivre.

Pour les enseignants, l'enseignement de la doctrine et l'observance des préceptes font partie de leur contrat de travail. Ils sont tenus [TRADUCTION] «de donner l'exemple le plus parfait de conduite chrétienne». La formation morale et religieuse occupe la première place dans le programme scolaire. L'école tient des retraites pour son personnel enseignant au cours desquelles on explique le rôle spécial de l'école catholique.

of teacher performance, though based on the public school form, contains an additional part entitled "Teaching in the spirit of the Catholic school—its character and mission." This part concerns itself with the teacher's performance as a Christian witness to the students.

The hiring procedures adopted by the school were designed to give effect to the special goals of the school. While it would prefer to have a fully Catholic teaching faculty, it has not always been possible for the school to do so. In the academic year of 1977-78 the school employed twenty teachers of whom six were non-Catholics. Two were of the Islamic faith and four were Christians of non-Catholic denominations. Before employing a Catholic teacher, the school requires a certificate from the teacher's parish priest to the effect that he or she is a practising Catholic. For non-Catholic teachers no such certificate is required but the nature and purpose of the Catholic school is stressed and explained and steps are taken to ensure that non-Catholic teachers observe the principles and practices of their own particular faith. The continued practice of the individual's faith is a requirement for continued employment. In short the school expected that non-Catholic teachers would support the religious approach of the school.

The existence in the school of teachers of different faiths results in different treatment for some. The school for example would hire or keep in employment a Protestant teacher who married a divorced person if the particular Protestant faith or Church of the teacher permitted such a marriage. It would not do so for a Catholic. If Mrs. Caldwell had been a Protestant in a denomination which accepted marriage to divorced persons she would have been re-engaged, but being a Catholic she was held to a different, and in the view of the Church, a higher standard of behaviour than a Protestant.

The findings of the Board as to the nature of the Catholic school were more extensively set out in the stated case than in the brief summary above.

Même si la formule d'évaluation du travail des enseignants suit la formule utilisée dans les écoles publiques, elle comporte une partie supplémentaire intitulée [TRADUCTION] «L'enseignement selon l'esprit de l'école catholique—son caractère et sa mission». Cette partie concerne le rendement des enseignants en tant que témoins du Christ auprès des élèves.

La procédure d'embauchage adoptée par l'école vise à réaliser les objectifs spéciaux de l'école. L'école aurait préféré avoir un corps enseignant composé uniquement de catholiques, mais cela n'a pas toujours été possible. Pendant l'année scolaire 1977-1978, l'école a employé vingt enseignants dont six n'étaient pas catholiques. Deux étaient de religion islamique et quatre de confessions chrétiennes, mais non catholiques. Avant d'embaucher un professeur catholique, l'école exige un certificat du curé de la paroisse de l'enseignant attestant que celui-ci est catholique pratiquant. Pour les enseignants non catholiques on n'exige pas ce certificat, mais on leur souligne et on leur explique la nature et le but de l'école catholique et des mesures sont prises pour s'assurer qu'ils observent les principes et les pratiques de leur propre foi. La pratique religieuse constante est une exigence de la continuation de l'emploi. En bref, l'école s'attend à ce que les enseignants non catholiques appuient l'optique religieuse de l'école.

La présence à l'école d'enseignants de confessions différentes entraîne des différences de traitement pour certains. Ainsi l'école embaucherait et garderait à son service un professeur protestant marié à une personne divorcée si la religion ou l'église protestante du professeur permettait un tel mariage. Elle ne le ferait pas dans le cas d'un catholique. Si Mme Caldwell avait été membre d'une église protestante qui accepte le mariage avec une personne divorcée, elle aurait été rembauchée, mais parce qu'elle était catholique elle était tenue d'observer une norme de conduite différente et, aux yeux de l'Église, plus exigeante que celle à laquelle un protestant est tenu.

Les conclusions de la commission d'enquête quant à la nature de l'école catholique sont énoncées de façon plus exhaustive dans l'exposé de

There was ample evidence before the Board upon which those findings were made and they are of course incontrovertible in the appellate courts.

In addition to Mrs. Caldwell, the Director, Human Rights Code of British Columbia, joined the proceedings as an appellant. In addition to the respondent School, its Principal and the Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese, the Attorney General of British Columbia is a party respondent. The Director supported the position of the appellant while the Attorney General of British Columbia sought the restoration of the Board's order dismissing Mrs. Caldwell's complaint. The following constitutional question was stated by order of the Chief Justice of Canada on October 26, 1983:

> Is section 8 of the *Human Rights Code of British Columbia*, R.S.B.C., 1979, c. 186, insofar as it purports to apply to the employment of teachers by denominational schools, outside the legislative competence of a province under the *Constitution Act, 1867* because it is legislation in relation to freedom of religion?

The Attorney General of Canada was represented on this question contending for a negative answer.

Issues and Disposition in Courts Below

Four separate issues were argued in this appeal. The first raised the question of whether the Court in its consideration of the case was confined to the case stated on appeal. The second and third issues, which were the most significant, involved the questions of whether the decision not to renew the appellant's teaching contract was in contravention of s. 8 of the *Code*, and whether the respondent's actions were exempted from s. 8 by s. 22 of the *Code*. The fourth issue is the constitutional issue of whether, if the non-renewal decision was contrary to s. 8 and not exempted by s. 22, those provisions are *ultra vires* the Province's legislature in relation to freedom of religion or legislation contrary to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*.

cause que dans le bref résumé qui précède. La commission d'enquête avait devant elle suffisamment d'éléments de preuve pour arriver à ces conclusions qui sont évidemment incontestables dans les cours d'appel.

Le directeur nommé en vertu du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique est partie à l'appel avec Mme Caldwell à titre d'appelant. Outre l'école intimée, son principal et The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese, le procureur général de la Colombie-Britannique est également intimé. Le directeur a appuyé la position de l'appelante tandis que le procureur général de la Colombie-Britannique a demandé le rétablissement de l'ordonnance de la commission d'enquête qui rejetait la plainte de Mme Caldwell. Le Juge en chef du Canada a formulé la question constitutionnelle suivante dans une ordonnance en date du 26 octobre 1983:

> Dans la mesure où on prétend que l'article 8 du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 186, s'applique à l'emploi des professeurs par des écoles confessionnelles, excède-t-il la compétence législative de la province en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'il s'agit d'un texte législatif relatif à la liberté de religion?

Le procureur général du Canada est intervenu sur cette question en soutenant qu'on devrait y répondre par la négative.

Questions en litige et décisions des tribunaux d'instance inférieure

Quatre questions distinctes ont été plaidées dans cet appel. Le premier point soulève la question de savoir si la Cour doit se limiter à l'exposé de cause. Les deuxième et troisième points, qui sont les plus importants, portent sur la question de savoir si la décision de ne pas renouveler le contrat d'enseignement de l'appelante contrevient à l'art. 8 du *Code*, et sur celle de savoir si la conduite de l'intimée échappe à l'application de l'art. 8 en vertu de l'art. 22 du *Code*. La quatrième question est la question constitutionnelle de savoir si, dans l'hypothèse où la décision de ne pas renouveler le contrat est contraire à l'art. 8 et n'est pas visée par l'art. 22, ces dispositions sont *ultra vires* des pouvoirs de la province relativement à la liberté de religion ou contraires au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

The Board of Inquiry was not faced with the first issue. It disposed of the second issue by holding that in some cases the factors in s. 8(2) including "religion" and "marital status" can amount to a *bona fide* occupational qualification in respect of employment. Considering the special nature of the Catholic school, a policy against employing Catholic teachers who violated Church rules regarding marriage could be reconciled with s. 8. On the s. 22 issue the majority of the Board expressed the opinion, though it was not necessary in view of their disposition of the s. 8 ground, that:

> . . . the purpose of section 22 is served by permitting the respondent to make the preference among the members of the Catholic community which it has made in this case.

The Board also concluded that the *Code* was valid provincial legislation on the subject of civil rights within the Province which did not affect any right or privilege protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*.

An appeal by way of stated case was taken pursuant to s. 18 of the *Code* to the Supreme Court of British Columbia. It was allowed by Toy J. He did not discuss the first issue regarding the court's power to look behind the stated case, but it is to be observed that he confined himself to the stated case in his consideration of the matter. He found that the effect of s. 8(2) was that neither religion nor marital status could be a "bona fide qualification" within the meaning of s. 8(1). He considered on the s. 22 issue that the section did not exempt discrimination among members of "identifiable groups" referred to in the section. He could find no evidence that Mrs. Caldwell by her marriage ceased to be a member of the group and therefore the case did not come within the section. He agreed with the Board on the fourth issue that s. 8 does not violate any right protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* and was not *ultra vires* as legislation in relation to freedom of religion.

La commission d'enquête n'a pas eu à répondre à la première question. Elle a répondu à la deuxième question en statuant que dans certains cas les facteurs mentionnés au par. 8(2), dont «la religion» et «l'état matrimonial» peuvent équivaloir à une exigence professionnelle réelle à l'égard d'un emploi. Vu la nature spéciale de l'école catholique, la politique qui consiste à ne pas employer des professeurs catholiques qui ont contrevenu aux règles de l'Église quant au mariage est conciliable avec l'art. 8. La commission d'enquête à la majorité a exprimé l'avis suivant sur la question relative à l'art. 22, bien que ce ne fût pas nécessaire à cause de sa décision sur le moyen fondé sur l'art. 8:

> [TRADUCTION] . . . l'objectif de l'art. 22 se trouve respecté si on permet à l'intimée de donner la préférence aux membres de la communauté catholique, ce qu'elle a fait en l'espèce.

La commission d'enquête a aussi conclu que le *Code* constitue une loi provinciale valide relative aux droits civils dans la province et qu'il ne porte atteinte à aucun droit ou privilège protégé par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Un appel par voie d'exposé de cause a été interjeté à la Cour suprême de la Colombie-Britannique conformément à l'art. 18 du *Code*. Le juge Toy l'a accueilli. Il n'a pas examiné la première question concernant le pouvoir de la cour d'examiner autre chose que l'exposé de cause, mais il faut souligner qu'il s'est borné à l'exposé de cause dans son étude du dossier. Il a conclu qu'il résultait du par. 8(2) que ni la religion ni l'état matrimonial ne pouvait constituer une «exigence réelle» au sens du par. 8(1). Quant à la question relative à l'art. 22, il a estimé que cet article n'établit pas d'exception pour la discrimination entre les membres des «groupes identifiables» mentionnés dans l'article. Il n'a pu trouver aucune preuve que, à cause de son mariage, Mme Caldwell a cessé d'être membre du groupe et en conséquence il a conclu à l'inapplicabilité de l'article à l'espèce. Quant à la quatrième question, il a partagé l'avis de la commission d'enquête selon lequel l'art. 8 ne porte atteinte à aucun des droits protégés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et il n'est pas *ultra vires* en tant que disposition relative à la liberté de religion.

On appeal, Hutcheon J.A., who spoke for the Court on this issue, held that the Court could consider not only the stated case but the Board's reasons as well, and, to a limited extent, the transcript of proceedings. He considered that the answer to the main questions rested in s. 22 which he said permitted the preference of one member of the identifiable group over another. The respondents were therefore exempted from the provisions of s. 8. Seaton J.A., with whom Carrothers and Macdonald JJ.A. agreed, thus forming a majority, held that the exclusion by s. 8(2)(a) of the various factors mentioned in the subsection as reasonable cause for discrimination under subs. 1 is absolute and unyielding. He drew a distinction however between discrimination based on religion itself and discrimination based on a cause based on religion. He ordered the remission of the matter to the Board for clarification because, while in his view the Board appeared to have found reasonable cause, it was unclear and a precise finding was necessary to enable the Appeal Court to deal with the legal issues. He also found that there was evidence before the Board upon which it could find that Mrs. Caldwell had by her marriage ceased to be a member of the identifiable group of practising Catholic supporters of the school so that the refusal to rehire her could be permitted under s. 22. This matter should be remitted to the Board as well so that it could clarify its findings. Finally, he declined to give effect to the constitutional argument.

Nemetz C.J.B.C. considered that "religion" in s. 8(2)(a) would extend to conduct arising out of religion and that the Board consequently had no jurisdiction to consider reasonable cause under s. 8(1). He went on, however, to say that s. 22 could protect the respondents if on a rehearing before the Board it concluded that Mrs. Caldwell had been hired preferentially and had acted in such a repugnant manner as to exclude herself from the group. He agreed that s. 8 was *intra vires* the Province.

Le juge Hutcheon, qui s'est exprimé au nom de la Cour d'appel sur cette question, a statué que la Cour pouvait considérer non seulement l'exposé de cause, mais aussi les motifs de la commission d'enquête et, dans une certaine mesure, la transcription des procédures. Il a estimé que la réponse aux questions principales dépendait de l'art. 22, qui, dit-il, permet de donner la préférence à un membre du groupe identifiable. Les intimés ne sont donc pas soumis aux dispositions de l'art. 8. Le juge Seaton, aux motifs duquel les juges Carrothers et Macdonald ont souscrit, formant ainsi la majorité, a statué que l'exclusion par l'al. 8(2)a) des différents facteurs mentionnés dans l'alinéa comme cause raisonnable de discrimination en vertu du par. 1 est absolue et sans exception. Il a toutefois établi une distinction entre la discrimination fondée sur la religion elle-même et la discrimination fondée sur une cause relevant de la religion. Il a ordonné le renvoi de l'affaire à la commission d'enquête pour clarification parce que, même si à son avis la commission d'enquête semble avoir conclu à l'existence d'une cause raisonnable, cela n'est pas clair et il faut une conclusion précise pour permettre à la Cour d'appel d'examiner les questions de droit. Il a aussi conclu que la commission d'enquête disposait d'éléments de preuve qui lui permettaient de conclure que Mme Caldwell avait, par son mariage, cessé d'être membre du groupe identifiable des catholiques pratiquants partisans de l'école, de sorte que le refus de la rembaucher pouvait être permis en vertu de l'art. 22. Cette question devait également faire l'objet d'un renvoi à la commission d'enquête afin qu'elle puisse clarifier ses conclusions. Enfin, il a refusé de donner suite à l'argument constitutionnel.

Le juge en chef Nemetz a estimé que le terme «religion» à l'al. 8(2)a) s'applique à la conduite qui découle de la religion et qu'en conséquence la commission d'enquête n'avait pas compétence pour examiner la question de la cause raisonnable visée au par. 8(1). Il poursuit cependant en disant que l'art. 22 peut protéger les intimés si, à la suite d'une nouvelle audition, la commission d'enquête conclut qu'il y a eu embauchage préférentiel de Mme Caldwell et que celle-ci a agi de façon à ce point répréhensible qu'elle s'est exclue elle-même du groupe. Il a reconnu que l'art. 8 est *intra vires* de la province.

In the result, the appeal was allowed, the judgment of Toy J. in the Supreme Court vacated, and the case ordered to be remitted to the Board with the opinion of the Court.

A preliminary point was raised in the Court of Appeal and in this Court regarding the extent of review by stated case. The right of appeal under the *Code* is given in s. 18 which provides:

18. (1) An appeal lies from a decision of a board of inquiry to the Supreme Court on any

(a) point or question of law or jurisdiction; or

(b) finding of fact necessary to establish its jurisdiction that is manifestly incorrect,

and the rules under the *Offence Act* governing appeals by way of stated case to that court apply to appeals under this section, and a reference to the word "justice" shall be deemed to be a reference to the board of inquiry.

(2) An appeal from a decision of the Supreme Court lies to the Court of Appeal with leave of a justice of the Court of Appeal.

The appellant Caldwell argued that the Court of Appeal was in error in looking beyond the stated case. It should, it was asserted, have limited its consideration to the case itself and not have had reference to the reasons for decision or to the transcript of evidence.

The provisions of the *Offence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 305, are not of assistance in resolving this question. However, a similar procedure for appeals by way of stated case is set out in s. 762 of the *Criminal Code* and most of the cases dealing with this question are concerned with appeals under that section or its predecessors. From the many cases decided upon this issue, it seems clear that the appellate court may not look beyond the stated case in order to make inferences of fact, nor to find new facts not in the case, or to weigh and consider the sufficiency of evidence: see *Regina ex rel. Scullion v. Canadian Breweries Transport* (1956), 117 C.C.C. 37 (Ont. C.A.), at pp. 40-41; *R. v. Moroz*, [1945] 2 D.L.R. 753 (Man. C.A.), at pp. 772-76; *R.* v. *McBride and Kanata Investments Ltd.*, [1974] 1 W.W.R. 560 (B.C.C.A.), at pp.

En définitive, l'appel a été accueilli, le jugement du juge Toy de la Cour suprême infirmé et l'affaire renvoyée à la commission d'enquête avec l'avis de la Cour.

Une question préliminaire a été soulevée en Cour d'appel et en cette Cour quant à la portée de l'examen par voie d'exposé de cause. Le droit d'appel prévu au *Code* est accordé par l'art. 18 qui dispose:

[TRADUCTION] **18.** (1) Il peut être interjeté appel à la Cour suprême d'une décision d'une commission d'enquête portant sur

a) un point ou une question de droit ou de compétence, ou

b) une conclusion de fait nécessaire à l'établissement de sa compétence et manifestement erronée,

et les règles prévues à l'*Offence Act*, qui régissent les appels par voie d'exposé de cause à cette cour, s'appliquent aux appels interjetés en vertu du présent article et une mention du terme «juge» est censée être une mention de la commission d'enquête.

(2) Il peut être interjeté appel d'une décision de la Cour suprême à la Cour d'appel avec l'autorisation d'un juge de la Cour d'appel.

L'appelante Caldwell a soutenu que la Cour d'appel avait commis une erreur en examinant autre chose que l'exposé de cause. Elle aurait dû, soutient-elle, limiter son examen à l'exposé lui-même et ne pas consulter les motifs de la décision ni la transcription des témoignages.

Les dispositions de l'*Offence Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 305, ne sont d'aucun secours pour résoudre cette question. Toutefois, l'art. 762 du *Code criminel* établit une procédure semblable applicable aux appels par voie d'exposé de cause et presque toute la jurisprudence sur cette question vise des appels interjetés en vertu de cet article ou des articles qui l'ont précédé. Des nombreuses décisions rendues sur cette question, il semble ressortir nettement que la Cour d'appel ne peut tenir compte d'autre chose que de l'exposé de cause pour tirer des conclusions de fait, pour trouver de nouveaux faits qui ne sont pas dans l'exposé, ou encore pour décider de la suffisance de la preuve: voir *Regina ex rel. Scullion v. Canadian Breweries Transport* (1956), 117 C.C.C. 37 (C.A. Ont.), aux pp. 40 et 41; *R. v. Moroz*, [1945] 2

566-70; *R. v. McDonnell*, [1935] 1 W.W.R. 175 (Alta. C.A.); and *R. v. Nelson* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 137 (Alta. C.A.) It is proper, however, to have reference to the transcript where the argument is raised that there is no (as opposed to insufficient) evidence to support a conclusion reached by the trial judge or where there is an issue about a finding of fact necessary to establish jurisdiction. Neither of these exceptions need be considered here.

As for the reasons for decision, it seems clear that the law of Canada as well as that of England has always permitted reference to the reasons for decision: see *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1980), vol. 11, p. 423, and see as well *R. v. Malone* (1975), 25 C.C.C. (2d) 373 (Man. C.A.), at pp. 376–77, particularly Matas J.A. speaking for the Court at p. 377, though it should be noted that a specific rule deals with the point in Manitoba; *R. v. Beattie*, [1967] 2 O.R. 488 (Ont. H.C.), at p. 491; *R. v. Kidd* (1974), 21 C.C.C. (2d) 492 (Ont. H.C.), at pp. 495-96; *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37 (Ont. H.C.), at pp. 41-42.

I am therefore in agreement with Hutcheon J.A. who, speaking for the Court upon this point, said:

> In summary, I have concluded that both the reasons for judgment and to a limited extent the transcript of evidence may be considered by the Appeal Court.

To summarize, I would say that all facts must be found in the stated case and the appellate court may not substitute findings of its own. Reasons for decision are always open for the consideration of the appellate court. To a limited extent the appellate court may refer to the transcript of evidence to determine, where the matter is in issue, whether there is any evidence, as distinct from a sufficiency of evidence, to support a finding of fact by the trial judge or for any other purpose permitted or directed in the statute authorizing the appeal. Reference to the transcript of evidence may be necessary under the *Human Rights Code* of British

D.L.R. 753 (C.A. Man.), aux pp. 772 à 776; *R. v. McBride and Kanata Investments Ltd.*, [1974] 1 W.W.R. 560 (C.A. C.-B.), aux pp. 566 à 570; *R. v. McDonnell*, [1935] 1 W.W.R. 175 (C.A. Alb.); *R. v. Nelson* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 137 (C.A. Alb.) Il y a lieu cependant de consulter la transcription lorsque le moyen invoqué est celui de l'absence (par opposition à l'insuffisance) de la preuve pour étayer une conclusion du juge du procès ou lorsque le litige porte sur une conclusion de fait nécessaire à l'établissement de la compétence. Aucune de ces exceptions n'a besoin d'être étudiée en l'espèce.

Quant aux motifs de la décision, il semble clair que le droit tant canadien qu'anglais a toujours permis de les considérer: voir *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1980), vol. 11, à la p. 423, et *R. v. Malone* (1975), 25 C.C.C. (2d) 373 (C.A. Man.), aux pp. 376 et 377, en particulier le juge Matas qui s'exprime au nom de la Cour à la p. 377, bien qu'il faille souligner qu'il existe au Manitoba une règle précise sur ce point; *R. v. Beattie*, [1967] 2 O.R. 488 (H.C. Ont.), à la p. 491; *R. v. Kidd* (1974), 21 C.C.C. (2d) 492 (H.C. Ont.), aux pp. 495 et 496; *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37 (H.C. Ont.), aux pp. 41 et 42.

Je suis donc d'accord avec le juge Hutcheon qui, s'exprimant au nom de la Cour d'appel sur ce point, affirme:

> [TRADUCTION] En résumé, j'ai conclu que la Cour d'appel peut tenir compte des motifs du jugement, et dans une certaine mesure, de la transcription des témoignages.

Somme toute, je dirais que tous les faits doivent se trouver dans l'exposé de cause et que la Cour d'appel ne peut substituer ses propres conclusions de fait. La Cour d'appel a toujours le loisir d'examiner les motifs de la décision. Dans une certaine mesure, la Cour d'appel peut consulter la transcription des témoignages pour déterminer, lorsque la question est en litige, s'il existe une preuve quelconque, ce qu'il faut distinguer d'une preuve suffisante, pour justifier une conclusion de fait du juge du procès ou pour toute autre fin permise ou prescrite dans la loi qui autorise l'appel. La consultation de la transcription des témoignages peut

Columbia for example where s. 18(1)(b) of the *Code* requires consideration of the correctness of a finding of a jurisdictional fact. For a further example see the *Assessment Equalization Act*, R.S.B.C. 1960, c. 18, s. 51(5), and the words of Davey J.A. in *Provincial Assessors of Comox, Cowichan and Nanaimo* v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.* (1963), 42 W.W.R. 449 (B.C.C.A.), at pp. 451-52. On a careful reading of the judgments below it is evident that there was no improper use of the evidence to make new findings of fact or to weigh the sufficiency of evidence for findings made by the Board, and it is my opinion that the courts below were entitled to consider the reasons for the decision of the Board in accordance with accepted rules governing stated cases.

Hutcheon J.A. commented on the approach to a stated case by an appellate court where a constitutional question is raised. He said:

> Further, in the present case one of the questions of law concerns the constitutional validity of the Human Rights Code. I question whether on that issue the Appellate Court is confined to the findings of fact in the stated case. Those findings may be wrong.
>
> There is, of course, a presumption that the legislature has acted constitutionally. In his dissenting judgment in *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd.* v. *The Government of Saskatchewan* [1978] 2 S.C.R. 545, Dickson, J., made this comment at p. 573:
>
> > Before the Court concludes that the Province has transcended its constitutional powers the evidence must be clear and unmistakable.
>
> That comment stems from cases such as *Fort Frances Pulp and Power* v. *Manitoba Free Press Co.* (1923) A.C. 695 at p. 706 ("very clear evidence"), *Co-Operative Committee on Japanese Canadians* v. *Attorney General for Canada* (1947) A.C. 87 at p. 101 ("very clear evidence") and *Kruger* v. *The Queen* [1978] 1 S.C.R. 104 at p. 112 ("in the absence of clear evidence"). Where constitutional matters are concerned the Court is entitled to have regard to all relevant matters.

être nécessaire en vertu du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique dans le cas, par exemple, où l'al. 18(1)b) du *Code* exige l'examen de la justesse d'une conclusion quant à un fait attributif de compétence. À titre d'exemple supplémentaire, voir l'*Assessment Equalization Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 18, par. 51(5), et le passage du juge Davey dans l'arrêt *Provincial Assessors of Comox, Cowichan and Nanaimo v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* (1963), 42 W.W.R. 449 (C.A. C.-B.), aux pp. 451 et 452. Il ressort clairement d'une lecture attentive des décisions des cours d'instance inférieure qu'il n'y a pas eu d'utilisation irrégulière de la preuve pour tirer de nouvelles conclusions de fait ou pour apprécier son caractère suffisant à l'égard des constatations faites par la commission d'enquête et je suis d'avis que les cours d'instance inférieure pouvaient tenir compte des motifs de la décision de la commission d'enquête conformément aux règles reconnues qui régissent les exposés de cause.

Le juge Hutcheon a fait des observations sur la façon dont une cour d'appel doit aborder un exposé de cause lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée. Il affirme ceci:

> [TRADUCTION] De plus, l'une des questions de droit en l'espèce porte sur la constitutionnalité du *Human Rights Code*. Je me demande si, en ce qui concerne cette question, la Cour d'appel est limitée aux conclusions de fait contenues dans l'exposé de cause. Ces conclusions peuvent être erronées.
>
> Il y a bien sûr présomption que la législature a agi de façon constitutionnelle. Dans les motifs de dissidence qu'il a rendus dans l'affaire *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545, le juge Dickson affirme, à la p. 573:
>
> > La preuve doit être claire et nette avant que la Cour conclue que la province a outrepassé ses pouvoirs constitutionnels.
>
> Ce commentaire découle d'arrêts comme *Fort Frances Pulp and Power v. Manitoba Free Press Co.* (1923) A.C. 695, à la p. 706 («preuve très nette»), *Co-Operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney General for Canada* (1947) A.C. 87, à la p. 101 («preuve très nette») et *Kruger c. La Reine* [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 112 («en l'absence d'une preuve manifeste»). Lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées, la cour peut tenir compte de tous les sujets pertinents.

I consider, therefore, that the Appellate Court must be satisfied that the findings of fact were fully justified. When the constitutional validity of a statute or its application is involved the restrictive approach that may be appropriate in other types of cases is singularly inappropriate.

In this approach he was supported in argument by the respondent Attorney General of British Columbia. While I would reserve comment upon the suggestion that a broader view of a stated case may be appropriate where constitutional issues arise, it is my opinion that in the circumstances of this case a sufficient investigation of the one constitutional issue raised under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* may be made without reference to factual matters beyond those found in the stated case. In my opinion this ground of appeal must be resolved against the appellant.

Section 8 Issue

The principal attack made by the Director and Mrs. Caldwell was upon the Board's conclusion that this was a case where religion and marital status could be considered as *bona fide* qualifications under s. 8(1) of the *Code*, despite their specific inclusion in s. 8(2)(a) as factors which could not be reasonable cause for a dismissal from employment. This conclusion is conveniently set out in the stated case, in paragraphs 30, 31, and 32, which are reproduced hereunder:

30. The Board concluded that there are some cases in which the factors contained in section 8(2) of the Human Rights Code can be considered as bona fide qualifications in section 8(1).
31. The Board concluded that religion and marital status can be considered as bona fide qualifications in respect of employment.
32. The Board concluded that the general policy of Catholic schools that Catholics who have violated the Church's marriage rules should not be permitted to teach in Catholic schools can be reconciled with Section 8(1) of the Human Rights Code because of the special nature of the Catholic school, and because we concluded that as a legitimate means of fostering that special nature, a Catholic school can demand that Catholic teachers practise what the Church preaches, namely, that one should not marry a person who, in the Church's eyes, is married to someone else.

J'estime donc que la Cour d'appel doit être convaincue que les conclusions de fait sont pleinement justifiées. Lorsque la constitutionnalité d'une loi ou son application est en cause, la démarche restrictive qui peut convenir dans d'autres genres d'affaires ne convient pas du tout.

Le procureur général de la Colombie-Britannique intimé a plaidé en faveur de ce point de vue. Sans me prononcer sur l'idée qu'il conviendrait d'aborder l'exposé de cause de façon plus libérale lorsqu'une question constitutionnelle se pose, je suis d'avis que dans les circonstances de l'espèce il est possible de faire une étude suffisante de la seule question constitutionnelle soulevée ici en vertu du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sans avoir à aborder d'autres questions de fait que celles qui se trouvent dans l'exposé de cause. À mon avis, ce moyen d'appel doit être rejeté.

Question relative à l'article 8

Le directeur et Mme Caldwell contestent surtout la conclusion de la commission d'enquête qu'il s'agit d'un cas où la religion et l'état matrimonial peuvent être considérés comme des exigences réelles en vertu du par. 8(1) du *Code*, malgré leur inclusion expresse à l'al. 8(2)a) en tant que facteurs qui ne peuvent constituer une cause raisonnable de congédiement. Cette conclusion est énoncée utilement aux paragraphes 30, 31 et 32 de l'exposé de cause, que je cite ici:

[TRADUCTION]

30. La commission d'enquête a conclu qu'il y a des cas où des facteurs mentionnés au par. 8(2) du Human Rights Code peuvent être considérés comme des exigences réelles visées au par. 8(1).
31. La commission d'enquête a conclu que la religion et l'état matrimonial peuvent être considérés comme des exigences réelles en matière d'emploi.
32. La commission d'enquête a conclu que la politique générale des écoles catholiques de ne pas permettre à des catholiques qui ont contrevenu aux règles de l'Église en matière de mariage d'enseigner dans des écoles catholiques est conciliable avec le par. 8(1) du Human Rights Code à cause de la nature spéciale de l'école catholique et parce que nous avons conclu que, à titre de moyen légitime de préserver cette nature spéciale, une école catholique peut exiger que les professeurs catholiques pratiquent ce que l'Église enseigne, savoir notamment qu'une personne ne doit pas épouser une autre personne qui, aux yeux de l'Église, est déjà mariée à une autre.

Section 8 of the *Human Rights Code* is reproduced in part hereunder:

8. (1) Every person has the right of equality of opportunity based on bona fide qualifications in respect of his occupation or employment, or in respect of an intended occupation, employment, advancement or promotion; and, without limiting the generality of the foregoing,

(a) no employer shall refuse to employ, or to continue to employ, or to advance or promote that person, or discriminate against that person in respect of employment or a condition of employment; and

(b) no employment agency shall refuse to refer him for employment,

unless reasonable cause exists for the refusal or discrimination.

(2) For the purposes of subsection (1),

(a) the race, religion, colour, age, marital status, ancestry, place of origin or political belief of any person or class of persons shall not constitute reasonable cause.

On reading subs. (1) and (2)(a) it becomes apparent that they create a strongly protected right to equality of opportunity in respect of employment and freedom from discrimination in that regard unless reasonable cause is shown. Subsection (2)(a) specifically provides that various matters may not constitute reasonable cause. Included in this list are marital status and religion, said to be the basis for the non-renewal of Mrs. Caldwell's teaching contract. I have no difficulty in reaching the conclusion that religion or marital status cannot therefore be relied upon as reasonable cause. This, however, does not assist the appellant, because as I understand the reasoning of the Board, it does not involve the finding of a reasonable cause for the non-renewal of Mrs. Caldwell's contract. The Board relied upon the words of s. 8 which provide that the right of equality of opportunity given in the section is "based on bona fide qualifications in respect of his occupation or employment . . . ."

Voici un extrait de l'art. 8 du *Human Rights Code*:

[TRADUCTION] **8.** (1) Toute personne a droit à l'égalité des chances fondée sur les exigences réelles relatives à son occupation ou à son emploi, ou à une occupation, à un emploi, à un avancement ou à une promotion qu'elle a en vue et, sans limiter la généralité de ce qui précède,

a) aucun employeur ne doit refuser d'employer ou de continuer d'employer cette personne ou de lui donner de l'avancement ou une promotion, ni ne peut lui faire subir de la discrimination à l'égard de son emploi ou de ses conditions d'emploi; et

b) aucun bureau de placement ne doit refuser de la recommander à un employeur,

si ce n'est pour une cause raisonnable.

(2) Pour les fins du paragraphe (1),

a) ni la race, ni la religion, ni la couleur, ni l'âge, ni l'état matrimonial, ni l'ascendance, ni le lieu d'origine, ni les convictions politiques d'une personne ou d'une catégorie de personnes ne constituent une cause raisonnable;

En lisant le par. (1) et l'al. (2)a), il devient manifeste que ces dispositions établissent un droit strictement garanti à l'égalité des chances en matière d'emploi et à la protection contre toute discrimination à cet égard à moins de démontrer l'existence d'une cause raisonnable. L'alinéa (2)a) prescrit expressément que ces différents sujets ne peuvent constituer une cause raisonnable. Dans cette nomenclature, on retrouve l'état matrimonial et la religion sur lesquels, prétend-on, se fonde le non-renouvellement du contrat d'enseignement de Mme Caldwell. Je n'ai pas d'hésitation à conclure que la religion ou l'état matrimonial ne peuvent en conséquence être invoqués comme cause raisonnable. Cela n'est cependant d'aucun secours à l'appelante parce que, si je comprends bien, le raisonnement de la commission d'enquête ne comporte aucune constatation de l'existence d'une cause raisonnable pour le non-renouvellement du contrat de Mme Caldwell. La commission d'enquête s'est fondée sur le texte de l'art. 8 qui prévoit que le droit à l'égalité des chances conféré par l'article est «fondé sur les exigences réelles relatives à son occupation ou à son emploi. . .»

The respondent says that in a Roman Catholic school, because of its special nature, the *bona fide* qualification of a Catholic teacher includes the willingness of the teacher to observe the requirements and practices of the Church, and that the failure to meet this qualification of a candidate for employment in such a school, or the refusal of a teacher already employed to maintain it, denies the individual concerned the protection of s. 8.

The right of equality of opportunity, free from discrimination, which is protected by s. 8 is characterized as a right based on a *bona fide* qualification in respect of that employment. A right so based is protected by the further provisions of the section. Ordinarily, a person who is academically qualified and duly licensed by the proper authority, would certainly possess the *bona fide* qualifications for employment as a teacher in a public school. I am in complete agreement with the proposition that if Mrs. Caldwell had been employed in a secular or public school and had been dismissed because of her marriage, she would have the full protection of s. 8 and be entitled to reinstatement. This result may not always follow and particularly in cases relating to denominational schools. As has been pointed out, the Catholic school is different from the public school. In addition to the ordinary academic program, a religious element which determines the true nature and character of the institution is present in the Catholic school. To carry out the purposes of the school, full effect must be given to this aspect of its nature and teachers are required to observe and comply with the religious standards and to be examples in the manner of their behaviour in the school so that students see in practice the application of the principles of the Church on a daily basis and thereby receive what is called a Catholic education. Fulfillment of these purposes requires that Catholics observe the Church's rules regarding marriage. It must be celebrated in the Church and the marriage of divorced persons is not recognized. The Board found that Mrs. Caldwell knew this when she was employed, that inquiries were made respecting these matters before she was hired to insure her eligibility for employment in this respect. It was therefore open to the Board to find that when Mrs. Caldwell in contravention of

L'intimée soutient que, dans une école catholique romaine, à cause de sa nature spéciale, la volonté d'observer les exigences et pratiques de l'Église constitue une exigence réelle pour un enseignant catholique et que le fait qu'un candidat à un poste dans une telle école ne satisfasse pas à cette exigence ou qu'un enseignant déjà en poste refuse de continuer à y satisfaire le prive de la protection de l'art. 8.

Le droit à l'égalité des chances, libre de toute discrimination, que garantit l'art. 8 est qualifié de droit fondé sur une exigence réelle relative à cet emploi. Un droit ainsi fondé est garanti par les autres dispositions de l'article. Ordinairement, une personne qui a les diplômes nécessaires et les permis requis satisferait certainement aux exigences réelles relatives à un emploi d'enseignant dans une école publique. Je suis parfaitement d'accord pour dire que si Mme Caldwell avait été employée dans une école laïque ou publique et avait été congédiée à cause de son mariage, elle jouirait de la pleine protection de l'art. 8 et aurait droit d'être réintégrée dans son poste. Il se peut qu'il n'en soit pas toujours ainsi, particulièrement quand il s'agit d'écoles confessionnelles. Comme on l'a souligné, l'école catholique est différente de l'école publique. En plus du programme scolaire ordinaire, il y a, dans l'école catholique, un élément religieux qui détermine la nature et le caractère véritables de l'institution. Pour réaliser les objectifs de l'école, il faut donner toute sa portée à cet aspect de sa nature et les enseignants sont tenus d'observer les préceptes religieux et leur conduite à l'école doit servir d'exemple de manière à ce que les élèves voient dans la pratique l'application quotidienne des principes enseignés par l'Église et reçoivent ainsi ce qu'on appelle une éducation catholique. Pour atteindre ces buts, il faut que les catholiques observent les règles de l'Église en matière de mariage. Il doit être célébré à l'église et le mariage de personnes divorcées n'est pas reconnu. La commission d'enquête a conclu que Mme Caldwell savait cela au moment de son embauchage et qu'on s'était informé à cet égard avant de l'embaucher afin de s'assurer que, sous ce rapport, elle pouvait occuper le poste en question. La commission d'enquête pouvait donc conclure que, en épousant civilement un homme divorcé contrairement aux lois

the Church's requirements married a divorced man in a civil ceremony, she deprived herself of a *bona fide* qualification for the employment. In my view the Board made no error in law in so finding and in concluding that the provisions of s. 8 were not operative to protect her.

This approach was taken by Toy J. in *Nelson and Atco Lumber Co. v. Borho* (1976), 1 B.C.L.R. 207 (B.C.S.C.), where he expressed a view at p. 213 that the rights given in s. 8 for the protection of employees were not available unless a qualification for the employment existed. This case is of little significance here however because the lack of qualification did not depend on one of the proscribed factors in s. 8(2)(a). Of more relevance are the words of then Professor W. S. Tarnopolsky, sitting as a board of inquiry under *The Ontario Human Rights Code*, on the hearing of a complaint by one Bonnie Gore (*In The Matter of the Ontario Human Rights Code and In the Matter of the Complaint of Mrs. Bonnie Gore*, decision handed down December 7, 1971 (as yet unpublished)). The complaint arose from the refusal of the Catholic School Board of Ottawa to engage a non-Catholic as a secretary for clerical duties in the school administration. Professor Tarnopolsky sustained the complaint, but in so doing drew a clear distinction between the position of a teacher and that of a clerical worker. He said, at pp. 8-9:

> I think it would be reasonable for the Separate School Board to refuse to hire a secretary who is hostile to the Catholic faith or to the aims of the Separate School system, regardless of her religious upbringing, but I cannot see how a secretary can be expected to provide an example for the children. This is surely the responsibility of the teachers, and the religious aspect is the responsibility of the ecclesiastics as well as most of the teachers. The secretary performs secretarial and clerical functions (and only for half a day), under directions from, and subject to supervision by, the Principal. Requiring that she be a Roman Catholic is not, in my opinion, a "reasonable occupational qualification" within the meaning of section 4(4)(b) of the *Ontario Human Rights Code*. [Emphasis added.]

de l'Église, Mme Caldwell n'a pas respecté une exigence réelle relative à son emploi. À mon avis, la commission d'enquête n'a pas commis d'erreur de droit en tirant cette conclusion et celle que les dispositions de l'art. 8 ne s'appliquent pas pour la protéger.

Ce point de vue a été adopté par le juge Toy dans la décision *Nelson and Atco Lumber Co. v. Borho* (1976), 1 B.C.L.R. 207 (C.S.C.-B.), où il exprime l'avis, à la p. 213, que les droits conférés par l'art. 8 pour la protection des employés ne peuvent être invoqués à moins que ces derniers ne soient qualifiés. Toutefois, cette affaire est peu importante en l'espèce parce que l'absence de qualification ne reposait pas sur l'un des facteurs mentionnés à l'al. 8(2)a). Ont plus d'importance les paroles de M. W. S. Tarnopolsky, alors professeur, qui siégeait à une commission d'enquête créée en vertu de *The Ontario Human Rights Code*, lors de l'audition d'une plainte déposée par une nommée Bonnie Gore (*In the Matter of the Ontario Human Rights Code and In the Matter of the Complaint of Mrs. Bonnie Gore* (7 décembre 1971, décision inédite)). La plainte faisait suite au refus du Conseil des écoles catholiques d'Ottawa d'engager une secrétaire non catholique pour faire du travail de bureau dans les services administratifs de l'école. Le professeur Tarnopolsky a fait droit à la plainte, mais ce faisant il a établi une distinction nette entre la situation d'un enseignant et celle d'un employé de bureau. Il affirme, aux pp. 8 et 9:

> [TRADUCTION] Je crois qu'il serait raisonnable que le Conseil des écoles séparées refuse d'engager une secrétaire qui est opposée à la foi catholique ou aux objectifs du système des écoles séparées, quelle que soit son éducation religieuse, mais je ne puis voir comment on peut s'attendre à ce qu'une secrétaire serve d'exemple aux enfants. C'est certainement là la responsabilité des enseignants et le côté religieux relève de la responsabilité des ecclésiastiques autant que de la plupart des enseignants. La secrétaire remplit des fonctions de secrétariat et d'écriture (et seulement à temps partiel) conformément aux directives du principal et sous la surveillance de ce dernier. Exiger qu'elle soit catholique romaine n'est pas, à mon avis, une «exigence professionnelle raisonnable» au sens de l'alinéa 4(4)b) de *The Ontario Human Rights Code*. [C'est moi qui souligne.]

It is evident from the above that Professor Tarnopolsky recognized the special nature of the Catholic school but concluded that the clerical worker would not have that degree of contact with the pupils that would make it essential in the interest of the Church to have a Catholic in such position. The responsibilities for carrying out the Church's basic purposes he accorded to the teacher.

As has been said, Seaton J.A. expressed the view that s. 8(2)(a) of the *Code* created an unyielding prohibition against considering religion or marital status as a reasonable cause for the termination of employment. He said of s. 8(2)(a):

> None of the factors contained in it can constitute reasonable cause in s. 8(1) under any circumstances.

Later he said:

> An employer who would refuse to hire an otherwise acceptable job applicant solely because of his race, colour or age, etc., would offend the blunt language of s. 8(2); such factors cannot constitute reasonable cause. This is not to say that more subtle forms of discrimination are not prohibited. The inquiry then shifts to the reasonableness of the employer's refusal as determined by s. 8(1). Thus on this reading of the section, religion and marital status cannot take on the expansive meanings urged by counsel for Mrs. Caldwell.

He then proceeded to make the distinction mentioned above:

> In my view, religion in s. 8(2) means religion of itself and does not extend to a cause based on religion. Thus the question for the Board within s. 8(2)(a) was whether Mrs. Caldwell was not re-employed simply because she was Catholic. Similarly, marital status means marital status of itself and the question for the Board was whether Mrs. Caldwell was not re-employed simply because she had married. If the Board concluded that she was not released for being Catholic or for being married, it follows that she was not released for one of the causes listed in s. 8(2)(a). That may be why the Board went so quickly to s. 8(1).

Il ressort clairement de ce qui précède que le professeur Tarnopolsky a reconnu la nature spéciale de l'école catholique, mais a conclu qu'une employée de bureau n'aurait pas avec les élèves des rapports à ce point fréquents qu'il serait essentiel dans l'intérêt de l'Église que ce poste soit occupé par une catholique. Il a attribué à l'enseignant la responsabilité de réaliser les objectifs fondamentaux de l'Église.

Comme je l'ai déjà dit, le juge Seaton a exprimé l'avis que l'al. 8(2)a) du *Code* crée une interdiction absolue de considérer la religion ou l'état matrimonial comme une cause raisonnable de congédiement. Il a affirmé, à propos de l'al. 8(2)a):

> [TRADUCTION] Aucun des facteurs mentionnés à cet alinéa ne peut jamais constituer une cause raisonnable au sens du par. 8(1).

Plus loin, il dit:

> [TRADUCTION] L'employeur qui refuserait d'embaucher un candidat par ailleurs qualifié pour un emploi uniquement à cause de sa race, de sa couleur, de son âge, etc. irait à l'encontre des termes nets du par. 8(2); ces facteurs ne peuvent constituer une cause raisonnable. Cela ne signifie pas que des formes plus subtiles de discrimination ne sont pas interdites. L'enquête doit alors porter sur le caractère raisonnable du refus de l'employeur en fonction du par. 8(1). Donc suivant cette interprétation de l'article, la religion et l'état matrimonial ne peuvent avoir le sens large proposé par l'avocat de Mme Caldwell.

Il poursuit en faisant la distinction déjà mentionnée:

> [TRADUCTION] À mon sens, la religion dont parle le par. 8(2) signifie la religion en soi et ne s'étend pas à une cause fondée sur la religion. Donc la question qui se posait à la commission d'enquête au sujet de l'al. 8(2)a) était de savoir si Mme Caldwell n'a pas été rembauchée uniquement parce qu'elle était catholique. De même, l'état matrimonial signifie l'état matrimonial en soi et la question à laquelle la commission d'enquête devait répondre était de savoir si Mme Caldwell n'a pas été rembauchée uniquement parce qu'elle s'était mariée. Si la commission d'enquête a conclu qu'elle n'a pas été congédiée parce qu'elle était catholique ou parce qu'elle était mariée, il s'ensuit qu'elle n'a pas été congédiée pour une des causes énumérées à l'al. 8(2)a). Ce peut être la raison pour laquelle la commission d'enquête a passé si rapidement au par. 8(1).

He went on to state that the Board was justified in considering the conduct of the complainant as a matter falling within s. 8(1). For that reason he remitted the matter to the Board to clarify its findings on the question of reasonable cause for dismissal. I gather from his reasons that he was of the opinion that it would have been open to the Board to so find depending on its view of the evidence. I have difficulty in accepting this analysis. In addition to distinguishing between religion and a cause based on religion it depends as well on the treatment of subss. (1) and (2) of s. 8 as declaring two separate propositions independent of each other. I will not go into the question of whether there is a difference between religion and a cause based on religion. I do not reject it as a test which may very well be applicable in some cases, but I do not think that adoption of this concept is necessary in the case at bar, nor do I think subss. (1) and (2) of s. 8 should be treated separately. Subsection (1) creates rights which may not be infringed save for reasonable cause. Subsection (2) "for the purposes of subsection (1)" provides that neither religion nor marital status may be reasonable cause. What we are concerned with here then is not two independent statutory provisions but two different concepts arising in subs. (1), that is, a *bona fide* qualification for employment and a reasonable cause for dismissal. The question before the Board then was not whether the appellant was dismissed for reasonable cause, for neither religion nor marital status may be a reasonable cause, but whether by reason of the loss of a *bona fide* qualification in respect of her occupation she had lost the rights conferred by subs. (1).

The concept of *bona fide* qualification for employment in my view is separate and distinct from a reasonable cause for dismissal. It is difficult and probably unwise to attempt at this stage a general definition of the term "reasonable cause" for application in cases involving s. 8 of the *Code*. There are obvious examples, such as dishonesty, unexplained absenteeism, drunkenness, and incompetence, but these are only examples and their recognition does not assist in framing the

Il continue en disant que la commission d'enquête était justifiée de considérer que la conduite de la plaignante relevait du par. 8(1). Pour ce motif, il lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle clarifie ses conclusions sur la question de la cause raisonnable de congédiement. Si je comprends bien ses motifs, il a estimé qu'il aurait été possible à la commission d'enquête de tirer cette conclusion selon sa façon d'envisager la preuve. Il m'est difficile d'accepter cette analyse. En plus d'établir une distinction entre la religion et une cause fondée sur la religion, elle exige aussi de considérer les par. (1) et (2) de l'art. 8 comme deux dispositions distinctes l'une de l'autre. Je ne me prononcerai pas sur la question de savoir s'il y a une différence entre la religion et une cause fondée sur la religion. Je n'écarte pas cette différence comme un critère qui peut fort bien s'appliquer dans certains cas, mais je ne crois pas que le recours à ce concept soit nécessaire en l'espèce ni que les par. (1) et (2) de l'art. 8 doivent être considérés séparément. Le paragraphe (1) crée des droits auxquels on ne peut porter atteinte si ce n'est pour une cause raisonnable. Le paragraphe (2) prescrit que, «Pour les fins du paragraphe (1)», ni la religion ni l'état matrimonial ne peuvent constituer une cause raisonnable. Ce à quoi nous nous intéressons ici, ce ne sont pas deux dispositions législatives indépendantes, mais deux concepts différents qui découlent du par. (1), c'est-à-dire l'exigence professionnelle réelle et la cause raisonnable de congédiement. La question soumise à la commission d'enquête n'était donc pas de savoir si l'appelante a été renvoyée pour une cause raisonnable, car ni la religion ni l'état matrimonial ne peuvent constituer une cause raisonnable, mais plutôt de savoir si, à cause du non-respect d'une exigence réelle relative à son occupation, elle avait perdu les droits conférés par le par. (1).

Le concept de l'exigence réelle relative à un emploi est, à mon avis, distinct de celui de la cause raisonnable de congédiement. Il serait difficile et probablement mal avisé d'essayer, à ce stade-ci, d'énoncer une définition générale de l'expression «cause raisonnable» applicable aux affaires portant sur l'art. 8 du *Code*. Il y a des exemples évidents, comme la malhonnêteté, les absences fréquentes non motivées, l'ébriété et l'incompétence, mais ce ne sont que des exemples et les reconnaître n'aide

general definition. It could be that in many cases, the same conduct or characteristic of an employee will both constitute reasonable cause for dismissal and have the effect of depriving the employee of a *bona fide* qualification. To that extent the two concepts may overlap but they should not for that reason be confused. The most highly qualified person may yet give his employer reasonable cause to dismiss him. Excluding consideration of the religious requirement, there is absolutely nothing in the case that would justify the dismissal of the appellant as a reasonable cause. In fact, her conduct and competence as a teacher of mathematics and commercial subjects is acknowledged by all. Therefore, any justification for the non-renewal of her teaching contract must be found if at all in the absence of a *bona fide* qualification.

In *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke (Borough of)*, [1982] 1 S.C.R. 202, I had occasion to consider under different statutory provisions the nature of a *bona fide* qualification for employment. I said at p. 208:

> To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

It was argued for the appellant that the acceptance of this test would not permit of a finding that the Church's requirement in the case at bar could constitute a *bona fide* occupational qualification.

The test employed in the *Etobicoke* case has two branches. The first is subjective: is the questioned requirement imposed honestly, in good faith and in the sincerely held belief that it is imposed in the

en rien à formuler la définition générale. Il se peut que, dans de nombreuses occasions, la même conduite ou caractéristique d'un employé constitue une cause raisonnable de congédiement et ait en même temps pour effet de le priver d'une qualification réelle. Dans cette mesure les deux concepts peuvent se chevaucher, mais il ne faut pas pour autant les confondre. La personne la plus qualifiée peut quand même fournir à son employeur une cause raisonnable de la congédier. Exception faite de la question de l'exigence religieuse, il n'y a absolument rien en l'espèce qui puisse constituer une cause raisonnable du congédiement de l'appelante. En réalité, sa compétence et sa bonne conduite en tant que professeur de mathématiques et de matières commerciales sont reconnues de tous. Donc, il faut trouver la justification du non-renouvellement de son contrat d'enseignement, s'il est vraiment justifié, dans l'absence d'une qualification réelle.

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke (Municipalité d')*, [1982] 1 R.C.S. 202, j'ai eu l'occasion d'étudier, dans le contexte de différentes dispositions législatives, la nature d'une exigence réelle relative à un emploi. J'ai affirmé, à la p. 208:

> Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

On a soutenu pour le compte de l'appelante que l'acceptation de ce critère ne permettrait pas de conclure que l'exigence de l'Église en l'espèce peut constituer une exigence professionnelle réelle.

Le critère utilisé dans l'arrêt *Etobicoke* a deux volets. Le premier est subjectif: l'exigence contestée est-elle imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère qu'elle est imposée en

interest of the adequate performance of the work involved and not for ulterior or extraneous reasons, aimed at objectives which could defeat the purpose of the *Code*? It is at once clear that it is met, for at no time in these proceedings has it been suggested that the motives of the school authorities were not honest and in good faith or that the requirement of religious conformance was not imposed solely to promote the objects of the school. No ulterior motive has been shown or even suggested. In addressing the second branch of the test however, it was argued that the requirement of religious conformance was not reasonably necessary to assure the efficient performance of the teaching function in any objective sense. Considerations of economy and safety are not involved. However, the essence of the test remains applicable and may be phrased in this way: "Is the requirement of religious conformance by Catholic teachers, objectively viewed, reasonably necessary to assure the accomplishment of the objectives of the Church in operating a Catholic school with its distinct characteristics for the purposes of providing a Catholic education to its students?"

The answer to this question may be found in the stated case. As has been mentioned earlier, the Board made extensive reference to this question in the stated case particularly in paragraphs 20 to 31 which have been summarized above. Particular reference may be made to paragraphs 22, 23 and 24, which are reproduced hereunder:

> 22. The goals of the Catholic schools are furthered by a number of principles which have been developed by the Church with respect to them, namely:
>
> a. The teacher is in an excellent position to form the minds and hearts of his pupils;
>
> b. To achieve its specific aims, the Catholic school depends not so much on subject matter or methodology as on the people who work there and teachers are required, in imitation of Christ, to reveal the Christian message, not only by work but also by every gesture of their behaviour;
>
> c. A Catholic teacher must exhibit to the students an example that is consistent with what is being taught. For a Catholic teacher to be cred-

vue d'assurer la bonne exécution du travail en question et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du *Code*? Il est tout à fait manifeste que cette condition est remplie, car on n'a jamais soutenu dans les présentes procédures que les motifs des autorités scolaires n'étaient pas honnêtes ou de bonne foi ou que l'exigence d'observance religieuse n'a pas été imposée uniquement pour promouvoir les objectifs de l'école. On n'a pas démontré ni même évoqué l'existence d'un motif inavoué. Toutefois, quant au second volet du critère, on a soutenu que, objectivement parlant, l'exigence d'observance religieuse n'était pas raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace du travail d'enseignant. Il n'est pas question de facteurs économiques ou de considérations de sécurité. Cependant, le critère demeure essentiellement applicable et peut se formuler ainsi: «Considérée objectivement, l'exigence que les professeurs catholiques se conforment à la religion est-elle raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs que poursuit l'Église en maintenant une école catholique de caractère distinct dans le but de fournir une éducation catholique à ses élèves?»

La réponse à cette question peut se trouver dans l'exposé de cause. Comme je l'ai déjà dit, la commission d'enquête a abondamment traité de cette question dans l'exposé de cause, notamment aux paragraphes 20 à 31 que j'ai déjà résumés. On peut citer plus particulièrement les paragraphes 22, 23 et 24:

> [TRADUCTION]
>
> 22. L'Église a élaboré un certain nombre de principes qui visent à promouvoir les objectifs des écoles catholiques, savoir:
>
> a. l'enseignant est dans une situation excellente pour former le coeur et l'esprit de ses élèves;
>
> b. pour réaliser ses objectifs spécifiques, l'école catholique dépend moins du sujet ou de la méthode de l'enseignement que des personnes qui y travaillent; aussi exige-t-on des enseignants qu'ils témoignent, à l'exemple du Christ, du message chrétien non seulement dans leur travail mais aussi dans tous les aspects de leur conduite;
>
> c. l'enseignant catholique doit constituer pour les élèves un exemple conforme à ce qui est enseigné. Pour être crédible, l'enseignant catholique doit

ible, he must proclaim the Catholic philosophy by his actions, both within the school and outside it;

d. The approach of completing the Christian formation of the pupils is especially significant today because of the inadequacy of the family and society; and

e. The Catholic school is a genuine community bent on imparting, over and above an accademic education, all help it can to its numbers to adopt a Christian way of life.

23. The different emphasis of the Catholic school was developed very thoroughly in the evidence at the hearing, both through presentation of Church documents and in the evidence of the Church's witnesses and is epitomized in the statement of the Principal of the School that "We're not just teaching them how to read and write ... we're teaching a way of life".

24. This differing emphasis has a number of manifestations in the administration of the school and its day-to-day activities as manifested by the following features:

a. The teaching of doctrine and the proper behaviour of the teachers are specifically included in the contract of employment, which contract provides that the teacher shall exhibit the highest model of Christian behaviour and that religious and moral training shall occupy the principal place in the curriculum;

b. The School held retreats for its teaching staff at which the special role of the Catholic school and development of the whole person was a subject; and

c. The appraisal form on which teachers are evaluated, though borrowed from a public school form, was amended after one year so that it better reflected the Catholic school, a new first segment being introduced titled "Teaching in the Spirit of the Catholic School—Its Character and Mission", which segment addresses itself to the issue of how well the teacher performs as a Christian witness to the students.

The Board found that the Catholic school differed from the public school. This difference does not consist in the mere addition of religious training to the academic curriculum. The religious or doctrinal aspect of the school lies at its very heart and colours all its activities and programs. The role of the teacher in this respect is fundamental to the whole effort of the school, as much in its spiritual nature as in the academic. It is my opinion that objectively viewed, having in mind the special

par ses actes proclamer la philosophie catholique tant à l'école qu'à l'extérieur de celle-ci;

d. le choix de parfaire la formation chrétienne des élèves est spécialement important aujourd'hui à cause des déficiences de la famille et de la société; et

e. l'école catholique est une véritable communauté vouée à dispenser outre l'instruction scolaire, toute l'aide possible pour que ses membres adoptent une manière chrétienne de vivre.

23. La différence que comporte l'école catholique a été exposée de façon très détaillée dans la preuve soumise à l'audience, aussi bien par la présentation de documents de l'Église que par les dépositions de ses témoins, et elle est résumée par la déclaration du principal de l'école: «Nous ne nous bornons pas à leur enseigner à lire et à écrire ... nous leur enseignons une manière de vivre».

24. Cette différence se manifeste de plusieurs façons dans l'administration de l'école et dans ses activités quotidiennes, notamment:

a. l'enseignement de la doctrine et la bonne conduite des enseignants sont spécifiquement mentionnés dans le contrat de travail qui prévoit que l'enseignant est tenu de donner l'exemple le plus parfait de conduite chrétienne et que la formation religieuse et morale doit occuper la première place dans le programme scolaire;

b. l'école tient des retraites pour son personnel enseignant au cours desquelles on explique le rôle spécial de l'école catholique et la formation de la personne dans son ensemble; et

c. bien que la formule d'évaluation des enseignants suive celle utilisée dans les écoles publiques, elle a été modifiée après une année de manière à mieux correspondre à l'école catholique. La nouvelle première partie est intitulée «L'enseignement selon l'esprit de l'école catholique—son caractère et sa mission»; elle vise à évaluer le rendement des enseignants en tant que témoins du Christ auprès des élèves.

La commission d'enquête a conclu que l'école catholique est différente de l'école publique. Cette différence ne consiste pas seulement en la simple addition d'une formation religieuse au programme scolaire. L'aspect religieux ou doctrinal se situe au coeur même de l'école et a une incidence sur toutes ses activités et ses programmes. Le rôle de l'enseignant est sous ce rapport essentiel à l'effort global de l'école, aussi bien sur le plan spirituel que sur le plan scolaire. À mon avis, considérant les choses

nature and objectives of the school, the requirement of religious conformance including the acceptance and observance of the Church's rules regarding marriage is reasonably necessary to assure the achievement of the objects of the school. It is my view that the *Etobicoke* test is thus met and that the requirement of conformance constitutes a *bona fide* qualification in respect of the occupation of a Catholic teacher employed in a Catholic school, the absence of which will deprive her of the protection of s. 8 of the *Human Rights Code*. It will be only in rare circumstances that such a factor as religious conformance can pass the test of *bona fide* qualification. In the case at bar, the special nature of the school and the unique role played by the teachers in the attaining of the school's legitimate objects are essential to the finding that religious conformance is a *bona fide* qualification.

Section 22 Issue

A further basis for the dismissal of the appeal was advanced by the respondents. They have argued that whatever view the Court may take regarding the application and effect of s. 8 the dismissal of Mrs. Caldwell is a permitted preference under s. 22 of the *Code*. The appellants on the other hand contend that s. 22 creates an exception to the general prohibition against discrimination in employment and it should therefore be narrowly construed so as not to permit any greater limitation than is necessary on the rights which the *Code* was enacted to create and protect. Argument on this issue was mainly concerned with the extent and identification of the identifiable group to be benefited, and whether or not any preference had been granted to members of that group. Before these arguments can be resolved and a decision made concerning the application of s. 22, one must examine the background against which the section was enacted, and its proper application in relation to the other provisions of the *Code*.

To begin with it must be recognized that we are here facing a situation where there is a clear conflict between two sound legal positions. There is an assertion by each party of a clear legal right

objectivement et compte tenu de la nature et des objectifs spéciaux de l'école, l'exigence d'observance religieuse, y compris l'acceptation et l'observation des règles de l'Église relatives au mariage, est raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs de l'école. J'estime que l'on satisfait ainsi au critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, que l'exigence d'observance religieuse constitue une exigence professionnelle réelle pour une enseignante catholique employée dans une école catholique et que le non-respect de cette exigence a pour effet de la priver de la protection de l'art. 8 du *Human Rights Code*. Ce n'est que dans de rares circonstances qu'un facteur comme l'observance religieuse peut satisfaire au critère d'exigence réelle. En l'espèce, la nature spéciale de l'école et le rôle unique joué par les enseignants dans la réalisation des objectifs légitimes de l'école sont essentiels à la conclusion que l'observance religieuse est une exigence réelle.

Question relative à l'article 22

Les intimés ont invoqué un autre moyen pour demander le rejet du pourvoi. Ils ont soutenu que, quel que soit le point de vue que puisse adopter la Cour au sujet de l'application et de l'effet de l'art. 8, le congédiement de Mme Caldwell constitue une préférence permise en vertu de l'art. 22 du *Code*. D'autre part, les appelants soutiennent que l'art. 22 crée une exception à l'interdiction générale contre la discrimination dans l'emploi et qu'il faut donc lui donner une interprétation restrictive qui ne permette pas d'imposer aux droits que le *Code* vise à créer et à protéger des limites plus grandes que celles qui sont nécessaires. L'argumentation relative à ce moyen a principalement porté sur l'identification et l'étendue du groupe identifiable ainsi favorisé et sur la question de savoir si on a donné la préférence aux membres de ce groupe. Pour pouvoir trancher ces arguments et rendre une décision sur l'application de l'art. 22, il faut examiner le contexte dans lequel cet article a été adopté et la façon dont il doit être appliqué par rapport aux autres dispositions du *Code*.

D'abord, il faut reconnaître que nous sommes en présence d'une situation où il y a un conflit évident entre deux positions juridiquement valables. Chacune des parties soutient avoir un droit manifeste

and the two rights, if each is to be accepted with no modification or limitation, are incompatible. The respondent is lawfully entitled to create and to operate a denominational school according to Roman Catholic concepts of education. There may be no specific enactment of the Legislature of the Province of British Columbia which confers this right. It is, however, an unquestioned fact that Roman Catholic schools have existed in British Columbia since the Province was formed, beside, but separate from, the public school system. For many years they have been entitled to public financial support, and attendance of pupils at such schools has been recognized as a substitute for compulsory attendance at public schools. There can be no serious question that Roman Catholic schools, having their special nature, have functioned and continue to function lawfully in the Province. On the other hand, the law of the land has conferred rights regarding employment which have come into conflict with the rights of the respondent in the operation of its denominational school.

It seems evident to me that the Legislature of British Columbia, recognizing the historically acquired position of the denominational school and the desirability of preserving it, in enacting a Human Rights Code which goes far to eliminate differences and distinctions in society, included s. 22 as a protection for the denominational school or other institution in like case. It is therefore my opinion that the courts should not in construing s. 22 consider it merely as a limiting section deserving of a narrow construction. This section, while indeed imposing a limitation on rights in cases where it applies, also confers and protects rights. I agree with Seaton J.A. in the Court of Appeal where he expressed this thought in these words:

> This is the only section in the Act that specifically preserves the right to associate. Without it the denominational schools that have always been accepted as a right of each denomination in a free society, would be eliminated. In a negative sense s. 22 is a limitation on the rights referred to in other parts of the Code. But in another sense it is a protection of the right to associate. Other sections ban religious discrimination; this section permits the promotion of the religion.

et si ces deux droits devaient être reconnus sans modification ni restriction, ils seraient incompatibles. L'intimé a juridiquement le droit d'établir et de gérer une école confessionnelle conforme aux concepts d'éducation catholiques. Il n'y a peut-être pas de texte spécifique de la législature de la Colombie-Britannique qui accorde ce droit. Toutefois, on ne conteste pas que les écoles catholiques existent en Colombie-Britannique depuis la création de la province parallèlement au système d'écoles publiques, mais indépendamment de celui-ci. Depuis un bon nombre d'années, elles ont droit au financement public et la fréquentation de ces écoles par les élèves est reconnue comme un substitut à la fréquentation obligatoire de l'école publique. On ne saurait sérieusement contester que les écoles catholiques, dotées de leurs caractéristiques propres, ont existé et continuent d'exister légalement dans la province. D'autre part, le droit interne a reconnu, en matière d'emploi, certains droits qui viennent en conflit avec les droits de l'intimée en matière de gestion de son école confessionnelle.

Il me paraît évident qu'en reconnaissant la place que s'est taillée historiquement l'école confessionnelle et l'opportunité de la préserver, en adoptant le *Human Rights Code* qui contribue beaucoup à éliminer les différences et les distinctions dans la société, la législature de la Colombie-Britannique a inséré l'art. 22 dans le but de protéger l'école confessionnelle ou d'autres institutions semblables. J'estime donc que les tribunaux ne doivent pas considérer l'art. 22 simplement comme une disposition limitative qui doit être interprétée restrictivement. Tout en imposant des limites à des droits dans les cas où il s'applique, cet article confère et protège également des droits. Je suis d'accord avec le juge Seaton de la Cour d'appel qui exprime la même idée dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] C'est le seul article de la Loi qui protège expressément le droit d'association. Sans lui, les écoles confessionnelles qui ont toujours été reconnues comme un droit de chaque confession dans une société libre se trouveraient éliminées. Dans un sens négatif, l'art. 22 constitue une limite aux droits mentionnés dans d'autres parties du Code. Mais, dans un autre sens, il protège le droit d'association. D'autres articles interdisent la discrimination fondée sur la religion; cet article permet de promouvoir la religion.

Later he said:

> Section 22 is the only part of the Act that preserves the rights of those who would have separate schools. No valid reason has been suggested why it should be construed narrowly. On the contrary, good reason has been offered why it should not.

Those considerations in mind, I turn to the construction of s. 22, which is reproduced hereunder:

> **22.** Where a charitable, philanthropic, educational, fraternal, religious or social organization or corporation that is not operated for profit has as a primary purpose the promotion of the interests and welfare of an identifiable group or class of persons characterized by a common race, religion, age, sex, marital status, political belief, colour, ancestry or place of origin, that organization or group shall not be considered as contravening this Act because it is granting a preference to members of the identifiable group or class of persons.

It was not suggested that the respondent school was not an educational and religious organization not operated for profit, having as a primary purpose the promotion of the interests and welfare of an identifiable group or class of persons characterized by a common religion. As to the identity of the group, the majority of the Board found, and I would not question their finding, that the identifiable group is comprised of the Catholic residents in the parishes served by the school or, alternatively, those members of the Catholic faith supporting the society operating the school. Their findings in this respect are stated in paragraph 35 of the stated case:

> 35. The majority of the Board of Inquiry, namely the others thereof, concluded in respect to the said section 22 of the said Act that the "identifiable group" referred to in said section 22 is those members of the Catholic faith residing in the five North Shore parishes which the School serves. Alternatively, the majority concluded that the proper community may be those members of the Catholic faith who support the respondent Society which owns and operates the Catholic schools in the Vancouver area. Whichever of these two geographic limitations is appropriate, the majority of this Board believed that the persons interested are not just the pupils in the School, but are the members of the Catholic

Il affirme plus loin:

> [TRADUCTION] L'article 22 est le seul élément de la Loi qui protège les droits de ceux qui ont des écoles séparées. On ne nous a soumis aucun motif valable de l'interpréter restrictivement. Au contraire, on nous a fourni de bonnes raisons de ne pas le faire.

En ayant ces considérations à l'esprit, j'aborde la question de l'interprétation de l'art. 22 dont voici le texte:

> [TRADUCTION] **22.** Lorsqu'un organisme ou groupement charitable, philanthropique, religieux, social ou d'entraide, sans but lucratif, a pour objectif principal la promotion des intérêts et du bien-être d'une catégorie ou d'un groupe identifiable de personnes caractérisées par la communauté de race, de religion, d'âge, de sexe, d'état matrimonial, de convictions politiques, de couleur, d'ascendance ou de lieu d'origine, cet organisme ou groupement n'est pas censé contrevenir à la présente loi parce qu'il donne la préférence aux membres de ce groupe ou de cette catégorie identifiable de personnes.

On n'a pas laissé entendre que l'école intimée n'est pas un organisme éducatif et religieux, sans but lucratif, dont l'objectif principal est la promotion des intérêts et du bien-être d'un groupe ou d'une catégorie identifiable de personnes caractérisées par la communauté de religion. Quant à l'identité du groupe, la commission d'enquête a conclu à la majorité, ce que je m'abstiens de discuter, que le groupe identifiable est composé des résidants catholiques des paroisses desservies par l'école ou, subsidiairement, des fidèles catholiques qui soutiennent la société qui gère l'école. Ses conclusions à cet égard sont énoncées au paragraphe 35 de l'exposé de cause:

[TRADUCTION]

> 35. La commission d'enquête à la majorité, c'est-à-dire les autres membres, a conclu, à l'égard de l'art. 22 de ladite loi que le «groupe identifiable» mentionné dans ledit article est composé des fidèles catholiques qui résident dans les cinq paroisses de la Rive-Nord que l'école dessert. Subsidiairement, la majorité a conclu que la communauté visée pouvait être celle des fidèles catholiques qui soutiennent la société intimée qui possède et gère les écoles catholiques de la région de Vancouver. Quelle que soit la délimitation géographique applicable, la commission d'enquête à la majorité a cru que les personnes intéressées sont non seulement les élèves, mais éga-

faith who have created the School and who support it.

I find no real difference in the alternative referred to and I would accept as a finding of fact the first definition of the group.

The group having been defined, what then is meant by the "granting of a preference to members of the group"? The Board dealt with this question in paragraphs 37 and 38 of the stated case in these terms:

37. The majority of the Board concluded that the aforementioned pattern of conduct, and even the non-renewal of Mrs. Caldwell seen in isolation, qualify as a "preference" within the meaning of that word as it is found in section 22 of the Human Rights Code.

38. The majority of the Board of Inquiry concluded that the purpose of section 22 is served by permitting the respondent to make the preference among the members of the Catholic community which it has made in this case.

In my opinion the Board made no error in law in these dispositions of the question. The purpose of the section is to preserve for the Catholic members of this and other groups the right to the continuance of denominational schools. This, because of the nature of the schools, means the right to preserve the religious basis of the schools and in so doing to engage teachers who by religion and by the acceptance of the Church's rules are competent to teach within the requirements of the school. This involves and justifies a policy of preferring Roman Catholic teachers who accept and practice the teachings of the Church. In failing to renew the contract of Mrs. Caldwell, the school authorities were exercising a preference for the benefit of the members of the community served by the school and forming the identifiable group by preserving a teaching staff whose Catholic members all accepted and practised the doctrines of the Church. In my opinion then, the dismissal of Mrs. Caldwell may not be considered as a contravention of the *Code* and the appeal must fail. It follows then, that the conflict between the two legal positions asserted by the parties is resolved in favour of the respondent School.

lement les fidèles catholiques qui ont créé l'école et qui l'appuient.

Je ne vois pas de différence réelle dans la définition subsidiaire et j'adopte comme conclusion de fait la première définition du groupe.

Le groupe ayant été défini, que faut-il entendre par «donne la préférence aux membres de ce groupe»? La commission d'enquête a abordé cette question aux paragraphes 37 et 38 de l'exposé de cause de la façon suivante:

[TRADUCTION]

37. La commission d'enquête a conclu à la majorité que le type de conduite susmentionné et même le non-renouvellement du contrat de Mme Caldwell considéré isolément correspondent à une «préférence» au sens de ce terme à l'art. 22 du Human Rights Code.

38. La commission d'enquête a conclu à la majorité que permettre à l'intimé de donner la préférence aux membres de la communauté catholique comme elle l'a fait en l'espèce est conforme au but de l'art. 22.

À mon avis, la commission d'enquête n'a commis aucune erreur de droit en tranchant ainsi la question. Le but de l'article est de préserver le droit au maintien des écoles confessionnelles qu'ont les catholiques de ce groupe et ceux d'autres groupes. À cause de la nature des écoles, cela signifie le droit de préserver le fondement religieux des écoles et, pour ce faire, d'embaucher des enseignants qui, à cause de leur religion et de leur acceptation des règles de l'Église, sont compétents pour enseigner d'une manière conforme aux exigences de l'école. Cela comporte et justifie la politique qui consiste à préférer des enseignants catholiques qui acceptent et pratiquent les enseignements de l'Église. En ne renouvelant pas le contrat de Mme Caldwell, les autorités scolaires ont fait un choix au profit des membres de la communauté desservie par l'école et qui forment le groupe identifiable, en maintenant un corps enseignant composé de catholiques qui tous acceptent et pratiquent les enseignements de l'Église. À mon avis, le congédiement de Mme Caldwell ne peut donc être considéré comme une violation du *Code* et le pourvoi doit être rejeté. Il s'ensuit donc que le conflit entre les deux positions juridiques avancées par les parties est tranché en faveur de l'école intimée.

The respondent has argued in this Court as in the courts below and before the Board that s. 8 of the *Human Rights Code* in so far as it may interfere with the right of a denominational school to prefer members of its own denomination in hiring teachers is *ultra vires* of the Legislature of the Province. Reference is made to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, which provides:

> **93.** In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:
>
> (1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

It was also argued that s. 8 in so far as it affects the hiring practices of the denominational school was *ultra vires* as affecting freedom of religion, a subject left to the Federal Parliament.

These arguments were rejected before the Board and also in the Courts below and I need not go into these questions in any detail. The rights of denominational schools in British Columbia were very limited at the time of Confederation. It has been said that they were limited to the right to exist (see Audrey S. Brent, *The Right to Religious Education and the Constitutional Status of Denominational Schools* (1974-75), 40 Sask. Law Rev. 239) and it was contended that nothing in s. 8 of the *Code* affected any such rights. It may be added that s. 22 protects such rights in any event. I would agree with Seaton J.A. in the Court of Appeal when he said:

> The final argument made by the appellants was that the Act was unconstitutional as legislation in relation to freedom of religion and as legislation contrary to s. 93(1) of the British North America Act. When s. 22 is interpreted in other than a narrow fashion, the constitutional arguments cannot be made—freedom of religion remains and the right to separate schools continues.

The appellant fails on this ground and I would answer the constitutional question in the negative.

L'intimée a soutenu en cette Cour, dans les cours d'instance inférieure et devant la commission d'enquête que, dans la mesure où l'art. 8 du *Human Rights Code* peut porter atteinte au droit de l'école confessionnelle de donner la préférence aux membres de sa propre confession en embauchant des enseignants, il est *ultra vires* de la législature de la province. On a invoqué le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dispose:

> **93.** Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:
>
> (1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

On a aussi soutenu que, dans la mesure où l'art. 8 touche les pratiques d'embauchage des écoles confessionnelles, il est *ultra vires* parce qu'il porte atteinte à la liberté de religion qui est un chef de compétence du Parlement fédéral.

La commission d'enquête et les cours d'instance inférieure ont rejeté ces arguments et il ne m'est pas nécessaire d'examiner ces questions en détail. Les droits des écoles confessionnelles étaient très limités en Colombie-Britannique à l'époque de la Confédération. On a affirmé qu'ils se limitaient au droit d'exister (voir Audrey S. Brent, *The Right to Religious Education and the Constitutional Status of Denominational Schools* (1974-75), 40 Sask. Law Rev. 239) et on a soutenu que rien dans l'art. 8 du *Code* ne modifie ces droits. On peut ajouter que l'art. 22 les protège de toute façon. Je suis d'accord avec le juge Seaton de la Cour d'appel lorsqu'il affirme:

> [TRADUCTION] Le dernier moyen soulevé par les appelants consiste à dire que la Loi est inconstitutionnelle parce qu'elle porte sur la liberté de religion et parce qu'elle est contraire au par. 93(1) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Si l'on n'interprète pas l'art. 22 de façon stricte, les arguments constitutionnels tombent: la liberté de religion est préservée et le droit aux écoles séparées est maintenu.

Ce moyen de l'appelante échoue et je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

In conclusion I would say that the appeal must be dismissed with costs. I would not remit the matter to the Board; in my view, all essential facts were found and stated by it. The Board's order will be restored. The respondent school is entitled to its costs throughout. There will be no costs payable to or by the interveners.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant, Director, Human Rights Code of British Columbia: Pearlman & Lindholm, Victoria.

Solicitors for the appellant Margaret Caldwell: Vickers & Palmer, Victoria.

Solicitors for the respondents Ian Charles Stuart, Principal, St. Thomas Aquinas High School, and The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent, the Attorney General of British Columbia: Owen-Flood & Considine, Victoria.

En conclusion, je suis d'avis que le pourvoi doit être rejeté avec dépens. Je ne renvoie pas l'affaire à la commission d'enquête; à mon avis, elle a tiré des conclusions sur tous les faits essentiels et les a énoncés. L'ordonnance de la commission d'enquête est rétablie. L'école intimée a droit à ses dépens dans toutes les cours. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant, le Directeur, Human Rights Code de la Colombie-Britannique: Pearlman & Lindholm, Victoria.

Procureurs de l'appelante Margaret Caldwell: Vickers & Palmer, Victoria.

Procureurs des intimés Ian Charles Stuart, principal, St. Thomas Aquinas High School et The Catholic Public Schools of Vancouver Archdiocese: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Owen-Flood & Considine, Victoria.

Kristine Lyons *Applicant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and between

John Prevedoros *Applicant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File Nos.: 17181 and 17193.

1983: October 4; 1983: October 13.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.

APPLICATIONS FOR JUDICIAL RELEASE OR STAY OF SENTENCE

Criminal law — Applications for judicial release or stay of sentence — Applications denied — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 608 [rep. & sub. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12], 608.1 [added R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12; rep. & sub. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 73].

APPLICATIONS for judicial release or stay of sentence. Applications denied.

Howard Rubin, for the applicant Lyons.

John D. Banks, for the applicant Prevedoros.

S. R. Fainstein, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—These are applications for judicial release or stay of sentence made by the applicants, Kristine Lyons and John Prevedoros, pending the judgment of this Court on their respective appeals in which judgment was reserved on June 23, 1983.

Following the hearing of these appeals in this Court, the applicants made applications for judicial release to the Court of Appeal of British Columbia pursuant to s. 608 of the *Criminal Code* of Canada. These applications were heard by Hinkson J.A. in Chambers and dismissed. Review

Kristine Lyons *Requérante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et entre

John Prevedoros *Requérant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N^os du greffe: 17181 et 17193.

1983: 4 octobre; 1983: 13 octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et McIntyre.

DEMANDES DE MISE EN LIBERTÉ PAR VOIE JUDICIAIRE OU DE SURSIS À L'EXÉCUTION DE LA SENTENCE

Droit criminel — Demandes de mise en liberté par voie judiciaire ou de sursis à l'exécution de la sentence — Demandes rejetées — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 608 [abr. & remp. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12], 608.1 [aj. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12; abr. & remp. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 73].

DEMANDES de mise en liberté par voie judiciaire ou de sursis à l'exécution de la sentence. Demandes rejetées.

Howard Rubin, pour la requérante Lyons.

John D. Banks, pour le requérant Prevedoros.

S. R. Fainstein, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Il s'agit de demandes de mise en liberté judiciaire ou de sursis à l'exécution de la sentence adressée par les requérants, Kristine Lyons et John Prevedoros, en attendant la décision de cette Cour dans leur pourvoi respectif mis en délibéré le 23 juin 1983.

Après l'audition de ces pourvois par cette Cour, les requérants ont présenté des demandes de mise en liberté judiciaire à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conformément à l'art. 608 du *Code criminel* du Canada. Ces demandes ont été entendues par le juge Hinkson en chambre et

was then sought under s. 608.1 and the application for review was declined by the Chief Jutice of British Columbia. It is against this background that these applications now before this Court must be considered.

If it be assumed that this Court had jurisdiction to respond to these applications (as counsel for the applicants have so ably argued), this Court would decline to grant the orders sought but in doing so would wish to be understood as construing the decision of Hinkson J.A. in denying judicial release as one which is based directly on the circumstances of these applicants and not as an application of a general proposition that judicial release should not be granted upon a reserve of judgment in an appeal by the Supreme Court of Canada.

These applications are therefore denied.

Applications denied.

Solicitor for the applicant Lyons: Howard Rubin, North Vancouver.

Solicitor for the applicant Prevedoros: John D. Banks, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

rejetées. Une révision a alors été demandée en vertu de l'art. 608.1 et elle a été refusée par le juge en chef de la Colombie-Britannique. C'est dans ce contexte que cette Cour doit examiner ces demandes.

Si l'on présume que cette Cour a compétence pour agir en l'espèce (ce que les procureurs des requérants ont plaidé avec talent), elles est d'avis de refuser de rendre les ordonnances demandées. Il faut toutefois qu'il soit bien clair qu'elle en vient à cette conclusion parce que, selon elle, la décision par laquelle le juge Hinkson refuse la mise en liberté judiciaire est directement fondée sur la situation de ces requérants et non sur l'application d'un principe général selon lequel la mise en liberté judiciaire ne doit pas être accordée dans les cas où la Cour suprême du Canada met des affaires en délibéré.

Ces demandes sont donc rejetées.

Demandes rejetées.

Procureur de la requérante Lyons: Howard Rubin, North Vancouver.

Procureur du requérant Prevedoros: John D. Banks, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Kristine Lyons, John Prevedoros and Brian McGuire *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File Nos.: 17181, 17193, and 17196.

1983: June 23; 1984: December 20.

Present: Ritchie*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Wiretaps — Admissibility of evidence — Interceptions authorized by court — Installation of device involving trespass — Whether or not interceptions "lawfully made" — Whether or not evidence obtained admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1), (2)(d), 178.16(1).

Evidence — Admissibility — Wiretap evidence — Operation to obtain evidence involving trespass — Whether or not evidence admissible.

Police officers, authorized to intercept appellants' private communications, entered the residence of one of the appellants without consent to install a room monitoring device. None of the authorizations made reference to the manner of installing the device. Later, the appellants were tried and convicted on a charge of conspiracy to import a narcotic. Conversations intercepted by the monitoring device were introduced in evidence at trial and held admissible. The Court of Appeal dismissed appellants' appeals but a dissenting judge concluded the evidence of the intercepted communications inadmissible in that the trespass made the interceptions not "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1) of the *Criminal Code*. The appeals were based on this dissenting judgment.

Held (Dickson and Chouinard JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ.: Part IV.1 of the *Criminal Code*, when read as a whole, clearly contemplates, requires and authorizes, by necessary implication and unavoidable inference, the placing of a radio device on the premises where the intercept is to be made, where the use of radio equipment is authorized for the interception of a private communication. Modern

* Ritchie J. took no part in the judgment.

Kristine Lyons, John Prevedoros et Brian McGuire *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17181, 17193 et 17196.

1983: 23 juin; 1984: 20 décembre.

Présents: Les juges Ritchie*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Écoute électronique — Admissibilité en preuve — Interceptions autorisées par la cour — Mise en place de dispositifs comportant une intrusion — Les interceptions ont-elles été «faites légalement»? — La preuve ainsi obtenue est-elle admissible? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1),(2)d), 178.16(1).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par voie d'écoute électronique — Opération pour obtenir la preuve comportant une intrusion — La preuve est-elle admissible?

Des agents de police autorisés à intercepter les communications privées des appelants ont pénétré sans permission dans la résidence de l'un de ceux-ci pour y mettre en place un appareil d'écoute. Aucune des autorisations ne mentionne la façon de mettre en place l'appareil. Plus tard, les appelants ont subi leur procès et ont été déclarés coupables relativement à une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant. Les conversations interceptées au moyen de l'appareil d'écoute ont été produites en preuve au procès et jugées admissibles. La Cour d'appel a rejeté les appels interjetés par les appelants, mais un juge dissident a conclu que la preuve tirée des communications interceptées était inadmissible parce que, vu l'intrusion, l'interception n'avait pas été «faite légalement» au sens du par. 178.16(1) du *Code criminel*. Les pourvois découlent de cette dissidence.

Arrêt (les juges Dickson et Chouinard sont dissidents): Les pourvois sont rejetés.

Les juges Beetz, Estey, McIntyre et Lamer: Prise dans son ensemble, la partie IV.1 du *Code criminel* envisage, exige et autorise clairement, par déduction nécessaire, la mise en place d'un dispositif radio dans les lieux où l'interception doit être faite, lorsque l'utilisation de matériel radio est autorisée pour intercepter une communication privée. Les techniques modernes de sur-

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

surveillance techniques involve the invasion of property by directed energy to extract private communications and no express authorization for such "entry" on the target premises is found in Part IV.1. Parliament should not be taken to have authorized the use of procedures and equipment without, at the same time, supplying the public officers undertaking these duties with the appropriate means and authority to carry them out.

The process of interception is a single undertaking carried out on authorization orders of the court and cannot be segmented into legally consequential and legally inconsequential steps. The evidence cannot be considered admissible on the one hand, and an attendant trespass, on the other, be left to be dealt with in later proceedings.

Parliament has broadly empowered the courts to authorize the use of devices to intercept designated communications. Since many of the devices allowed by the *Code* could not otherwise function as interception "devices", Parliament cast the section broadly so as to empower the court in its discretion to authorize the placing of a "device" inside the premises designated in the authorization, whether or not a trespass might occur and whether or not the owner of the premises was the person whose communications were to be intercepted. Parliament, however, foresaw the differences in the magnitude in the potential seriousness presented by the several interception procedures that Part IV.1 allows the court to authorize. Section 178.13(2)(*d*), therefore, by requiring the authorizing judge to include in the authorization "such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest", creates a judicial safeguard to balance the bilateral nature of Part IV.1—the shield from, and yet the instrument permitting, invasions of privacy. The authorization granted here was sufficiently broad to empower the law enforcement officers both to plant and to service the device, even when both activities involved a physical entry into the targeted premises.

Interceptions, if "lawfully made", can be admitted in evidence. The term, however, given its presence in Part IV.1 (a mini-Code within the codified criminal law) must be interpreted to mean in accordance with Part IV.1, as opposed to in conformity with all laws. Logical impossibilities result if "unlawful" is taken to refer to *Criminal Code* sections not in Part IV.1, let alone to all other laws. It was unreasonable to read s. 178.16 as rendering interceptions inadmissible because external procedures used in the operation entailed entry which

veillance comportent l'intrusion dans une propriété par l'envoi d'énergie en vue d'en extraire des communications privées et aucune autorisation expresse d'une telle «entrée» dans les lieux visés ne se trouve dans la partie IV.1. On ne doit pas considérer que le Parlement a autorisé l'utilisation de méthodes et de matériel sans, en même temps, donner aux fonctionnaires chargés de ces tâches les moyens et le pouvoir nécessaires pour les remplir.

Le processus d'interception est une entreprise unique réalisée en vertu d'ordonnances d'autorisation judiciaires et il ne peut se diviser en étapes comportant des conséquences juridiques et en étapes n'en comportant pas. On ne peut tenir la preuve pour admissible d'une part et, d'autre part, prétendre que l'intrusion qui a été commise pour l'obtenir relève de procédures subséquentes.

Le Parlement a habilité de façon générale les tribunaux à autoriser l'utilisation de dispositifs pour intercepter des communications précises. Étant donné qu'un bon nombre des dispositifs permis par le *Code* ne peuvent fonctionner autrement que comme «dispositifs» d'interception, le Parlement a rédigé l'article de façon générale de manière à conférer aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la mise en place du «dispositif» dans les lieux désignés dans l'autorisation, peu importe qu'il puisse se produire une intrusion et que le propriétaire des lieux soit ou non la personne dont les communications doivent être interceptées. Le Parlement a cependant prévu des différences d'ampleur dans la gravité possible des conséquences que peuvent entraîner les différentes méthodes d'interception que la partie IV.1 permet aux tribunaux d'autoriser. Donc, en exigeant que le juge qui accorde l'autorisation y mentionne «les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt du public», l'al. 178.13(2)*d*) crée une protection judiciaire propre à équilibrer la nature ambivalente de la partie IV.1—qui vise, à la fois, à préserver contre les atteintes à la vie privée et à les rendre possibles. L'autorisation accordée en l'espèce est assez générale pour permettre aux agents de police de mettre en place le dispositif et de l'entretenir, même si les deux opérations comportent une entrée physique dans les lieux visés.

Les interceptions sont admissibles en preuve si elles ont été «faites légalement». Toutefois, vu sa présence dans la partie IV.1 (qui est un mini-code à l'intérieur du droit criminel codifié), cette expression doit s'interpréter comme signifiant conformément à la partie IV.1 et non comme signifiant en conformité avec toutes les lois. Affirmer que le mot «illégal» renvoie aux articles du *Code criminel* qui ne se trouvent pas dans la partie IV.1, voire à toutes les autres lois, entraîne des absurdités. Il n'est pas raisonnable d'interpréter l'art. 178.16 comme

may have amounted to trespass. The physical entry here did not amount to a breach of Part IV.1, and in particular, to a breach of s. 178.11. Indeed, once Parliament has granted the power to authorize and once that power has been exercised, the authorized conduct in law would no longer amount to trespass.

Per Dickson and Chouinard JJ., *dissenting*: A private communication that has been intercepted by means of any form of electronic surveillance is inadmissible pursuant to s. 178.16(1) of the *Code* unless the interception was "lawfully made". Thus, for the purposes of Part IV.1, the manner in which the evidence has been obtained is determinative of its admissibility.

An authorization to intercept private communications granted pursuant to Part IV.1 does not implicitly carry with it a right of entry to private premises and a judge does not possess any authority to include a right of entry as a term of an authorization pursuant to s. 178.13(2). The entries made by police to install and maintain the listening device for the purpose of intercepting the private communications in question were unauthorized and unlawful.

An interception of private communications accomplished by means of an illegal entry to private premises is not "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1)(*a*). Parliament intended any breach of the right of privacy protected by Part IV.1 should be lawful in the widest sense. There is no justification for limiting the terms of s. 178.16(1)(*a*) to lawfulness in obtaining the authorization or in listening to and recording the conversation. The whole process of interception including the installation of the listening device, must be lawful.

As a result of the two covert entries, the interceptions of conversations were not "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1)(*a*) and therefore ought not to have been admitted as evidence. It follows that, as the appellants were convicted on the basis of inadmissible evidence, the appeals should be allowed and new trials directed.

[*Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979); *United States v. Scafidi*, 564 F.2d 633 (1977), approved; *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289, considered; *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Finnigan v. Sandiford* and *Clowser v. Chaplin*, [1981] 2 All E.R. 267; *Morris v. Beardmore*, [1981] A.C. 446, distinguished; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C.

rendant inadmissibles les interceptions pour le motif que les procédures externes auxquelles on a eu recours pendant l'opération ont comporté une entrée qui peut avoir constitué une intrusion. L'entrée physique effectuée en l'espèce ne constitue pas une violation de la partie IV.1 et, en particulier, une violation de l'art. 178.11. En effet, dès que le Parlement a accordé le pouvoir d'autorisation et dès que ce pouvoir a été exercé, la conduite autorisée ne constitue plus, en droit, une intrusion.

Les juges Dickson et Chouinard, *dissidents*: Une communication privée qui a été interceptée au moyen de toute forme de surveillance électronique est inadmissible en vertu du par. 178.16(1) du *Code* à moins que l'interception n'ait été «faite légalement». Ainsi, aux fins de la partie IV.1, l'admissibilité de la preuve dépend de la façon dont elle a été obtenue.

Une autorisation d'intercepter des communications privées en vertu de la partie IV.1 ne comporte pas implicitement le droit d'entrer dans des lieux privés et, en vertu du par. 178.13(2), un juge n'a pas le pouvoir d'assortir une autorisation d'un droit d'entrer. Les entrées effectuées par la police pour mettre en place et entretenir l'appareil d'écoute aux fins d'intercepter les communications privées en question n'étaient pas autorisées et sont donc illégales.

Une interception de communications privées réalisée au moyen d'une entrée illégale dans des lieux privés n'est pas «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)*a*). Le Parlement a voulu que soit légale, au sens le plus large, toute violation du droit à la vie privée que protège la partie IV.1. Il n'y a rien qui justifie de limiter les termes de l'al. 178.16(1)*a*) à la légalité de l'obtention de l'autorisation ou à celle de l'écoute et de l'enregistrement de la conversation. Tout le processus d'interception, dont la mise en place de l'appareil d'écoute, doit être légal.

En raison des deux entrées clandestines, l'interception des conversations n'a pas été «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)*a*) et les conversations interceptées n'auraient donc pas dû être admises en preuve. Il s'ensuit que, puisque les appelants ont été déclarés coupables à partir d'une preuve inadmissible, les pourvois devraient être accueillis et des nouveaux procès ordonnés.

[Jurisprudence: arrêts approuvés: *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979); *United States v. Scafidi*, 564 F.2d 633 (1977); arrêt examiné: *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289; distinction faite avec les arrêts: *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Finnigan v. Sandiford* et *Clowser v. Chaplin*, [1981] 2 All. E.R. 267; *Morris v. Beardmore*, [1981] A.C. 446; arrêts mentionnés: *Gold-*

(2d) 388; *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 15 O.R. (2d) 1, 32 C.C.C. (2d) 363, 74 D.L.R. (3d) 748; *Clifton v. Bury* (1887), 4 T.L.R. 8; *Pickering v. Rudd* (1815), 4 Camp. 219; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Reference re an Application for an Authorization* (1983), 5 D.L.R. (4th) 601, made in response to *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, [1982] 6 W.W.R. 533, 31 C.R. (3d) 31; *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Lower Mainland Dairy Products Board v. Turners Dairy Ltd.*, [1941] S.C.R. 573; *Home Oil Distributors, Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] S.C.R. 444; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, [1975] 1 All E.R. 810; *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931); *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] S.C.R. 541; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1966] Ex. C.R. 872; *R. v. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967); *R. v. McQueen* (1975), 25 C.C.C. 262, referred to.]

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 69 C.C.C. (2d) 318, dismissing appellants' appeals from their conviction by Fisher Co. Ct. J. (1979), 52 C.C.C. 113, for conspiring to import cocaine. Appeals dismissed, Dickson and Chouinard JJ. dissenting.

Howard Rubin and *E. Ann Cameron*, for the appellant Lyons.

John D. Banks, for the appellant Prevedoros.

Derek A. Brindle, for the appellant McGuire.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and *S. David Frankel*, for the respondent.

The reasons of Dickson and Chouinard JJ. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—The question is whether the trial judge erred in admitting into evidence certain private communications intercepted through the use of a room monitoring device installed surreptitiously by police officers in the

man c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 976; *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C. (2d) 388; *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 15 O.R. (2d) 1, 32 C.C.C. (2d) 363, 74 D.L.R. (3d) 748; *Clifton v. Bury* (1887), 4 T.L.R. 8; *Pickering v. Rudd* (1815), 4 Camp. 219; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Reference re an Application for an Authorization* (1983), 5 D.L.R. (4th) 601, adressé à la suite de *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, [1982] 6 W.W.R. 533, 31 C.R. (3d) 31; *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Lower Mainland Dairy Products Board v. Turners Dairy Ltd.*, [1941] R.C.S. 573; *Home Oil Distributors, Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] R.C.S. 444; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, [1975] 1 All E.R. 810; *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931); *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] R.C.S. 541; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1966] R.C. de l'É. 872; *R. v. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967); *R. v. McQueen* (1975), 25 C.C.C. 262.]

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 69 C.C.C. (2d) 318, qui a rejeté les appels interjetés par les appelants à l'encontre de leur déclaration de culpabilité par le juge Fisher de la Cour de comté (1979), 52 C.C.C. 113, relativement à l'accusation de complot en vue d'importer de la cocaïne. Pourvois rejetés, les juges Dickson et Chouinard sont dissidents.

Howard Rubin et *E. Ann Cameron*, pour l'appelante Lyons.

John D. Banks, pour l'appelant Prevedoros.

Derek A. Brindle, pour l'appelant McGuire.

Douglas J. A. Rutherford, c.r., et *S. David Frankel*, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Dickson et Chouinard rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—La question est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve certaines communications privées interceptées au moyen d'un appareil d'écoute que des policiers avaient mis en place

home of the appellant, Kristine Lyons. The case raises, in part, the very important issues presented in the *Reference Pursuant to Section 27(1) of the Judicature Act, Chapter J-1 of the Revised Statutes of Alberta, 1980, as amended, referred by Order in Council (O.C. 84/83) of the Lieutenant Governor in Council dated the 2nd day of February, A.D. 1983, to the Court of Appeal of Alberta*, [1984] 2 S.R.C. 697 (hereinafter the *Wiretap Reference*). Judgment in the instant case was delayed pending hearing of argument upon, and determination of, the *Wiretap Reference*. As well, this Court has considered judgments delivered subsequently in two provincial appellate courts relevant to the *Wiretap Reference* and the present appeals. Judgment in the *Wiretap Reference* is being delivered concurrently herewith.

I The Facts

Police obtained a series of authorizations and renewals to intercept private communications of the appellants and other persons at, among other places, Kristine Lyons' home, 1207 Nanton Avenue, Vancouver, British Columbia. The authorizations and renewals collectively covered the period between August 25, 1977 and February 13, 1978. All of the authorizations contained the following stipulation:

> The type of private communications that may be intercepted are all telecommunications and oral communications.

None of the authorizations made reference to the manner of installing the listening device. Accordingly, none purported to expressly authorize trespass.

On November 2, 1977 four police officers, without consent, entered the residence at 1207 Nanton Avenue to install a room monitoring device. They were there about two hours. The transmitter operated continuously thereafter, and was capable of intercepting not only telephone communications, but also all conversations within the room. Not all conversations were recorded by the police. On December 19, 1977, three police officers, without consent, again entered 1207 Nanton Avenue, to

subrepticement dans le logis de l'appelante Kristine Lyons. L'espèce soulève notamment les questions très importantes que comporte le *Renvoi fondé sur le paragraphe 27(1) de la Judicature Act, chapitre J-1 des Revised Statutes of Alberta, 1980 et modifications, soumis à la Cour d'appel de l'Alberta par décret nº 84/83 du lieutenant-gouverneur en conseil, en date du 2 février 1983*, [1984] 2 R.C.S. 697 (ci-après appelé le *Renvoi sur l'écoute électronique*). Le jugement en l'espèce a été reporté en attendant l'audition et la décision concernant le *Renvoi sur l'écoute électronique*. De même cette Cour a examiné des arrêts rendus récemment par deux cours d'appel provinciales et qui sont utiles aux fins du *Renvoi sur l'écoute électronique* et des présents pourvois. Le jugement relatif au *Renvoi sur l'écoute électronique* est rendu en même temps que le présent jugement.

I Les faits

La police a obtenu une série d'autorisations et de renouvellements d'autorisation en vue d'intercepter les communications privées des appelants et d'autres personnes à divers endroits, notamment au logis de Kristine Lyons, situé au 1207, avenue Nanton, à Vancouver (Colombie-Britannique). Ces autorisations et renouvellements s'appliquaient à la période du 25 août 1977 au 13 février 1978. Toutes les autorisations comportaient la condition suivante:

> [TRADUCTION] Peuvent être interceptées toutes les télécommunications et communications orales.

Aucune des autorisations ne mentionnait la manière de mettre en place l'appareil d'écoute. Par conséquent, aucune n'avait expressément pour effet d'autoriser une intrusion dans des lieux.

Le 2 novembre 1977, quatre policiers sont entrés sans permission au 1207, avenue Nanton, pour y mettre en place un appareil d'écoute. Ils y sont restés pendant environ deux heures. L'émetteur a fonctionné de façon continue par la suite; il permettait d'intercepter non seulement les communications téléphoniques mais également toutes les conversations dans la pièce. La police n'a pas enregistré toutes les conversations. Le 19 décembre 1977, trois policiers sont entrés de nouveau, sans

change the batteries in the monitoring device. They stayed for about an hour.

The appellants and one David Fladgate were tried and convicted before His Honour Judge Fisher on a charge of conspiracy to import a narcotic (cocaine). At trial, evidence was introduced of ten conversations intercepted between November 6, 1977 and December 30, 1977 by the above-mentioned monitoring device.

II The Court of Appeal Decision

The accused appealed their convictions to the British Columbia Court of Appeal on several grounds. The appeals of Lyons, Prevedoros and McGuire were dismissed. The Court was unanimous on all but one of the grounds. The point of disagreement concerned the issue of whether the trespass to install the room monitoring device rendered the intercepted private communications inadmissible in evidence.

Hinkson J.A., Macdonald J.A. concurring, wrote for the majority. He said the trespass did not vitiate the authorization. While any wrongful acts committed in the carrying out of the authorization could be the subject of criminal or civil proceedings, such wrongful acts did not affect the admissibility of the evidence of private communications.

Anderson J.A. dissented on this point. He concluded that authorizations to intercept private communications could not and did not authorize a trespass. He also held that the installation of the monitoring device was part of the interception. An unlawful trespass made the interception not "lawfully made" and this, by virtue of s. 178.16(1) of the *Criminal Code*, rendered the evidence of the private communications inadmissible. Anderson J.A. would have ordered a new trial. The case reaches this Court by virtue of Anderson J.A.'s dissent on a point of law (s. 618(1)(*a*) of the *Criminal Code*).

permission, au 1207, avenue Nanton, pour remplacer les piles de l'appareil d'écoute. Ils y sont restés pendant environ une heure.

Les appelants et un certain David Fladgate ont été jugés devant le juge Fisher relativement à une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant (de la cocaïne) et ont été déclarés coupables. Au procès, on a soumis en preuve dix conversations interceptées entre le 6 novembre 1977 et le 30 décembre 1977 au moyen de l'appareil d'écoute susmentionné.

II L'arrêt de la Cour d'appel

Les accusés ont fait appel de leur déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en soulevant plusieurs moyens. Les appelants Lyons, Prevedoros et McGuire ont été déboutés. La cour a été unanime relativement à tous les moyens d'appel sauf un. Le point de désaccord concernait la question de savoir si l'intrusion commise pour mettre en place l'appareil d'écoute rendait inadmissibles en preuve les communications privées interceptées.

Le juge Hinkson, à l'opinion duquel a souscrit le juge Macdonald, a rédigé les motifs de la cour à la majorité. Il a affirmé que l'intrusion ne rendait pas l'autorisation nulle. Même si les actes illégaux commis au cours de l'exécution de l'autorisation pouvaient entraîner des poursuites criminelles ou civiles, ces actes illégaux ne portaient pas atteinte à l'admissibilité en preuve des communications privées.

Le juge Anderson a exprimé sa dissidence sur ce point. Il a conclu que les autorisations d'intercepter les communications privées n'autorisaient pas et ne pouvaient pas autoriser une intrusion. Il a conclu en outre que la mise en place de l'appareil d'écoute faisait partie de l'interception. L'entrée illicite a fait en sorte que l'interception n'a pas été «faite légalement», ce qui, en vertu du par. 178.16(1) du *Code criminel*, rend inadmissible en preuve les communications privées. Le juge Anderson aurait ordonné un nouveau procès. La présente affaire est soumise à cette Cour en raison de la dissidence du juge Anderson sur un point de droit (l'al. 618(1)*a*) du *Code criminel*).

III The Questions At Issue

The trial in this case arose prior to the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Therefore, the case raises only questions of statutory interpretation. The reach of Part IV.1 of the *Criminal Code*, bearing the rubric "Invasion of Privacy", is at issue.

The majority of the Court of Appeal held that surreptitious entry to install the listening device did not vitiate the authorization to intercept communications at 1207 Nanton Avenue. Assuming this conclusion to be correct, it does nothing to resolve the question of the admissibility of the evidence garnered as a result of this electronic interception.

In considering the admissibility of evidence of private communications, the starting point is s. 178.16(1) of the *Criminal Code*:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

(*a*) the interception was lawfully made; or

(*b*) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence. [Emphasis added.]

For the reasons I have already given in the *Wiretap Reference*, it is my view that Parliament did not intend in Part IV.1 of the *Criminal Code* to authorize the police to trespass to install a listening device. Accordingly, an authorization does not implicitly carry with it a right of entry to private premises. And equally, a judge does not possess any authority to include a right of entry as a term of an authorization pursuant to s. 178.13(2).

No express authority to trespass to install the listening device was even purportedly granted in the authorization and renewals obtained by the police in this case. Since the authorizations do not

III Les questions en litige

Le procès en l'espèce a eu lieu avant la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, l'espèce soulève uniquement des questions d'interprétation des lois. Il s'agit d'examiner la portée de la partie IV.1 du *Code criminel*, intitulée «Atteintes à la vie privée».

La Cour d'appel à la majorité a conclu que l'entrée clandestine pour la mise en place de l'appareil d'écoute n'a pas rendu nulle l'autorisation d'intercepter les communications au 1207, avenue Nanton. À supposer que cette conclusion soit juste, elle ne résout en rien la question de l'admissibilité de la preuve obtenue par suite de cette interception électronique.

Le point de départ de l'examen de l'admissibilité en preuve des communications privées est le par. 178.16(1) du *Code criminel:*

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est. [C'est moi qui souligne.]

Pour les motifs que j'ai déjà exprimés dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, j'estime que le Parlement n'a pas voulu que la partie IV.1 du *Code Criminel* autorise les policiers à commettre une intrusion pour installer un appareil d'écoute. En conséquence, une autorisation ne comporte pas implicitement le droit d'entrer dans des lieux privés. De même, en vertu du par. 178.13(2), le juge n'a pas le pouvoir d'assortir une autorisation d'un droit d'entrer.

L'autorisation et les renouvellements de celle-ci obtenus par la police en l'espèce n'avaient même pas pour objet d'autoriser expressément une intrusion pour installer l'appareil d'écoute. Puisque les

implicitly permit the police to enter a place where they propose to intercept oral communications, it follows that the two trespasses involving 1207 Nanton Avenue were not lawful.

The question to be resolved is whether the interceptions of private communications, accomplished by means of the illegal entry to install the listening device, were "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1) and hence admissible in evidence.

IV Admissibility of the Intercepted Conversations

In *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, the majority of this Court held that the criterion for determining the admissibility of evidence was its relevance, not the manner in which it was obtained. Thus, according to the majority, the fact that evidence had been unlawfully obtained did not affect admissibility unless the evidence was highly prejudicial and of trifling weight. If the *Wray* rule were to apply, the conclusion that the trespass to install the listening device was unlawful would not affect the admissibility of the intercepted private communications.

It may be that s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will now modify the rule in *Wray*. I make no comment one way or the other on that possibility. It cannot assist the appellants in the present case. Quite aside from the *Charter*, however, it is clear that Parliament has explicitly set aside the *Wray* rule in the context of electronic surveillance by enacting s. 178.16(1)(*a*) which, it will be recalled, makes a private conversation that has been intercepted inadmissible unless the interception was lawfully made. For purposes of Part IV.1, therefore, not only is the manner in which evidence has been obtained relevant for its admissibility, legality has become the *sine qua non* for admissibility.

This Court has previously recognized in *R. v. Commisso*, [1983] 2 S.C.R. 121, that Parliament has enacted in s. 178.16 an exclusionary rule which is an exception to the general rule that

autorisations ne permettent pas implicitement aux policiers de pénétrer dans un endroit où ils projettent d'intercepter des communications orales, il s'ensuit que les deux intrusions au 1207, avenue Nanton, n'étaient pas légales.

La question à trancher est celle de savoir si les interceptions de communications privées réalisées au moyen d'une entrée illégale pour installer l'appareil d'écoute ont été «faite[s] légalement» au sens du par. 178.16(1) et si elles sont, en conséquence, admissibles en preuve.

IV Admissibilité des conversations interceptées

Dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, cette Cour à la majorité a conclu que le critère à appliquer pour déterminer si une preuve est admissible est sa pertinence et non la façon dont elle a été obtenue. Ainsi, selon la Cour à la majorité, le fait qu'une preuve a été obtenue illégalement ne porte pas atteinte à son admissibilité à moins que cette preuve ne soit extrêmement préjudiciable et de très faible valeur probante. Si la règle de l'arrêt *Wray* devait s'appliquer, la conclusion que l'intrusion en vue de mettre en place un appareil d'écoute était illégale n'empêcherait pas l'admissibilité en preuve des communications privées interceptées.

Il se peut que le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* vienne modifier la règle de l'arrêt *Wray*. Je ne me prononce ni dans un sens ni dans l'autre quant à cette possibilité. Cela ne peut être d'aucun secours aux appelants en l'espèce. Indépendamment de la *Charte*, il est cependant évident que le Parlement a explicitement rejeté la règle de l'arrêt *Wray* dans le contexte de la surveillance électronique lorsqu'il a adopté l'al. 178.16(1)*a*) qui, on s'en souviendra, prévoit qu'une conversation privée qui a été interceptée est inadmissible à moins que l'interception n'ait été faite légalement. Aux fins de la partie IV.1 par conséquent, la manière d'obtenir la preuve est non seulement pertinente relativement à la question de l'admissibilité, mais la légalité est la condition *sine qua non* de l'admissibilité.

Cette Cour a déjà reconnu dans l'arrêt *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121, que par l'art. 178.16 le Parlement a édicté une règle d'exclusion qui constitue une exception à la règle générale

unlawfully obtained evidence is nevertheless admissible. The issue in that case, simply put, was whether an authorization to intercept private communications in respect of one offence was sufficient to render lawful interceptions in respect of a different offence. The majority, speaking through Lamer J., concluded it was; I wrote dissenting reasons for the minority concluding it was not.

Of importance for the resolution of this case is the unanimous agreement of the Court that only those private communications which have been lawfully obtained may be admitted in evidence. Lamer J. recognized the important concern for individual privacy that moved Parliament to enact s. 178.16, at p. 125:

> In order to discourage unlawful invasions of the privacy of citizens, Parliament not only made it an indictable offence but also enacted an exclusionary rule which is an exception to the general rule that unlawfully obtained evidence is nevertheless admissible.

To much the same effect, I wrote, at p. 134:

> The unique legislative treatment of electronic surveillance is a reflection of its nature. The modern technology is both powerful and unobtrusive. The technology permits massive invasion of the privacy with ease. It is also indiscriminate about the content of any communication intercepted. Parliament has determined that this potential constitutes a threat to individual freedom and the right to privacy. The evidentiary rule of exclusion fortifies the stipulation that interceptions of private communications are illegal unless specified conditions are met.

In *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97 (Man.C.A.), Huband J.A. took another view of this requirement of legality. Although holding that Part IV.1 did not authorize a trespass, he concluded that evidence obtained thereby was admissible. The essence of his reasoning appears at pp. 115-16:

> The fact that there has been a trespass or some other civil or, indeed, criminal wrong in the planting of the device does not invalidate the authorization to intercept, and thus does not render the interception unlawful. The authorization granted by the court is an authorization to

portant qu'une preuve obtenue illégalement est néanmoins admissible. La question soulevée dans cette affaire était simplement de savoir si l'autorisation d'intercepter des communications privées accordée à l'égard d'une infraction suffisait pour rendre légales des interceptions relatives à une infraction différente. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a conclu qu'elle suffisait; j'ai rédigé les motifs de dissidence de la minorité selon laquelle elle ne suffisait pas.

Ce qui importe quant à la solution de l'espèce, c'est que la Cour a été unanime pour dire que seules les communications privées obtenues légalement sont admissibles en preuve. À la page 125, le juge Lamer a reconnu le grand souci de protéger la vie privée des citoyens qui a poussé le Parlement à adopter l'art. 178.16:

> Afin d'empêcher l'atteinte illégale à la vie privée des citoyens, non seulement le Parlement en a-t-il fait un acte criminel, mais il a également adopté une règle d'exclusion qui constitue une exception à la règle générale selon laquelle une preuve obtenue illégalement est néanmoins admissible.

Dans le même sens, j'ai écrit à la p. 134:

> La façon particulière dont la loi traite de la surveillance électronique tient à la nature de celle-ci. La technique moderne est à la fois puissante et discrète. Grâce à elle, il est facile de porter gravement atteinte à la vie privée. De plus, elle ne fait aucune distinction quant au contenu d'une communication interceptée. Le Parlement a décidé que cela met en danger la liberté individuelle et le droit à la protection de la vie privée. La règle d'exclusion en matière de preuve vient renforcer la stipulation que l'interception de communications privées est illégale à moins de remplir certaines conditions précises.

Dans l'arrêt *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97 (C.A. Man.), le juge Huband a considéré sous un autre angle cette exigence de légalité. Bien qu'il ait conclu que la partie IV.1 n'autorise pas une intrusion, il a néanmoins conclu que la preuve ainsi obtenue était admissible. L'essentiel de son raisonnement se trouve aux pp. 115 et 116:

> [TRADUCTION] Le fait qu'il y a eu une intrusion ou quelque autre délit civil ou criminel lors de la mise en place de l'appareil ne rend pas invalide l'autorisation d'interception et ne rend donc pas l'interception illégale. L'autorisation accordée par la cour est une autorisation

intercept private communications. How that authorization is carried out is not germane to the issue of the admissibility of the evidence flowing from the interception. If a trespass has been committed, then those who have committed the trespass will be answerable in some other criminal or civil forum.

. . .

. . . if a trespass is committed the evidence thus obtained will be admissible (subject to the usual rules governing admissibility), since it was obtained pursuant to an authorization and thus falls under the second of the four exceptions to the general prohibition against interceptions contained in s. 178.11(2).

. . .

The installation of the device is not part of the interception. If the installation is unlawful, in that there has been a contravention of civil or criminal law in the placement of the device, the lawfulness of the interception is not affected.

With respect, I cannot agree. In my view Huband J.A.'s conclusions, which were applied by the majority of the Court of Appeal in this case, conflict both with the express language of Part IV.1 and with the statutory scheme thereby enacted.

As mentioned earlier, it may well be true, as Huband J.A. asserts, that a trespass in planting the listening device does not invalidate the authorization to intercept. At most, however, this would allow the person making the interception to avail himself of s. 178.11(2) in order to avoid criminal liability for what would otherwise be an indictable offence under s. 178.11(1). With respect, this does not however lead to the conclusion that the interception was therefore rendered lawful. I see no reason in the language or in the purpose of Part IV.I to read the provision in s. 178.16(1)(*a*) that an interception must be "lawfully made" as referring only to lawfulness in obtaining the authorization. On the contrary, in view of the fact that such evidence is *prima facie* inadmissible and that the subsection is to be found in the context of a meticulously articulated set of provisions permitting only a limited breach of the individual's right of privacy, these words should be given their full and literal meaning.

d'intercepter des communications privées. Le mode d'exécution de cette autorisation n'a rien à voir avec la question de l'admissibilité de la preuve découlant de l'interception. S'il y a eu une intrusion, ceux qui l'ont commise devront en répondre devant une autre cour criminelle ou civile.

. . .

. . . s'il y a eu une intrusion, la preuve ainsi obtenue sera admissible (sous réserve des règles ordinaires d'admissibilité) puisqu'elle a été obtenue conformément à une autorisation et qu'elle relève de la deuxième des quatre exceptions à l'interdiction générale relative aux interceptions prévues au par. 178.11(2).

. . .

La mise en place de l'appareil ne fait pas partie de l'interception. Si l'installation est illégale parce qu'il y a eu infraction aux lois civiles ou criminelles lorsque l'appareil a été mis en place, cela ne porte pas atteinte à la légalité de l'interception.

Avec égards, je ne puis être d'accord. À mon avis, les conclusions du juge Huband, que la Cour d'appel à la majorité a appliquées à l'espèce, sont incompatibles avec le langage explicite de la partie IV.1 et avec l'ensemble législatif qui y est adopté.

Comme je l'ai déjà dit, il se peut fort bien, comme l'affirme le juge Huband, qu'une intrusion commise pour mettre en place l'appareil d'écoute ne rende pas invalide l'autorisation d'interception. Tout au plus cependant, cela permettrait à la personne qui effectue l'interception de se prévaloir du par. 178.11(2) en vue d'éviter la responsabilité criminelle pour ce qui constituerait par ailleurs un acte criminel en vertu du par. 178.11(1). Avec égards, cela ne nous permet pas de conclure que l'interception est devenue par conséquent légale. Je ne vois ni dans le langage de la partie IV.1 ni dans son objet aucune raison d'interpréter comme se rapportant uniquement à la légalité de l'obtention de l'autorisation la disposition de l'al. 178.16(1)*a*) portant qu'une interception doit être «faite légalement». Au contraire, compte tenu du fait que cette preuve est inadmissible à première vue et que le paragraphe se situe dans le contexte d'un ensemble de dispositions formulées avec soin qui permettent uniquement une violation restreinte du droit d'un particulier à la vie privée, il y a lieu de donner à ces termes leur sens littéral et complet.

It seems manifest to me that Parliament intended any breach of the right of privacy, protected by Part IV.1, be lawful in the widest sense. In my view, absent a valid consent, the surreptitious physical invasion of a home when undertaken by police for the purposes of installing, maintaining, repairing, or removing room monitoring devices renders any private communication that has been intercepted not "lawfully made", within the meaning of s. 178.16(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

In my opinion, it is not possible to separate the installation of the listening device from the process of listening to and recording conversations, so as to include only the latter in the process of interception. This is an artificial and unrealistic distinction. That interception must go beyond mere listening and recording not only conforms with common sense, it is a necessary consequence of the wording of s. 178.16(1). The section demands that the interception be lawfully made. It is the whole process of interception which is referred to and that must therefore be lawful. Installation is indispensible to interception. It must on any reasonable reading be part of the making of an interception. An interception accomplished by means of an unlawful entry cannot have been "lawfully made".

The New Brunswick Court of Appeal has recently reached the same conclusion on the admissibility of any private communication obtained as a result of an illegal entry: *R. v. Hardy* (1984), 56 N.B.R. (2d) 417, 146 A.P.R. 417. In *Hardy*, the authorization given by the judge expressly permitted the police to enter the Hardy residence "where reasonably necessary" for the interception of oral communications. The police had surreptitiously entered and planted a room-monitoring device which allowed them to intercept the private communications in issue.

Stratton J.A. (Hughes C.J. concurring), decided that Part IV.1 of the *Code* did not give any express authority to a judge to authorize a trespass onto private property for the purpose of installing listening devices, nor could such authority be

Il me semble évident que le Parlement a voulu que soit légale, au sens le plus large, toute violation du droit à la vie privée que protège la partie IV.1. À mon avis, en l'absence d'un consentement valide, l'intrusion clandestine de la police dans un logis afin de mettre en place, d'entretenir, de réparer et d'enlever des appareils d'écoute fait en sorte que toute interception d'une communication privée n'est pas «légalement faite» au sens de l'al. 178.16(1)*a*) du *Code criminel*.

À mon avis, il n'est pas possible de distinguer la mise en place de l'appareil d'écoute du processus d'écoute et d'enregistrement des conversations de façon à n'inclure que ce dernier dans le processus d'interception. Il s'agit là d'une distinction artificielle et irréaliste. Dire que l'interception doit comporter plus que la simple écoute et le simple enregistrement est non seulement conforme au bon sens, mais cela découle nécessairement de la formulation du par. 178.16(1). L'article exige que l'interception soit faite légalement. C'est tout le processus d'interception qui est visé et qui doit, par conséquent, être légal. L'installation de l'appareil est indispensable à l'interception. Elle doit, selon toute interprétation raisonnable, faire partie de la réalisation d'une interception. Une interception réalisée au moyen d'une entrée illégale ne peut avoir été «faite légalement».

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est récemment arrivée à la même conclusion quant à l'admissibilité en preuve de toute communication privée obtenue par suite d'une entrée illégale: *R. v. Hardy* (1984), 56 N.B.R. (2d) 417, 146 A.P.R. 417. Dans l'affaire *Hardy*, l'autorisation donnée par le juge permettait expressément aux policiers d'entrer chez Hardy [TRADUCTION] «lorsque [c'était] raisonnablement nécessaire» pour procéder à l'interception de communications orales. Les policiers étaient entrés subrepticement et avaient mis en place un appareil d'écoute qui leur permettait d'intercepter les communications privées en cause.

Le juge Stratton (aux motifs duquel le juge en chef Hughes a souscrit) a statué que la partie IV.1 du *Code* n'attribue à un juge aucun pouvoir explicite d'autoriser une intrusion dans une propriété privée pour y installer des appareils d'écoute, et

implied. He concluded the illegal entry of the law enforcement officers into the Hardy residence rendered the intercepted private communications inadmissible.

In reaching this conclusion, he made the following comment, upon the case at bar and the *Dass* case, with which I am in respectful agreement:

> As I read these decisions, they seem to turn on a narrow interpretation of the word "interception" so that the conduct of the police in installing monitoring devices is not part of the interception. I have difficulty in agreeing with the interpretation that "interception" does not include the method of its execution. Rather, I would respectfully adopt the dissenting view of Anderson, J.A. in the *Lyons* case that the "interception" of a private communication includes not merely the listening to or recording of a private communication but also the means used to acquire the private communication.

Angers J.A., in separate reasons, decided that it lay within the power of a judge acting under s. 178.13 to authorize entry, however, the particular wording of the authorization was not sufficiently clear to satisfy him that the entry the police had actually made was authorized by the order granted. He agreed that the interception was not lawfully made and the evidence was inadmissible.

In *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289, the Ontario Court of Appeal did not need to decide the question of whether an unlawful interception renders the private communication so obtained inadmissible. The unanimous Court held that an authorization, by necessary implication, carries with it the power to trespass to install a listening device and therefore the interceptions in issue were lawfully made. It is notable, however, that Brooke J.A. agreed with the conclusion of Anderson J.A. in the instant case, that the installation of the listening device is part of the interception process.

que ce pouvoir ne peut pas être implicite. Il a conclu que l'entrée illégale des agents de police chez Hardy rendait inadmissibles les communications privées interceptées.

En tirant cette conclusion, il a formulé, à propos de la présente affaire et de l'arrêt *Dass*, l'observation suivante avec laquelle je suis d'accord:

> [TRADUCTION] Ces arrêts me semblent reposer sur une interprétation stricte du mot «interception», selon laquelle la conduite adoptée par les agents de police en mettant en place les appareils d'écoute ne fait pas partie de l'interception. Il m'est difficile d'être d'accord avec l'interprétation portant que «l'interception» ne comprend pas son mode d'exécution. Avec égards, je suis plutôt d'avis d'adopter le point de vue exprimé en dissidence par le juge d'appel Anderson dans l'affaire *Lyons*, selon lequel «l'interception» d'une communication privée comprend non seulement l'écoute ou l'enregistrement d'une communication privée mais aussi les moyens utilisés pour prendre connaissance de cette communication privée.

Dans des motifs distincts, le juge Angers a statué qu'il relève du pouvoir d'un juge qui agit en application de l'art. 178.13 d'autoriser l'entrée dans des lieux même si le texte de l'autorisation n'était pas suffisamment clair pour le convaincre que la façon dont les policiers avaient procédé pour entrer dans les lieux était autorisée par l'ordonnance accordée. Il a été d'accord pour dire que l'interception n'avait pas été faite légalement et que la preuve n'était pas admissible.

Dans l'arrêt *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas eu à décider si une interception illégale rend inadmissible la communication privée ainsi obtenue. La cour a jugé à l'unanimité que, par déduction nécessaire, une autorisation comporte le pouvoir de commettre une intrusion pour mettre en place l'appareil d'écoute et qu'en conséquence les interceptions en cause avaient été faites légalement. Il y a lieu de souligner toutefois que le juge Brooke s'est dit d'accord avec la conclusion du juge Anderson en l'espèce selon laquelle la mise en place de l'appareil d'écoute fait partie du processus d'interception.

V Conclusion

I conclude that, as a result of the two covert entries, the interceptions of conversations at 1207 Nanton Avenue were not "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1)(*a*) and ought therefore not to have been admitted as evidence. It follows that the appellants were convicted on the basis of inadmissible evidence and I would accordingly allow the appeals and direct new trials for each of the appellants.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—The appellants were convicted on a charge of conspiring to import cocaine into Canada contrary to s. 423(1)(*d*) of the *Criminal Code* of Canada. The issue raised in this appeal turns on the admission into evidence of interceptions made pursuant to an authorization granted under s. 178.13 of the *Criminal Code*. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* need not be addressed as the trial in this case arose prior to its proclamation. The interception evidence was obtained pursuant to an authorization issued by Bouck J. on August 25, 1977 and pursuant to a subsequent authorization issued by Toy J. on December 16, 1977. The appeal proceeded in the Court of Appeal and in this Court on the basis of an agreed statement of facts in which the following salient facts are set forth:

On November 2, 1977, police officers entered the residence of the Appellant LYONS (which was also, on occasion, that of the Appellant PREVEDOROS), at 1207 Nanton Avenue, in the City of Vancouver, for the purpose of installing a device which would permit them to monitor and record oral communications taking place within the premises.

. . .

On December 19, 1977, police officers entered 1207 Nanton Avenue for the purpose of replacing the batteries powering the transmitter and also to look for a place to install another such device.

. . .

The police had not obtained permission of anyone connected with 1207 Nanton Avenue to enter that resi-

V Conclusion

Je conclus qu'en raison des deux entrées clandestines l'interception des conversations au 1207, avenue Nanton, n'a pas été «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)*a*) et que les conversations interceptées n'auraient donc pas dû être admises en preuve. Il s'ensuit que les appelants ont été déclarés coupables à partir d'une preuve inadmissible et je suis d'avis par conséquent d'accueillir les pourvois et d'ordonner des nouveaux procès pour chacun des appelants.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre et Lamer rendu par

LE JUGE ESTEY—Les appelants ont été déclarés coupables relativement à une accusation de complot en vue d'importer de la cocaïne au Canada contrairement à l'al. 423(1)*d*) du *Code criminel* du Canada. La question soulevée par le présent pourvoi a trait à l'admission en preuve de communications interceptées conformément à une autorisation accordée en vertu de l'art. 178.13 du *Code criminel*. La *Charte canadienne des droits et libertés* n'entre pas en jeu puisque le procès en l'espèce a eu lieu avant sa proclamation. Les éléments de preuve obtenus par suite de l'interception ont été recueillis conformément à une autorisation accordée par le juge Bouck le 25 août 1977 et à une autorisation subséquente accordée par le juge Toy le 16 décembre 1977. L'appel a été instruit à la Cour d'appel et en cette Cour en fonction d'un exposé conjoint qui relate les principaux faits suivants:

[TRADUCTION] Le 2 novembre 1977, des policiers sont entrés dans le logis de l'appelante LYONS (qui était aussi, à l'occasion, celui de l'appelant PREVEDOROS), au 1207, avenue Nanton, dans la ville de Vancouver, pour y mettre en place un appareil qui leur permettrait d'écouter et d'enregistrer les communications orales à cet endroit.

. . .

Le 19 décembre 1977, des policiers sont entrés au 1207, avenue Nanton afin de remplacer les piles de l'émetteur et de trouver un endroit pour mettre en place un autre appareil de ce genre.

. . .

Les policiers n'avaient obtenu la permission d'aucune personne liée au 1207, avenue Nanton pour entrer dans

dence on November 2 and December 19, 1977. They relied solely on the Authorizations and Renewals which they had obtained.

The regularity in substance and in form of the authorizing orders is not under challenge. The sole issue arising is whether or not the entry into the premises of the accused Lyons for the purpose of installing a radio transmitter and subsequently to renew its batteries rendered inadmissible evidence of the interceptions subsequently made pursuant to these authorizations.

The authorization of August 25, after setting out the offences in respect of which private communications may be intercepted, provided:

(b) The type of private communications that may be intercepted are all telecommunications and oral communications.

(c) The identities of the known persons whose private communications may be intercepted are,

(i) Kristine LYONS
1207 Nanton Avenue
Vancouver, British Columbia

. . .

The order then continued:

(d) The private communications of persons whose identities are not known as of the date hereof which may be intercepted are,

(i) those persons who resort to or use the premises described in sub-paragraph (c) hereof, or

(ii) those persons who are in communication with the persons described in sub-paragraph (c) hereof apparently with respect to an offence mentioned in paragraph (a) hereof

which private communications may be intercepted at any of the premises hereinbefore described and any place or premises in the Province of British Columbia resorted to or used by the persons described in sub-paragraph (c) hereof and in respect of any place of which a general description cannot be given the manner of interception that may be used is interception by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device. The private communications of such persons as described whose identities are unknown at the date hereof may be intercepted during the period for which this authorization is valid notwithstanding that during such period their identities may become known.

ce logis le 2 novembre et le 19 décembre 1977. Il ne se sont fondés que sur les autorisations et les renouvellements qu'ils avaient obtenus.

La régularité des ordonnances d'autorisation sur les plans du fond et de la forme n'est pas contestée. La seule question qui se pose est celle de savoir si l'entrée effectuée dans les locaux de l'accusée Lyons pour mettre en place un émetteur radio et, plus tard, pour en remplacer les piles a rendu inadmissibles en preuve les conversations interceptées par la suite conformément à ces autorisations.

Après avoir énoncé les infractions à l'égard desquelles les communications privées pouvaient être interceptées, l'autorisation du 25 août prévoit ceci:

[TRADUCTION] b) Peuvent être interceptées toutes les télécommunications et communications orales.

c) L'identité des personnes connues dont les communications privées peuvent être interceptées sont:

(i) Kristine LYONS
1207, avenue Nanton
Vancouver (Colombie-Britannique)

. . .

L'ordonnance poursuit:

[TRADUCTION] d) Peuvent être interceptées les communications privées suivantes de personnes dont l'identité n'est pas connue à la date des présentes:

i) celles des personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux décrits à l'alinéa c) ci-dessus, ou

ii) celles des personnes qui communiquent avec les personnes décrites à l'alinéa c) ci-dessus relativement, semble-t-il, à une infraction mentionnée à l'alinéa a) ci-dessus.

Lesdites communications privées peuvent être interceptées à n'importe quel lieu décrit ci-dessus et à n'importe quel endroit ou local situé dans la province de la Colombie-Britannique fréquenté ou utilisé par les personnes décrites à l'alinéa c) ci-dessus et à l'égard de tout endroit qui ne peut être décrit de façon générale, le mode d'interception qui peut être utilisé est l'interception au moyen de tout dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre. Les communications privées des personnes ainsi décrites, dont l'identité n'est pas connue à la date des présentes, peuvent être interceptées pendant la période de validité de la présente autorisation même si leur identité peut devenir connue pendant cette période.

It will be noted that in subparagraph (d) the order provided that " . . . the manner of interception that may be used is interception by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device". The order of Toy J. also authorized the interception of the private communications of the appellant Lyons as well as the appellants Prevedoros and McGuire. This order differs somewhat from the first authorization in matters not consequential to these proceedings.

The trial judge admitted ten interceptions made with respect to the appellants and others from November 6, 1977 to December 30, 1977.

The majority of the Court of Appeal [(1982), 69 C.C.C. (2d) 318] speaking through Hinkson J.A., after reviewing the judgment of this Court in *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, concluded at p. 328 that " . . . even where the police have committed a trespass to install a room-monitoring device, . . . the evidence is admissible". The majority also concluded at p. 329:

> When in the course of doing so the police commit acts which amount to wrongful acts, such acts may give rise to civil or criminal proceedings against them. But such acts do not vitiate the court order authorizing the intercept. Therefore the evidence is admissible pursuant to s. 178.16(1) of the *Code*.

Anderson J.A. dissented for the reason that an interception pursuant to an authorization is only admissible as evidence if it is "lawfully made" in the words of s. 178.16(1)(*a*), *infra*, of the *Criminal Code* and that such is not the case where the interception results from trespass.

> In my opinion, an "interception" is only "lawfully made" if it is made in accordance with the authorization granted. The "interception" of a "private communication" is not merely "listening to or recording a private communication" but includes the means used to "acquire" the "private communication". . . .

Furthermore, Anderson J.A. was of the view that the authorizing court had no power to authorize

On constatera qu'à alinéa d), l'ordonnance prévoit que « . . . le mode d'interception qui peut être utilisé est l'interception au moyen de tout dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre». L'ordonnance du juge Toy a également autorisé l'interception des communications privées de l'appelante Lyons ainsi que de celles des appelants Prevedoros et McGuire. Cette ordonnance diffère quelque peu de la première autorisation sous certains aspects qui sont sans importance pour les fins des présentes procédures.

Le juge du procès a reçu en preuve dix interceptions réalisées à l'égard des appelants et d'autres personnes entre le 6 novembre 1977 et le 30 décembre 1977.

Après avoir étudié l'arrêt de cette Cour *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, le juge Hinkson, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité [(1982), 69 C.C.C. (2d) 318], a conclu à la p. 328 que [TRADUCTION] « . . . même si les policiers ont commis une intrusion pour mettre en place un appareil d'écoute, . . . la preuve est admissible». La cour à la majorité a aussi conclu, à la p. 329:

> [TRADUCTION] Si, en ce faisant, les policiers commettent des actes qui constituent des infractions, ces actes peuvent entraîner des poursuites civiles ou criminelles contre eux. Toutefois, de tels actes ne rendent pas nulle l'ordonnance du tribunal qui autorise l'interception. En conséquence, la preuve est admissible en vertu du par. 178.16(1) du *Code*.

Le juge Anderson a exprimé sa dissidence pour le motif qu'une interception faite conformément à une autorisation n'est admissible en preuve que si elle a été «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)*a*), *infra*, du *Code criminel* et que ce n'est pas le cas en l'espèce parce que l'interception résulte d'une intrusion.

> [TRADUCTION] À mon avis, une «interception» n'est «faite légalement» que si elle est faite conformément à l'autorisation accordée. L'«interception» d'une «communication privée» comprend non seulement «l'écoute ou l'enregistrement d'une communication privée», mais aussi les moyens utilisés pour «prendre connaissance» de cette «communication privée» . . .

De plus, le juge Anderson a estimé que le tribunal qui accorde l'autorisation n'a pas le pouvoir d'au-

the police to act in an unlawful manner and consequently, whether or not the order expressly authorized or implicitly permitted trespass, the result is the same: the evidence obtained by the interception is inadmissible. In part this conclusion was reached by interpreting the words "manner of interception" as they are found in s. 178.13(2)(*c*) to mean "a lawful manner of interception". The position in dissent is succinctly stated, at p. 348:

> In summary, I would hold as follows:
>
> (1) Private communications are not admissible unless "the interceptions were lawfully made", namely, in accordance with the authorizations granted.
>
> (2) The "interception" process includes the mode of execution or procedure set out in the authorization including the installation and maintenance of monitoring devices.
>
> (3) A police officer does not act in accordance with an authorization when he carries out the instructions of the authorizing judge in an unlawful manner, namely, by unlawfully trespassing to install and maintain the monitoring devices.

The determination of the issue raised in this appeal depends upon the construction placed upon Part IV.1, particularly ss. 178.1, 178.11, 178.12, 178.13 and 178.16 of the *Criminal Code*. These provisions are as follows:

> **178.1** In this Part,
>
> "authorization" means an authorization to intercept a private communication given under section 178.13 or subsection 178.15(2);
>
> . . .
>
> "intercept" includes listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof;
>
> . . .
>
> "private communication" means any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it;
>
> . . .

toriser les policiers à agir de façon illégale et que, par conséquent, peu importe que l'ordonnance autorise expressément ou implicitement une intrusion, le résultat est le même: la preuve obtenue au moyen de l'interception est inadmissible. Il est arrivé à cette conclusion en partie parce que, suivant son interprétation, l'expression «la façon dont les communications pourront être interceptées» qui se trouve à l'al. 178.13(2)*c*) signifie «une façon légale d'intercepter des communications». Le juge résume ainsi son opinion dissidente, à la p. 348:

> [TRADUCTION] En résumé, je serais d'avis de conclure ce qui suit:
>
> 1) Les communications privées ne sont pas admissibles à moins que «l'interception n'ait été faite légalement» c'est-à-dire conformément aux autorisations accordées.
>
> 2) Le processus d'«interception» comprend le mode d'exécution ou la procédure énoncée dans l'autorisation, notamment la mise en place et l'entretien des appareils d'écoute.
>
> 3) Un policier n'agit pas conformément à l'autorisation lorsqu'il exécute les directives du juge qui a accordé l'autorisation d'une manière illégale, c'est-à-dire en commettant une intrusion pour mettre en place et entretenir les appareils d'écoute.

La réponse à la question soulevée dans le présent pourvoi dépend de l'interprétation donnée à la partie IV.1, notamment aux art. 178.1, 178.11, 178.12, 178.13 et 178.16 du *Code criminel*. Ces dispositions se lisent ainsi:

> **178.1** Dans la présente Partie,
>
> «autorisation» signifie une autorisation d'intercepter une communication privée donnée en vertu de l'article 178.13 ou du paragraphe 178.15(2);
>
> . . .
>
> «communication privée» désigne toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine;
>
> . . .
>
> «intercepter» comprend écouter, enregistrer ou prendre volontairement connaissance d'une communication ou de sa substance, son sens ou son objet;
>
> . . .

178.11 (1) Every one who, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(*a*) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(*b*) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

(*c*) a person engaged in providing a telephone, telegraph or other communication service to the public who intercepts a private communication,

(i) if such interception is necessary for the purpose of providing such service,

(ii) in the course of service observing or random monitoring necessary for the purpose of mechanical or service quality control checks, or

(iii) if such interception is necessary to protect the person's rights or property directly related to providing such service; or

(*d*) an officer or servant of Her Majesty in right of Canada in respect of a private communication intercepted by him in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

178.12 (1) An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent . . .

. . .

(*b*) the Attorney General of a province personally, in respect of any other offence in that province,

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

c) à une personne qui fournit au public un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autre et qui intercepte une communication privée,

(i) si cette interception est nécessaire pour la fourniture de ce service,

(ii) à l'occasion de la surveillance du service ou d'un contrôle au hasard nécessaire pour les vérifications mécaniques ou la vérification de la qualité du service, ou

(iii) si cette interception est nécessaire pour protéger ses droits ou biens directement liés à la fourniture d'un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres; ou

d) à un fonctionnaire ou à un préposé de Sa Majesté du chef du Canada pour une communication privée qu'il a interceptée à l'occasion d'un contrôle au hasard qui est nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

178.12 (1) Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge défini à l'article 482, et être signée par le procureur général de la province où la demande est présentée ou par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire . . .

. . .

b) le procureur général d'une province lui-même, pour toute autre infraction se situant dans cette province,

and shall be accompanied by an affidavit which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

(*c*) the facts relied upon to justify the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence;

(*d*) the type of private communication proposed to be intercepted;

(*e*) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted and a general description of the manner of interception proposed to be used;

. . .

178.13 . . .

(2) An authorization shall

(*a*) state the offence in respect of which private communications may be intercepted;

(*b*) state the type of private communication that may be intercepted;

(*c*) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

(*d*) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; and

(*e*) be valid for the period, not exceeding sixty days, set forth therein.

. . .

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

(*a*) the interception was lawfully made; or

(*b*) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

et il doit y être joint une déclaration assermentée d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être faite sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit:

c) les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu'à son avis il y a lieu d'accorder une autorisation, ainsi que les détails relatifs à l'infraction;

d) le genre de communication privée que l'on se propose d'intercepter;

e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

. . .

178.13 . . .

(2) Une autorisation doit

a) indiquer l'infraction relativement à laquelle des communications privées pourront être interceptées;

b) indiquer le genre de communication privée qui pourra être interceptée;

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public;

e) être valide pour la période de soixante jours au plus qui y est indiquée.

. . .

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or magistrate presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute.

(3) Where the judge or magistrate presiding at any proceedings is of the opinion that a private communication that, by virtue of subsection (1), is inadmissible as evidence in the proceedings

(*a*) is relevant to a matter at issue in the proceedings, and

(*b*) is inadmissible as evidence therein by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure, not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization under which such private communication was intercepted,

he may, notwithstanding subsection (1), admit such private communication as evidence in the proceedings.

Part IV.1 was introduced into the *Criminal Code* by 1973-74 (Can.), c. 50. There were substantial amendments enacted in 1976-77 (Can.), c. 53. That which concerns this appeal is the amendment to s. 178.13(2), *supra*, which prior to 1977 read:

178.13 . . .

(2) An authorization shall

. . .

(*c*) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted and where the identity of such persons is not known, generally describe the place at which private communications may be intercepted or, if a general description of that place cannot be given, generally describe the manner of interception that may be used;

It will be seen that prior to the amendment, it was only necessary to describe the place where the

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice.

(3) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou magistrat qui préside à une instance quelconque peut déclarer admissible en preuve une communication privée qui serait irrecevable en vertu du paragraphe (1), s'il estime

a) qu'elle concerne un des points en litige; et

b) que l'irrecevabilité tient non pas au fond mais uniquement à un vice de forme ou de procédure dans la demande d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet.

La partie IV.1 a été ajoutée au *Code criminel* par 1973-74 (Can.), chap. 50. Des modifications importantes ont été apportées à 1976-77 (Can.), chap. 53. La modification qui nous intéresse dans le présent pourvoi est celle apportée au par. 178.13(2), précité, qui avant 1977 se lisait ainsi:

178.13 . . .

(2) Une autorisation doit

. . .

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées et, lorsque l'identité de ces personnes n'est pas connue, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées ou s'il est impossible de donner une description générale de ce lieu, la façon dont elles pourront l'être;

On constatera qu'avant cette modification il n'était nécessaire de décrire le lieu où l'interception devait

interception was to be undertaken where the identity of the persons whose private communications were to be intercepted was unknown. More importantly, it was only necessary to generally describe the manner of interception when the place of interception could not be given. Under the present form of the subsection, all this information must be given and the obligation to advise as to the manner of interception is not conditional upon any other knowledge or information in the possession of the person seeking the authorization. This would appear to reveal a much more specific legislative intent with reference to the breadth of authority assigned by Parliament to the court in granting interception authorizations, and a commensurate entitlement in and a burden on the court to know the scope of investigation to be authorized.

The plan of Part IV.1, the "Invasion of Privacy" provisions of the *Criminal Code*, is directed both to protecting, and to invading, the privacy of the individual. The very presence of Part IV.1 in the *Code* is a recognition of these opposing needs in relation to criminal law which, of course, falls exclusively in the domain of Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act*. By the 1973-74 enactment of Part IV.1, Parliament extended to the *Criminal Code* some provisions with reference to interception of communications which theretofore were found in part in the *Radio Act*, R.S.C. 1970, c. R-1, and these coupled with extensive provisions which take a much broader approach to the matter of privacy form a mini-Code, Part IV.1, under the heading "Invasion of Privacy".

Much has been written about the proper construction and application of Part IV.1 of the *Code*. It is unnecessary to review the ground covered by this Court in *Goldman*, *supra*, and by the Ontario Court of Appeal in *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C. (2d) 388, and *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 15 O.R. (2d) 1, 32 C.C.C. (2d) 363, 74 D.L.R. (3d) 748. The very issue facing the Court in this appeal arose in the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97 where that Court concluded (*per* Huband J.A., at p. 115):

avoir lieu que lorsque l'identité des personnes dont les communications privées devaient être interceptées n'était pas connue. Qui plus est, il était seulement nécessaire de décrire de façon générale le mode d'interception lorsqu'il était impossible de donner une description générale du lieu de l'interception. Selon le texte actuel de l'alinéa, tous ces renseignements doivent être fournis et l'obligation d'indiquer la façon de réaliser l'interception ne dépend d'aucun autre élément de connaissance ou renseignement que possède la personne qui demande l'autorisation. Cela semblerait traduire une intention législative beaucoup plus précise quant à la portée du pouvoir que le Parlement confère aux tribunaux d'accorder des autorisations d'intercepter, et un droit et un devoir correspondants des tribunaux de connaître la portée de l'enquête à autoriser.

La partie IV.1, intitulée «Atteintes à la vie privée», vise à la fois à protéger la vie privée des personnes et à permettre d'y porter atteinte. La présence même de la partie IV.1 dans le *Code* constitue une reconnaissance de ces besoins opposés relativement au droit criminel qui, bien sûr, relève de la compétence exclusive du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle*. Par l'adoption de la partie IV.1 à 1973-74 (Can.), le Parlement a inscrit dans le *Code criminel* certaines dispositions relatives à l'interception de communications qui jusqu'alors se trouvaient en partie dans la *Loi sur la radio*, S.R.C. 1970, chap. R-1. Ces dispositions, jointes à d'autres dispositions qui abordent de façon beaucoup plus générale la question de la vie privée forment un mini-code, savoir la partie IV.1, intitulé «Atteintes à la vie privée».

On a beaucoup écrit sur la façon d'interpréter et d'appliquer la partie IV.1 du *Code*. Il n'est pas nécessaire de reprendre l'étude faite par cette Cour dans l'arrêt *Goldman*, précité, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C. (2d) 388, et *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 15 O.R. (2d) 1, 32 C.C.C. (2d) 363, 74 D.L.R. (3d) 748. La question précise dont est saisie cette Cour dans le présent pourvoi a été soulevée devant la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97, où cette cour a conclu (le juge Huband, à la p. 115):

The fact that there has been a trespass or some other civil or, indeed, criminal wrong in the planting of the device does not invalidate the authorization to intercept, and thus does not render the interception unlawful. The authorization granted by the court is an authorization to intercept private communications. How that authorization is carried out is not germane to the issue of the admissibility of the evidence flowing from the interception. If a trespass has been committed, then those who have committed the trespass will be answerable in some other criminal or civil forum.

[TRADUCTION] Le fait qu'il y a eu une intrusion ou quelque autre délit civil ou criminel lors de la mise en place de l'appareil ne rend pas invalide l'autorisation d'interception et ne rend donc pas l'interception illégale. L'autorisation accordée par la cour est une autorisation d'intercepter des communications privées. Le mode d'exécution de cette autorisation n'a rien à voir avec la question de l'admissibilité de la preuve découlant de l'interception. S'il y a eu une intrusion, ceux qui l'ont commise devront en répondre devant une autre cour criminelle ou civile.

With respect, I do not accept the reasoning which leads to this conclusion. The process of interception is a single undertaking carried out under the authorization orders of the court and cannot be segmented into legally consequential and legally inconsequential steps. The interception must be carried out in conformity with the *Code* and the orders issued thereunder in order to qualify the material received on interception for admission as evidence. The evidence in issue here may therefore be admissible under the provisions of s. 178.16 if the Court is empowered, expressly or by necessary implication, to authorize the placing of the transmitting device by entry into these private premises and if the authorization here expressly or by necessary implication grants authority so to do. Neither Part IV.1 nor the orders herein issued expressly authorize entry by the officers into the premises mentioned in the order for the installation of the radio device. The question therefore reduces itself to this: can the terms of Part IV.1 and the authorizations be properly construed as permitting the installation of this radio device in the manner outlined above? Presuming the implied authority can properly be found in the sections of the *Code* and the court orders, the evidence would be admissible.

Avec égards, je n'accepte pas le raisonnement qui aboutit à cette conclusion. Le processus d'interception est une entreprise unique réalisée en vertu d'ordonnances d'autorisation judiciaires et il ne peut se diviser en étapes comportant des conséquences juridiques et en étapes n'en comportant pas. L'interception doit être réalisée conformément au *Code* et aux ordonnances rendues en vertu de celui-ci pour que les communications interceptées soient admissibles en preuve. Donc, la preuve dont il est question en l'espèce peut être admissible en vertu des dispositions de l'art. 178.16 si le tribunal a le pouvoir, expressément ou par déduction nécessaire, d'autoriser la mise en place d'un émetteur au moyen d'une entrée dans des lieux privés et si l'autorisation accordée en l'espèce confère, expressément ou par déduction nécessaire, le pouvoir de le faire. Ni la partie IV.1 ni les ordonnances rendues en l'espèce n'autorisent expressément les policiers à entrer dans les lieux mentionnés dans l'ordonnance pour y mettre en place un dispositif radio. La question se ramène donc à ceci: Les termes de la partie IV.1 et des autorisations peuvent-ils s'interpréter comme permettant la mise en place de ce dispositif radio de la manière exposée ci-dessus? Dans l'hypothèse où les articles du *Code* et les ordonnances judiciaires comporteraient implicitement un tel pouvoir, les éléments de preuve seraient admissibles.

For convenience I repeat the definition of "private communication" in s. 178.1 of the *Code*:

"private communication" means any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any

Pour plus de commodité, je reprends la définition de «communication privée» que l'on trouve à l'art. 178.1 du *Code*:

«communication privée» désigne toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une

person other than the person intended by the originator thereof to receive it.

That definition includes the word "telecommunication" which in turn is defined in the *Radio Act*, *supra*, s. 2, the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28, the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 2 as:

"telecommunication" means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual or other electromagnetic system.

In s. 287(2) of the *Criminal Code* the words "by wire" are omitted. The offence of interception of a private communication refers to interception "by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device". The expression "electromagnetic, acoustic, mechanical or other device" was in turn defined in s. 178.1 as:

"electromagnetic, acoustic, mechanical or other device" means any device or apparatus that is used or is capable of being used to intercept a private communication ....

The definition of "telecommunication" refers to the " ... reception of ... sounds ... by ... radio, visual or other electromagnetic system".

It was not argued that the transmitter planted by the police in the premises of the appellant Lyons was not "an electromagnetic ... device". It was also not challenged that the operation of the device produced a transcript of a "private communication". It is also either agreed or not contested that the authorizations complied with paras. (*a*) and (*b*) of s. 178.13(2); and that each order authorized the "interception by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device".

This then brings one to s. 178.16 to determine whether or not the intercepted private communication is admissible as evidence "against the originator of the communication". Admissibility only results if:

personne autre que la personne à laquelle il la destine;

Cette définition comporte le mot «télécommunication» qui est lui-même défini de façon à peu près identique dans la *Loi sur la radio*, précitée, art. 2, la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28, la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 2:

«télécommunication» désigne toute transmission, émission ou réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, par radio, par un procédé visuel ou un autre procédé électromagnétique.

Les mots «par fil» ne figurent pas au par. 287(2) du *Code criminel*. L'infraction que constitue l'interception d'une communication privée s'entend de l'interception «au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre». L'expression «dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» est elle-même définie ainsi à l'art. 178.1:

«dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» désigne tout dispositif ou appareil utilisé ou pouvant être utilisé pour intercepter une communication privée ...

La définition de «télécommunication» parle de la « ... réception de ... sons ... par radio, par un procédé visuel ou un autre procédé électromagnétique».

On n'a pas soutenu que l'émetteur dissimulé par les policiers dans les locaux de l'appelante Lyons n'était pas «un dispositif électromagnétique». On n'a pas contesté non plus que le fonctionnement du dispositif a permis de produire une transcription d'une «communication privée». Il est également soit reconnu soit non contesté que les autorisations sont conformes aux al. *a*) et *b*) du par. 178.13(2) et que chacune des ordonnances autorise l'«interception au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre».

Cela nous amène à l'art. 178.16 pour déterminer si la communication privée interceptée est admissible en preuve «contre son auteur». La communication est inadmissible à moins

(*a*) the interception was lawfully made; or

(*b*) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof.

We are concerned only with para. (*a*) and particularly with the words "lawfully made". We are not concerned with subs. (3) of this section because it was not argued nor indeed could it have been argued in these circumstances that an unauthorized entry, if that is the correct description in law of the action taken here, is "an irregularity in procedure". The second issue therefore reduces itself to an interpretation and application in the circumstances of this appeal of the words "lawfully made". In reality this is only an independent issue if the words mean something other than 'made in accordance with Part IV.1 of the *Code*'.

Before examining these *Code* provisions in detail a word should be said about trespass, a subject prominent in the submissions in this Court and in the judgments below. Trespass, in its broad scope, is but one of the considerations which must be taken as having been within parliamentary contemplation in the adoption of these extensive measures. Trespass in its most ancient form, more properly *trespass vi et armis* (by force and arms), involved direct interference with the person. Eventually other forms of trespass, in particular *trespass quare clausum fregit* (involving the physical act of breaking the "close" around the individual's land or premises), and *trespass de bonis asportatis* (relating to personal property) were developed to cover certain particular wrongs. The action for trespass gradually expanded to embrace wrongs suffered as the result of the exercise of indirect force. The ancient form of trespass also gave rise to the "action on the case" and from this the concept of intellectual trespass developed, thus further extending the plaintiff's rights with respect to indirect or non-physical wrongs. From the fertile ground of trespass likewise sprang the action in *assumpsit* from which in turn came the present action in contract. In the simple Anglo-Saxon community the breach of a recognized right was a

a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

Seuls l'al. *a*) et en particulier les mots «faite légalement» nous intéressent. Nous ne nous intéressons pas au par. (3) de cet article parce qu'on n'a pas soutenu et, en fait, on n'aurait pas pu soutenir dans ces circonstances qu'une entrée non autorisée, à supposer qu'il s'agisse là de la description exacte en droit de ce que l'on a fait en l'espèce, constitue «un vice de procédure». La deuxième question se résume donc à l'interprétation et à l'application, dans les circonstances du présent pourvoi, de l'expression «faite légalement». En réalité, ce n'est une question distincte que si ces mots signifient autre chose que «faite conformément à la partie IV.1 du *Code*».

Avant d'examiner en détail ces dispositions du *Code*, il convient de glisser un mot au sujet du *trespass* (l'atteinte) dont il a été beaucoup question au cours des plaidoiries en cette Cour et dans les décisions des cours d'instance inférieure. Le *trespass*, au sens large, n'est qu'un seul des facteurs que le Parlement doit avoir envisagé en adoptant ces mesures détaillées. Le *trespass* dans sa forme la plus ancienne, plus précisément le *trespass vi et armis* (par la force et par les armes) comporte une atteinte directe à la personne. Avec le temps, d'autres formes de *trespass*, notamment le *trespass quare clausum fregit* (qui comporte le bris de la «clôture» qui entoure la propriété ou les locaux d'une personne) et le *trespass de bonis asportatis* (concernant les biens meubles), ont été prévues de manière à s'appliquer à certains préjudices précis. L'*action for trespass* s'est progressivement étendue de manière à s'appliquer aux préjudices subis par suite de l'utilisation de la force indirecte. L'ancienne forme de *trespass* a aussi donné naissance à l'«*action on the case*» qui à son tour a été la source du concept d'atteinte intellectuelle, étendant ainsi davantage les droits du demandeur relativement aux préjudices indirects ou immatériels. De même, de ce terrain fertile de l'intrusion est née l'action *assumpsit* qui à son tour est à l'origine de l'action actuelle fondée sur le contrat. Dans la société anglo-saxonne primitive,

trespass, including the right to rely on another's promise.

Eventually, trespass was narrowed down in the common law to the immediate damage caused by the act complained of, whereas consequential injury was identified as an action upon the case: Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* (1949), at p. 185; Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 15. In the circumstances arising in this case, one must be concerned with the consequences, if any, of trespass above the surface of the land, that is in open space. Whether mere entry into air space amounts to trespass has been a matter of some debate in the law. An earlier general rule stating that an action did arise under the maxim that breach of the close includes its vertical extension has been referred to as a "fanciful phrase" of "dubious ancestry": Fleming, *The Law of Torts*, *supra*, at p. 42. It has, for example, been determined that firing objects across property in air space was not actionable unless as a nuisance: *Clifton v. Bury* (1887), 4 T.L.R. 8; whereas if the object and, perhaps, in the alternative, the force, contacted a surface, the action was in trespass: *Pickering v. Rudd* (1815), 4 Camp. 219, at p. 220, *per* Lord Ellenborough. In more modern writings, the action of trespass has been assigned to a lesser function in the field of tort giving rise to a remedy only for material damage sustained by an occupier as the direct result "of another's activity involving an entry, whether personal or by means of animate or inanimate objects": Fleming, *The Law of Torts*, *supra*, at p. 36. Trespass is largely the subject of civil law rather than criminal law (see Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), p. 894).

We are not here directly concerned, be it remembered, with determining whether the conduct of those who invoked the authorization order and intercepted these personal communications was either tortious or criminal. We are only con-

la violation d'un droit reconnu constituait un *trespass*, notamment en ce qui concerne le droit de compter sur la promesse d'autrui.

Avec le temps, le *trespass* a été ramené, en *common law*, au préjudice immédiat causé par l'acte reproché, tandis que le préjudice indirect a été identifié comme une *action upon the case*: Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* (1949), à la p. 185; Fleming, *The Law of Torts* (6e éd. 1983), à la p. 15. Dans les circonstances de l'espèce, il faut se préoccuper des conséquences, s'il en est, de l'intrusion au-dessus de la surface du bien-fonds, c'est-à-dire dans l'air libre. Des débats juridiques ont porté sur la question de savoir si la simple entrée dans l'espace aérien constitue une intrusion. Une règle générale ancienne portant qu'une cause d'action naît en vertu de la maxime selon laquelle le bris de clôture comprend son prolongement vertical a été qualifiée de [TRADUCTION] «proposition fantaisiste d'origine douteuse»: Fleming, *The Law of Torts*, précité, à la p. 42. On a jugé, par exemple, que le lancement d'objets dans l'espace aérien au-dessus d'une propriété ne peut donner lieu à des poursuites à moins de constituer une nuisance: *Clifton v. Bury* (1887), 4 T.L.R. 8; par contre, si l'objet et, subsidiairement peut-être, la force entrent en contact avec la surface, il y action pour intrusion: *Pickering v. Rudd* (1815), 4 Camp. 219, à la p. 220, lord Ellenborough. Dans la doctrine plus moderne, l'action pour intrusion joue un rôle moins important dans le domaine des délits et il en résulte une réparation seulement pour le préjudice matériel subi par l'occupant par suite directement de [TRADUCTION] «l'activité d'autrui qui comporte une entrée personnelle ou au moyen d'objets animés ou inanimés»: Fleming, *The Law of Torts*, précité, à la p. 36. L'intrusion relève plutôt du droit civil que du droit criminel (voir Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), p. 894).

Il faut se rappeler que nous ne nous intéressons pas directement en l'espèce à la question de savoir si la conduite de ceux qui se sont fondés sur l'ordonnance d'autorisation pour intercepter les communications personnelles en cause était délic-

cerned with the admissibility of the information thereby harvested.

It is generally an acceptable starting point in examining legislation involving the invasion of individual rights to restate *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a. The invasion here is of privacy and this concerns both the personal aspects and the property aspects of privacy. The inviolable nature of the private dwelling is a basic part of our free society. This concept has long been a bulwark against tyranny of the state be it organized as an absolute monarchy or as a democratic state under a constitutional monarch. Indeed for three hundred years the concept that a person's home is his castle has been the defence of the citizen in an endless variety of challenges brought against him in the name of the state. *Semayne* has been the shrine of his or her privacy. The concept recognizes an internal security but also an external dependence. The home is not a castle in isolation; it is a castle in a community and draws its support and security of existence from the community. The law has long recognized many compromises and outright intrusions on the literal sense of this concept: for example, the right of the community to search on proper authorization; the right of pursuit; the right of eminent domain; the right of the community in applying zoning restrictions and safety standards; the compulsory participation in community established health facilities including sewer and water systems; and many more. Most of these intrusions carry inspection rights of varying modes and degrees. As Dickson J. (as he then was) put it in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 743:

> . . . there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed.

The community interest in crime detection and suppression also inevitably entails intrusion on the castle concept. Part IV.1 is a recognition of the technical realities of the age of communications as they affect crime detection and prevention in par-

tueuse ou criminelle. Ce qui nous intéresse c'est uniquement l'admissibilité des renseignements ainsi recueillis.

Il est généralement acceptable de commencer l'examen des lois qui portent atteinte aux droits individuels en rappelant l'affaire *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a. Il s'agit ici de l'atteinte à la vie privée, aussi bien à l'égard de la personne qu'à l'égard des biens. L'inviolabilité du foyer est l'un des fondements de notre société libre. Ce concept constitue depuis longtemps un rempart contre la tyrannie de l'État, qu'il s'agisse d'une monarchie absolue ou d'un État démocratique sous forme de monarchie constitutionnelle. En réalité, depuis trois cents ans, le concept selon lequel la maison d'un citoyen est son château a servi de moyen de défense dans une variété infinie de contestations présentées contre lui au nom de l'État. L'arrêt *Semayne* est la consécration du droit de la personne à sa vie privée. Ce concept reconnaît une sécurité intérieure, mais aussi une dépendance extérieure. La maison n'est pas un château isolé, c'est un château dans une société qui en assure et en protège l'existence. Le droit reconnaît depuis longtemps un bon nombre de compromis et d'empiétements purs et simples au sens littéral de ce concept: par exemple, le droit de la société de perquisitionner moyennant autorisation valable, le droit de poursuite, le droit d'expropriation à des fins publiques, le droit de la société d'appliquer des règlements de zonage et des normes de sécurité, la participation obligatoire aux services sanitaires communautaires comme les égouts et l'aqueduc, et ainsi de suite. La plupart de ces empiétements comportent des droits d'inspection à divers degrés et de différentes façons. Le juge Dickson, alors juge puîné, s'exprime ainsi dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, à la p. 743:

> . . . il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter.

L'intérêt qu'a la société à ce que le crime soit découvert et éliminé entraîne aussi des empiétements inévitables sur le concept du château. La partie IV.1 reconnaît les réalités techniques de l'ère des communications étant donné qu'elles

ticular, and the right to privacy in general. It represents a balance selected by Parliament of these conflicting concepts and interests. Intrusion into privacy is an obvious and inevitable concomitant of an authorized crime detection procedure. Explicitness is a requirement before legislation may properly be found to be intrusive of these basic rights. However, the need to express the obvious is not present in the canons of statutory interpretation.

There are four general interception procedures available under the definition of authorized devices under Part IV.1 which are widely discussed in the literature in this country and in the United States concerning the subject of interception of personal communications. These four procedures are:

(a) telephone wiretapping;
(b) radio eavesdropping;
(c) acoustic eavesdropping, active and passive; and,
(d) microwave and laser beam eavesdropping.

Telephone wiretapping in some forms requires personal entry by the interceptor into the designated premises for the purpose of installing equipment. Radio eavesdropping, involving the use of transmitters, necessarily involves personal entry into the designated premises for the purpose of their installation in the vicinity of the anticipated personal communications. Active acoustic devices and microwave and laser beam eavesdropping necessarily entail the direction into and onto the designated premises of energy in the form of electromagnetic waves, or acoustical waves in the case of acoustic devices. Thus, all forms of eavesdropping (other than passive acoustic eavesdropping by means of parabolic and other like microphones) entail either the personal entry into the premises by the interceptor or his collaborators for the purpose of installing equipment; or the invasion of the premises in question by directing at those premises energy in the form of electromagnetic waves. It should be added in connection with acoustic interception that acoustic eavesdropping,

influent sur la découverte et la prévention du crime en particulier et sur le droit à la vie privée de manière générale. Elle représente l'équilibre adopté par le Parlement entre ces concepts et ces intérêts opposés. L'atteinte à la vie privée est un corollaire manifeste et inévitable d'une méthode autorisée de découverte du crime. Le caractère explicite est l'une des conditions nécessaires pour conclure qu'un texte de loi empiète sur ces droits fondamentaux. Cependant, les règles d'interprétation législative n'exigent pas qu'on exprime ce qui est évident.

Il y a quatre méthodes générales d'interception qui peuvent être utilisées suivant la définition des dispositifs autorisés en vertu de la partie IV.1. Ces méthodes sont largement traitées dans la doctrine canadienne et américaine relative à l'interception des communications personnelles. Ces quatre méthodes sont:

a) l'écoute téléphonique clandestine,
b) l'écoute par radio,
c) l'écoute acoustique active et passive et
d) l'écoute au moyen d'un rayon laser et de micro-ondes.

Certaines formes d'écoute téléphonique clandestine exigent que l'auteur de l'interception entre dans les lieux désignés pour y mettre en place le matériel. L'écoute par radio, qui comporte l'utilisation d'émetteurs, comporte nécessairement l'entrée personnelle dans les lieux désignés afin de les mettre en place à proximité de l'endroit où l'on prévoit que des communications personnelles auront lieu. L'écoute acoustique active et l'écoute au moyen d'un rayon laser et de micro-ondes comportent nécessairement l'envoi, vers les lieux désignés, d'énergie sous forme d'ondes électromagnétiques ou d'ondes acoustiques dans le cas de dispositifs acoustiques. Donc toutes les formes d'écoute (autres que l'écoute acoustique passive au moyen de microphones paraboliques ou d'autres microphones semblables) comportent soit l'entrée personnelle de l'auteur de l'interception ou de ses collaborateurs dans des lieux afin d'y mettre en place le matériel, soit l'intrusion dans les lieux en question par l'envoi vers ces lieux d'énergie sous forme d'ondes électromagnétiques. Il faut aussi

unassisted by long-range reception devices, also entails personal entry into premises or onto the land immediately adjoining for the purpose of overhearing conversations. That is the procedure of interception of personal communications in its oldest and most basic form.

Where the intercept is done by means of intercepting telephone wires leading to and from the premises, no personal entry by the interceptor is necessarily made into the named premises. For an interception to be made by means of a radio device, the device, a small transmitter, must be placed inside the premises where it is anticipated that the private communication, that is the conversation, will take place. A hybrid intervention occurs where personal entry is made into the premises for the purpose of inserting a device into the telephone instrument on the premises which enables the interceptor, by thereafter directing electrical energy into the building over the telephone wires as and when desired, to "electrically remove" the telephone from its hook and thereby convert the telephone into a room listening device similar to a radio bug. Thereafter, the device can be turned on and off repeatedly and indefinitely without any further personal entry by the interceptor. Where the private communication is picked up and recorded by acoustical means, that is by long-range directional acoustical devices, no personal entry is necessarily required depending on the *situs* of the conversation being intercepted. New modes of physical entry occur where the private communication is intercepted by means of devices such as "coherent lasers" employing electromagnetic forces beamed onto and into buildings which record and translate vibrations on window panes or walls so as to intercept "private communications" taking place inside the building. No personal entry by the interceptor is required. (See *Studies for the National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance*, Washington: 1976 ("*NWC Commission Studies*"), at p. 182, and *Encyclopedia Britannica*, Micropædia, Ready Reference and Index, vol. III, at p. 841). Technically this is an entry into or a trespass against the

ajouter, quant à l'interception acoustique, que l'écoute acoustique, sans l'aide de dispositifs de réception à longue portée, comporte également l'entrée personnelle dans les lieux ou sur le bien-fonds immédiatement adjacent dans le but de surprendre des conversations. Il s'agit là de la forme d'interception de communications personnelles la plus ancienne et la plus typique.

Lorsque l'interception se fait par branchement sur les lignes téléphoniques des locaux désignés, l'auteur de l'interception n'a pas nécessairement à entrer dans ces locaux. Lorsque l'interception doit se faire au moyen d'un dispositif radio, ce dispositif qui consiste en un petit émetteur doit être placé à l'intérieur des lieux où l'on prévoit que la communication privée, c'est-à-dire la conversation, aura lieu. Il y a intervention hybride lorsqu'il y a entrée personnelle dans les lieux afin d'insérer dans l'appareil téléphonique qui s'y trouve un dispositif qui permet ensuite à l'auteur de l'interception d'envoyer à volonté un signal électrique dans l'édifice par les lignes téléphoniques et ainsi de «décrocher électriquement» le combiné du téléphone et de transformer ainsi l'appareil téléphonique en un appareil d'écoute semblable à un microphone. Par la suite, le dispositif peut être mis en marche aussi souvent et longtemps que l'on veut sans que l'auteur de l'interception ait à entrer de nouveau personnellement dans les lieux. Lorsque la communication privée est captée et enregistrée par des moyens acoustiques, c'est-à-dire au moyen de dispositifs acoustiques directionnels à longue portée, aucune entrée personnelle n'est nécessairement requise selon l'endroit où la conversation est interceptée. Il se présente de nouvelles façons d'entrer dans des lieux lorsque la communication privée est interceptée au moyen de dispositifs comme les «lasers» qui utilisent des faisceaux électromagnétiques dirigés sur des édifices, qui enregistrent et traduisent les vibrations sur les fenêtres ou sur les murs de manière à intercepter les «communications privées» qui se déroulent à l'intérieur de ces édifices. Aucune entrée personnelle n'est requise de la part de l'auteur de l'interception. (Voir *Studies for the National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance* (Washington, 1976) («*NWC Commission Studies*»), à la

premises in question, particularly if the sensor is physically attached to the outer wall of the premises or a common wall between the premises and another property. It would be a strange result indeed if a court were required to construe the words of the section in such a way as to render evidence inadmissible if obtained and recorded by radio, or if obtained by the recording of vibrations in the enclosure of the premises by energy directed from outside the lands and premises, but not if withdrawn from the building by an invasive use of the telephone wires leading into the building or by detection of vibrations in a common wall. Furthermore, s. 178.11 throughout refers to all manner of devices, acoustic, mechanical, electromagnetic "and others". By the clearest possible inference the authorization may refer to and authorize the use of one or more of these devices.

Radio as a method of interception entails, in its most common form, the installation of a transmitter at the site where the private communication to be intercepted is to take place. By the definitions included in and related to Part IV.1, radio is included in the authorized interception techniques so that its use is embraced in the provisions which are necessarily broad and in the terminology there employed which is designedly embracive of these diverse techniques. As will be seen, a detailed analysis of the wording of the section happily produces a result consonant with the general purport of Part IV.1.

Wiretapping, the use of telephone wires and equipment by which the telephone company provides telephone service to its subscribers, is perhaps the most common interception procedure or device. Indeed, the expression "wiretapping" appears to be used generically in the present day community to cover all manner of interception of private communications. Two methods of eavesdropping *via* telephone are described at p. 158 of the *NWC Commission Studies*:

p. 182, et *Encyclopedia Britannica*, Micropædia, Ready Reference and Index, vol. III, à la p. 841). Techniquement, il s'agit d'une entrée ou d'une intrusion dans les lieux en question, spécialement si le détecteur est fixé au mur extérieur des locaux ou à un mur mitoyen entre ces locaux et un autre immeuble. En fait, ce serait un résultat étrange si un tribunal était tenu d'interpréter les termes de l'article de manière à rendre inadmissibles les éléments de preuve obtenus et enregistrés par radio ou obtenus par l'enregistrement des vibrations produites dans l'enceinte des lieux au moyen d'énergie dirigée de l'extérieur du bien-fonds et des locaux, et de les déclarer admissibles s'ils ont été extraits de l'édifice par une utilisation envahissante des lignes téléphoniques qui pénètrent dans l'édifice ou par détection des vibrations dans un mur mitoyen. De plus, l'art. 178.11 parle d'un bout à l'autre de toutes sortes de dispositifs, savoir acoustiques, mécaniques, électromagnétiques «ou autres». On peut manifestement en déduire que l'autorisation peut mentionner et permettre l'utilisation d'un seul ou de plusieurs de ces dispositifs.

En tant que méthode d'interception, la radio comporte le plus souvent la mise en place d'un émetteur à l'endroit où la communication privée à intercepter doit avoir lieu. En vertu des définitions que l'on trouve dans la partie IV.1 et de celles qui s'y rapportent, la radio fait partie des techniques d'interception autorisées, de sorte que son utilisation est visée par les dispositions qui sont nécessairement générales et par la terminologie qui y est utilisée et qui est destinée à englober ces diverses techniques. Comme nous le verrons, une analyse détaillée de la formulation de l'article engendre heureusement un résultat compatible avec le but général de la partie IV.1.

L'écoute téléphonique clandestine, c.-à-d. l'utilisation des lignes et du matériel téléphoniques par lesquels la compagnie de téléphone fournit le service à ses abonnés, est probablement le mode d'interception le plus courant. En réalité, l'expression «*wiretapping*» semble être actuellement utilisée en anglais de façon générale pour désigner toutes formes d'interception de communications privées. Deux méthodes d'écoute téléphonique clandestine sont décrites à la p. 158 des *NWC Commission Studies*:

Telephone audio eavesdropping can be accomplished by two methods that involve connecting various electronic devices to this system [*i.e.* the telephone system]. The first and most widely publicized method uses wiretap paraphernalia which intercepts conversations directly from the telephone wires and requires no entry into the target premises. The second method is that which uses a portion of the telephone system for room eavesdropping and usually requires physical entry into the premises.

[TRADUCTION] L'écoute téléphonique clandestine peut se faire de deux façons qui comportent le branchement de divers dispositifs électroniques à ce réseau [c.-à-d. le réseau téléphonique]. La première et la plus connue de ces méthodes consiste à utiliser du matériel d'interception qui permet de capter les conversations directement des lignes téléphoniques et n'exige aucune entrée dans les lieux visés. La seconde méthode est celle qui consiste à utiliser une partie du réseau téléphonique pour faire de l'écoute clandestine et requiert ordinairement une entrée physique dans les lieux.

Wiretapping is only feasible where telephone service is being provided to the place where the interception is to be made. No mention of a telephone number is made in the authorization of August 25, 1977. Telephone numbers are mentioned in the second authorization. A private communication between persons named in the authorization and other persons includes by definition an oral exchange or conversation which occurs by means of the telephone situated on the premises identified in the authorization and the telephone at the other end of the conversation. The authorized interceptor taps into the pair of telephone wires coming out of the premises by attaching a receiver somewhere on those wires outside the premises at a point where the interceptor can listen to and, if desired, make a recording of the conversation between a person on the designated premises and a person situated somewhere else and using the telephone service connected to those premises. The telephone company, of course, is not authorized by the subscriber at either end of the call to make use of or to permit use of the telephone wires and equipment for this purpose. If the interceptor taps the wire at a point outside the boundaries of the property identified in the authorization as the place where the interception is to be made, then no trespass in the sense of personal entry by the interceptor is committed against the property under surveillance. The result, however, is that the voice of the person who participated in the private communication inside the wiretapped premises has been overheard and recorded without his knowledge or authority. The interceptor has by telephone entered the privacy of the dwelling, or other place where the person is situated, and recorded his or her private telephone conversation. The privacy of the parties to the private communica-

L'écoute téléphonique clandestine ne peut se faire que si le service téléphonique est fourni à l'endroit où l'interception doit être faite. Aucun numéro de téléphone n'est mentionné dans l'autorisation du 25 août 1977. Des numéros de téléphone sont mentionnés dans la seconde autorisation. Une communication privée entre les personnes nommées dans l'autorisation et d'autres personnes comprend par définition un échange verbal ou une conversation au moyen du téléphone situé dans les lieux décrits dans l'autorisation et de l'autre téléphone utilisé par l'interlocuteur. La personne autorisée à réaliser l'interception effectue un branchement sur la paire de fils téléphoniques venant des lieux en y fixant, quelque part hors de ces lieux, un récepteur par lequel l'auteur de l'interception peut écouter et, s'il le veut, enregistrer une conversation entre la personne qui se trouve dans les lieux désignés et celle qui se trouve ailleurs et qui utilise le service téléphonique qui la relie à cet endroit. Évidemment, la compagnie de téléphone n'est autorisée par aucun des abonnés qui participent à l'appel à utiliser ou à permettre d'utiliser les lignes et le matériel téléphoniques à cette fin. Si l'auteur de l'interception effectue un branchement sur la ligne à un endroit situé hors des limites de la propriété décrite dans l'autorisation comme l'endroit où doit être faite l'interception, il ne commet alors aucune intrusion au sens d'une entrée personnelle dans la propriété surveillée. Il en résulte cependant que la voix de la personne qui participe à la communication privée à l'intérieur des lieux visés par l'écoute téléphonique est entendue et enregistrée à son insu ou sans sa permission. Grâce au téléphone, l'auteur de l'interception viole l'intimité du foyer ou de l'autre endroit où se trouve la personne, et enregistre sa conversation téléphonique privée. Il y a atteinte à la vie privée des

tion has been invaded. If the interceptor tapped the lines of the phone company without that company's consent, other violations of rights may have occurred. As between the interceptor and the person whose private communication has been intercepted, what has in reality occurred? The interceptor has, through the agency of the telephone equipment, caused a current, an electron flow, to be passed through equipment in use by the person under investigation in a telephone subscriber's dwelling so as to allow the acoustical waves produced by the person using the phone to be impressed in analogue form on the current in the phone wires. The current bearing in electrical analogue the acoustic waves produced by the voice of the interceptee leaves the premises and travels to the point where the interceptor's equipment retrieves the signal and reconstitutes the voice of the interceptee and that of the person at the other end of the telephone conversation, in acoustic form. The interceptor can at the same time record the electrical analogue for acoustical reproduction of the private communication at a later time. A variation of this procedure enables the interceptor to send a current into the premises by means of the telephone wires and thereby switch on the microphone in the telephone unknown to the occupants so as to enable the interception of any oral communications which occur in the vicinity of the electronically activated telephone. By directing an electrical current into the premises, the interceptor can, in effect, convert the telephone into a 'bug' for eavesdropping in the room. For a more detailed description of the physical events occurring during this process, see *NWC Commission Studies*, *supra*, at p. 160; and David Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at pp. 181-84. No one suggested in this Court, none of the courts below has suggested, and no case has been drawn to the attention of this Court, where it has been decided that this process would not be within the terms of Part IV.1 or that this most common of all interception procedure could not be authorized under Part IV.1. Yet there has been the clearest trespass against the premises, in the civil law sense of that term, by the deliberate direction of an electrical current into those premises in order to transport out of the premises the private communication.

interlocuteurs. Si l'auteur de l'interception effectue un branchement sur les lignes de la compagnie de téléphone sans le consentement de celle-ci, il se peut que d'autres droits soient violés. Que se produit-il vraiment entre l'auteur de l'interception et la personne dont la communication privée est interceptée? L'auteur de l'interception fait passer, par l'intermédiaire du matériel téléphonique, un courant électrique dans le matériel que la personne faisant l'objet de l'enquête utilise au domicile de l'abonné, de manière à permettre aux ondes acoustiques produites par la personne qui utilise le téléphone de moduler par signal analogique le courant qui passe dans la ligne téléphonique. Le courant, qui transmet par signal analogique les ondes acoustiques produites par la voix de celui dont la conversation est interceptée, quitte les lieux et se propage jusqu'au point où le matériel d'interception récupère le signal et reconstitue en ondes acoustiques la voix de la personne dont la conversation est interceptée et celle de son interlocuteur. L'auteur de l'interception peut en même temps enregistrer le signal analogique en vue de reproduire ultérieurement de façon acoustique la communication privée. Une variante de cette méthode permet à l'auteur de l'interception d'envoyer un courant dans les lieux par les fils téléphoniques et ainsi de mettre en marche le microphone du téléphone à l'insu des occupants de manière à pouvoir intercepter toute communication orale qui se produit à proximité du téléphone actionné de façon électronique. En envoyant un courant électrique dans les lieux, l'auteur de l'interception peut, en fait, convertir l'appareil téléphonique en microphone qui permet d'écouter ce qui se passe dans la pièce. Pour une description plus détaillée des phénomènes physiques qui se produisent au cours de ce processus, voir *NWC Commission Studies*, précité, à la p. 160, et David Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), aux pp. 181 à 184. On n'a pas laissé entendre en cette Cour, et les cours d'instance inférieure ne l'ont pas fait non plus, que ce processus est contraire à la partie IV.1 ou que cette méthode d'interception très courante ne peut pas être autorisée en vertu de la partie IV.1, et on n'a soumis à cette Cour aucun arrêt en ce sens. Pourtant, il y a eu une intrusion des plus évidentes dans les lieux, au sens de ce terme en

munication of the person speaking inside the premises. All of this was unauthorized by the telephone company, by the subscriber to the telephone service, or by the person whose private communication was, by this device, intercepted. The electrical current acts as a boomerang thrown across the subscriber's property and retrieved by the interceptor after it has picked up the personal communications of any inhabitants. The electronic equivalent employing physical force in the form of an electric current nonetheless amounts to an ancient *trespass quare clausum fregit*. Parliament has clearly granted authority for issuance of an authorization to intercept, in this manner, private communications at designated premises. Nothing in the *Code* requires the consent of the telephone company whose system is thus invaded by the interceptor.

droit civil, par l'envoi délibéré d'un courant électrique dans ces lieux dans le but d'en extraire la communication privée de la personne qui s'y trouvait. Tout cela n'a été autorisé ni par la compagnie de téléphone ni par l'abonné du service téléphonique ni par la personne dont la communication privée a été interceptée au moyen de ce dispositif. Le courant électrique agit comme un boomerang lancé à travers la propriété de l'abonné et récupéré par l'auteur de l'interception après avoir recueilli les communications personnelles de ceux qui y habitent. L'équivalent électronique qui utilise de l'énergie sous forme de courant électrique équivaut néanmoins à une forme ancienne d'intrusion dite *trespass quare clausum fregit*. Le Parlement a manifestement accordé le pouvoir d'autoriser ce genre d'interception de communications privées dans un endroit donné. Rien dans le *Code* n'exige le consentement de la compagnie de téléphone dont le réseau subit une telle intrusion de la part de l'auteur de l'interception.

The same result can be achieved by the use of acoustical, light or radio waves originated and received by the interceptor off the lands and premises described in the surveillance authorization. See a compendium of such techniques gathered in the *NWC Commission Studies*, *supra*, at p. 152, and pp. 168-83. Again the result in law is simple civil trespass on the property named in the authorization unless the legislation has authorized such procedures. Indeed, high intensity microwaves so employed must amount to trespass to the person, entailing, as they do, physical discomfort and injury. See *NWC Commission Studies*, *supra*, at p. 177. It follows, at least as regards wiretapping and interception by energy directed into the premises, that no trespass occurs, and even if it does, it is authorized by Part IV.1 and no cause of action arises.

On peut arriver au même résultat en utilisant des ondes acoustiques, lumineuses ou radioélectriques générées et récupérées par l'auteur de l'interception en dehors du bien-fonds et des lieux décrits dans l'autorisation de surveillance. Pour un résumé de ces techniques, voir *NWC Commission Studies*, précité, à la p. 152 et aux pp. 168 à 183. Encore une fois, il en résulte en droit une intrusion civile simple dans la propriété désignée dans l'autorisation à moins que la loi n'autorise de telles méthodes. En fait, les micro-ondes de haute intensité ainsi utilisées doivent équivaloir à une atteinte à la personne puisqu'elles provoquent des malaises et des blessures corporels. Voir *NWC Commission Studies*, précité, à la p. 177. Il s'ensuit, du moins en ce qui concerne l'écoute téléphonique clandestine et l'interception par l'envoi d'énergie dans les lieux, qu'aucune intrusion ne se produit et que, même s'il s'en produit une, elle est autorisée en vertu de la partie IV.1 et ne donne pas naissance à une cause d'action.

Part IV.1 contemplates at least three fundamental processes or devices which may be employed in the interception of a private communication: electromagnetic (radio, telephone and optical), acoustic and mechanical devices. There is no particular

La partie IV.1 envisage au moins trois méthodes ou dispositifs principaux qui peuvent être utilisés pour intercepter une communication privée: les dispositifs électromagnétiques (radioélectriques, téléphoniques ou optiques), acoustiques et mécani-

provision relating to each of these special types or forms of communication. All are embraced in the same general provisions. It is therefore clear that Parliament, in Part IV.1, is legislating with reference to the employment of any equipment or procedure relating to the electromagnetic spectrum (ranging as it does through the spectrum from radio waves to light waves), the acoustic vibrations above or below and including the range of the human ear, and to mechanical devices, for the purpose of intercepting oral (and other) communication occurring anywhere. This is broad legislation embracing in these extensive provisions the use of a wide range of radio, telephone, optical and acoustical devices for listening to and recording private communications as broadly defined. It is not "wiretapping" legislation, nor eavesdropping legislation, nor radio regulation. It is the regulation of all these things and "any other device" that may be used to intercept intelligence reasonably expected by the originator not to be intercepted by anyone other than the intended recipient. The scheme of regulation includes the judicial authorization to intercept issued in response to a request for permission to intercept personal communications by any device contemplated by the *Code*, supported by the requisite information as specified in the regulation. Part IV.1 has authorized the use of all such procedures. They involve the invasion of property by directed energy for the purpose of extracting private communications occurring therein or thereon, yet no express authorization of the essential "entry" on to the premises under surveillance is to be found in the provisions. Parliament should not be taken to have authorized the use of procedures and equipment without, at the same time, supplying the public officials undertaking these duties with the appropriate means and authority to carry them out. This, in my view, Parliament has done by authorizing the employment of apparatus, some of which necessarily entails such forms of "entry".

ques. Il n'y a pas de disposition spéciale relative à chacune de ces formes particulières de communication. Elles sont toutes visées par les mêmes dispositions générales. Il est donc manifeste que, dans la partie IV.1, le Parlement légifère à l'égard de l'utilisation de tout matériel ou de toute méthode faisant appel au spectre électromagnétique (lequel s'étend des ondes radio jusqu'aux ondes lumineuses), aux vibrations acoustiques à basse ou à haute fréquence, y compris celles que peut saisir l'oreille humaine, et à des dispositifs mécaniques, en vue d'intercepter une communication orale (ou autre) dans un endroit quelconque. Il s'agit d'un texte législatif général qui vise, par ces dispositions étendues, l'utilisation de toute une gamme de dispositifs radioélectriques, téléphoniques, optiques et acoustiques pour écouter et enregistrer les communications privées dont une définition générale est donnée. Il ne s'agit ni d'un texte législatif portant sur le branchement clandestin de lignes téléphoniques ou sur l'écoute clandestine, ni d'un règlement sur la radio. Il s'agit d'une réglementation de toutes ces choses et de «tout autre dispositif» qui peut servir à intercepter des renseignements dont l'auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils ne soit pas interceptés par une personne autre que celle à laquelle il les destine. Le système de réglementation comporte l'approbation judiciaire d'une demande d'autorisation d'intercepter des communications personnelles au moyen d'un dispositif envisagé par le *Code*, accompagnée des renseignements prescrits par la réglementation. La partie IV.1 autorise l'utilisation de toutes ces méthodes. Elles comportent l'intrusion dans une propriété par l'envoi d'énergie en vue d'en extraire les communications privées qui y sont échangées, quoique aucune autorisation expresse de l'«entrée» essentielle dans les lieux surveillés ne se trouve dans les dispositions en question. On ne doit pas considérer que le Parlement a autorisé l'utilisation de méthodes et de matériel sans, en même temps, donner aux fonctionnaires chargés de ces tâches les moyens et le pouvoir nécessaires pour les remplir. C'est ce que, à mon avis, le Parlement a fait en autorisant l'utilisation de dispositifs dont certains entraînent nécessairement de telles formes d'«entrée».

Part IV.1 did not issue from Parliament in an era of primitive communications. It must be read and applied with an awareness of the community it seeks to regulate. It was not the age of smoke signals or even simple telephony into which these extensive regulations were launched. Neither are the forces of criminal investigation, which are brought under the umbrella of these regulations, faced with the simpler task of bygone days. Rather they are contending with techniques employed by the criminal elements in a community equipped with all the modern paraphernalia of electronic communications. The reasonable needs of the community for adequate crime detection services utilizing modern technology, as well as the reasonable need of the community for protection from these new techniques, are considerations which must have been in the forefront of the parliamentary mind. Part IV.1 seeks to embrace these twin realities produced by modern interception techniques. At the same time, Parliament must be assumed to have taken into account the size and complexity of present-day criminal operations, particularly in the field of drug trafficking. In my view, Parliament has clearly revealed in Part IV.1 an intent to embrace all these conditions in a comprehensive network of regulations, and in my reading of these provisions, it has succeeded in so doing.

Having established the offence of unauthorized interception of personal communications, Part IV.1 proceeds to lay out the exceptions of consent and authorization. The procedure prescribed for obtaining an authorization is detailed in s. 178.12. The application must be made to a judge of a superior court of criminal jurisdiction (other forums not here relevant are omitted) by the Attorney General of a province or by the Solicitor General of Canada or their respective agent, and shall be supported by an affidavit of a peace officer or public officer setting forth the factual basis for the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence under investigation, and "the type of private communication . . . to be intercepted". The affidavit is required to set out as well:

La partie IV.1 n'a pas été adoptée par le Parlement à une époque de communications primitives. On doit l'interpréter et l'appliquer en tenant compte de la société qu'elle cherche à réglementer. Ce n'est pas à l'ère des signaux de fumée ou même à celle de la téléphonie primitive que cette réglementation minutieuse est apparue. Les services d'enquêtes criminelles régis par cette réglementation ne sont pas non plus confrontés aux tâches plus simples d'une époque révolue. Ils sont plutôt aux prises avec les techniques utilisées par la population criminelle dans une société pourvue de toute la panoplie moderne des communications électroniques. Le besoin raisonnable qu'a la société de disposer de services adéquats de découverte du crime qui aient recours aux techniques modernes, de même que son besoin raisonnable d'être protégée contre ces nouvelles techniques, ont certainement constitué une préoccupation majeure du Parlement. La partie IV.1 vise à tenir compte de cette double réalité que les techniques modernes d'interception ont engendrée. En même temps, il faut présumer que le Parlement a tenu compte de l'ampleur et de la complexité des activités criminelles d'aujourd'hui, notamment dans le domaine du trafic des stupéfiants. À mon avis, le Parlement a clairement manifesté à la partie IV.1 la volonté d'englober toutes ces conditions dans un système complet de réglementation et, selon mon interprétation de ces dispositions, il a réussi à le faire.

Après avoir créé l'infraction d'interception non autorisée de communications personnelles, la partie IV.1 énonce les exceptions du consentement et de l'autorisation. La procédure prescrite pour obtenir une autorisation est explicitée à l'art. 178.12. La demande doit être présentée à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle (je ne mentionne pas les autres instances qui ne nous intéressent pas en l'espèce) par le procureur général d'une province, le solliciteur général du Canada ou leurs mandataires respectifs, et il doit y être joint une déclaration sous serment d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public qui énonce les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu'à son avis il y a lieu d'accorder une autorisation, les détails relatifs à l'infraction visée par l'enquête, ainsi que «le genre de communication privée que l'on se propose d'intercepter». La déclaration sous serment doit également comporter:

(a) the person the interception of whose private communication is believed on reasonable grounds may assist the investigation of the offence in question;

(b) a general description of the nature and location of the place (if known) "at which private communications are proposed to be intercepted"; and,

(c) "a general description of the manner of interception proposed to be used".

Section 178.13 provides the authority to the judge to issue the authorization. There are two threshhold considerations which must be met:

(a) that the authorization requested would be in the best interests of the administration of justice; and,

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, or would be unlikely to succeed, or the urgency is such that it would be impractical to carry out the proposed investigation using only other investigative procedures.

The authorization then must include:

(a) the identity of the person whose private communications are to be intercepted if that be known;

(b) a general description of the place at which the private communications may be intercepted if that can be done; and

(c) a general description of the manner of interception that may be used.

Finally, and in my view most importantly, s. 178.13(2)(*d*) directs that the authorization shall "contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest". The foregoing are the terms of Part IV.1 which deal with the application for authorization and the contents of the authorizing order itself.

Thus we come to the interception procedure employed in these proceedings. The interceptor, acting under the authorization, deposited on the premises named in the order as the place where the interception was to be made, a battery-powered radio transmitter. This device performed the same

a) le nom de la personne dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction en question,

b) une description générale de la nature et de la situation du lieu (s'il est connu) «où l'on se propose d'intercepter des communications privées» et

c) «une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception».

L'article 178.13 accorde au juge le pouvoir d'accorder l'autorisation s'il est convaincu de deux choses au départ:

a) que l'octroi de l'autorisation demandée servirait au mieux l'administration de la justice; et

b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête projetée en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

L'autorisation doit alors inclure:

a) l'identité, si elle est connue, de la personne dont les communications privées doivent être interceptées;

b) une description générale du lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de la donner; et

c) une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées.

Enfin, et ce qui est le plus important à mon avis, l'al. 178.13(2)*d*) prescrit que l'autorisation doit «énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public». Le passage qui précède reprend les termes mêmes de la partie IV.1 qui portent sur la demande d'autorisation et le contenu de l'ordonnance d'autorisation elle-même.

Nous en venons donc à la méthode d'interception utilisée en l'espèce. L'auteur de l'interception, agissant en vertu de l'autorisation, a mis en place dans les lieux décrits dans l'ordonnance comme étant l'endroit où l'interception devait se faire, un émetteur radio à piles. Ce dispositif a rempli la

function as the telephone in the simple wiretap example above. The radio transmitter produced the same electrical analogue, albeit on a radio frequency, as did the telephone microphone, and again the interceptor, by means of a radio receiver located off the premises, converted the radio frequency analogue back to an acoustical representation of the private communication in the same way as the interceptor did in the wiretap procedure described above. In the first instance, the entry was committed by sending into the premises, without any revealed authority from the owner of the premises or the owner of the telephone system, an electrical current which transported the private communication out of the premises. In another mode of interception mentioned earlier, the interceptor directed light or radio energy into and onto the premises and made the interception of private communications by extracting such communications from the reflected energy returning to the interceptor. The person who placed the radio transmitter in the premises entered and may have thereby trespassed against the lands and premises of the owner or the person entitled to possession. All these forms of transgression against the premises named in the authorization are inherently and obviously means contemplated in Part IV.1 for invoking the authority granted by Parliament for the interception of private communications if judicially authorized.

It is to be noted that when the owner or person entitled to possession of the premises in question is not a person named in the authorization as being under surveillance and is not the person whose private communication is intercepted, other important considerations may arise but with which neither s. 178.16 nor this appeal are concerned. If none of the persons named in the authorization has an interest in the property where the interception is made, then there is no right in them to complain of the trespass to real property as such a right is limited to the owner or person in possession of the properties subjected to the trespass. There is no indication on the record here whether the authorization names the owner or person in possession as

même fonction que le téléphone dans l'exemple d'écoute téléphonique simple mentionné ci-dessus. L'émetteur radio a produit un signal analogique identique à celui du combiné de téléphone, quoique transmis par une porteuse radiofréquence et là encore l'auteur de l'interception, à l'aide d'un récepteur radio situé en dehors des lieux, a converti le signal de modulation de porteuse radiofréquence en signal acoustique de la communication privée de la même manière que l'a fait l'auteur de l'interception au cours du processus d'écoute téléphonique décrit plus haut. Dans le premier cas, l'entrée a été réalisée par l'envoi dans les lieux, sans l'autorisation expresse de leur propriétaire ou de celui du réseau téléphonique, d'un courant électrique qui a transporté la communication privée hors de ces lieux. Dans un autre mode d'interception mentionné plus haut, l'auteur de l'interception a envoyé de l'énergie lumineuse ou radioélectrique vers les lieux et a réalisé l'interception des communications privées en les extrayant de l'énergie qui lui était renvoyée par réflexion. La personne qui a placé l'émetteur radio dans les lieux est entrée et peut avoir ainsi commis une intrusion sur le bien-fonds et dans les locaux du propriétaire ou de leur occupant légitime. Toutes ces formes d'intrusion dans les lieux mentionnés dans l'autorisation constituent de façon inhérente et évidente des moyens, prévus dans la partie IV.1, d'invoquer le pouvoir accordé par le Parlement d'intercepter des communications privées pourvu qu'il y ait autorisation judiciaire.

Il y a lieu de remarquer que, lorsque le propriétaire ou l'occupant légitime des lieux en question n'est ni la personne que l'autorisation désigne comme celle soumise à la surveillance ni la personne dont la communication privée est interceptée, il peut se présenter d'autres considérations importantes qui n'ont cependant rien à voir avec l'art. 178.16 ou avec le présent pourvoi. Si aucune des personnes nommées dans l'autorisation n'a de droit sur la propriété où l'interception est effectuée, elles n'ont alors aucun droit de se plaindre de l'intrusion sur le bien-fonds puisqu'un tel droit est réservé au propriétaire ou à la personne qui est en possession de la propriété qui fait l'objet de l'intrusion. Rien dans le dossier soumis en l'espèce n'indi-

one of the persons whose private communications may be intercepted.

In my view, the provisions of Part IV.1 when read as a whole clearly contemplate, require and authorize, by necessary implication and unavoidable inference, the placing of a radio device on the premises at which the intercept is to be made, where the use of radio equipment is authorized for the interception of a private communication. I therefore would answer the initial question, which arises at this point in the analysis of Part IV.1, by concluding that Parliament has thus empowered a court to authorize the use of a radio device, such as was used here, for the purpose of intercepting a designated private communication. Since the device could not otherwise function as an interception "device", Parliament has cast the section broadly so as to empower the court in its discretion to authorize the placing of the "device" inside the premises designated in the authorization whether or not what would otherwise be a trespass to someone's lands and premises may occur and whether or not the owner of such lands and premises is the person whose private communication is to be intercepted. Once Parliament empowers a court to authorize such action, and the court does so, there is no trespass in law.

There are, of course, differences in magnitude in the potential seriousness of the several interception procedures which Part IV.1 empowers a court to authorize. For example, it is one thing for a judge to authorize the arrogation by law enforcement officers of a person's private phone lines for purposes wholly unauthorized by the subscriber or the telephone company, for the purpose of making an interception by telephonic means on the designated premises. It is quite another thing to authorize an investigator to make clandestine entry in the night into a private dwelling, perhaps owned by a stranger to the alleged criminal activity. It takes no imagination to foresee that serious consequences could follow. The public interest might be damaged far out of proportion to any gain to the

que si l'autorisation désigne le propriétaire ou l'occupant des lieux comme l'une des personnes dont les communications peuvent être interceptées.

À mon avis, prises dans leur ensemble, les dispositions de la partie IV.1 envisagent, exigent et autorisent clairement, par déduction nécessaire, la mise en place d'un dispositif radio dans les lieux où l'interception doit être faite, lorsque l'utilisation de matériel radio est autorisée pour intercepter une communication privée. Par conséquent, je suis d'avis de répondre à la première question, qui se pose à ce stade-ci de l'analyse de la partie IV.1, en concluant que le Parlement a ainsi habilité les tribunaux à autoriser l'utilisation d'un dispositif radio, comme celui qui a été utilisé en l'espèce, dans le but d'intercepter une communication privée précise. Puisque ce dispositif ne peut fonctionner autrement que comme «dispositif» d'interception, le Parlement a rédigé cet article de façon générale de manière à conférer aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la mise en place de ce «dispositif» dans les lieux désignés dans l'autorisation, peu importe qu'il puisse se produire ce qui par ailleurs constituerait une intrusion sur le bien-fonds et dans les locaux d'autrui et que le propriétaire desdits bien-fonds et locaux soit ou non la personne dont la communication privée doit être interceptée. Du moment que le Parlement confère à un tribunal le pouvoir d'autoriser un tel acte et que le tribunal le fait, il n'y a pas d'intrusion en droit.

Bien sûr, il y a des différences d'ampleur dans la gravité possible des conséquences que peuvent entraîner les différentes méthodes d'interception que la partie IV.1 permet aux tribunaux d'autoriser. Par exemple, c'est une chose qu'un juge autorise les agents de police à se servir des lignes téléphoniques privées d'une personne à des fins absolument non autorisées par l'abonné ou la compagnie de téléphone, c'est-à-dire pour procéder à interception dans les lieux désignés. C'est toute autre chose que d'autoriser un enquêteur à entrer clandestinement pendant la nuit dans une résidence privée qui est peut-être la propriété d'une personne qui n'a rien à voir avec l'activité criminelle reprochée. Il est facile d'imaginer les conséquences sérieuses qui pourraient s'ensuivre. Le

community in crime prevention and detection. These considerations are discussed in the *Report of the National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance*, (Washington, 1976) ("*NWC Report*", at pp. 42-44). In my view, all this was foreseen by Parliament when it included s. 178.13(2)(*d*) which requires the authorizing judge, when granting the authorization, to include in the authorization "such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest".

The issuing court must be alert to the need for a complete demonstration of the necessity for the intercepting procedure. By its nature the radio transmitter or bug picks up all communications in its area. It is indiscriminate. Unlike the simple wiretap, all communications occurring in a room or other area within its listening range are picked up and relayed to the interceptor. It does not confine itself to telephone calls to or by designated individuals. Its installation is a more serious invasion of privacy than the basic wiretap installation. The latest studies in the United States indicate that due to technical problems, unreliability of equipment and problems which might arise upon the installation of the device, radio devices are seldom the subject of authorization: see *NWC Report*, *supra*, at p. 44. The telephone instrument, when modified to emulate a bug, raises the same considerations. The nature of the place of interception may also require special precautions by the authorizing court. Equally obvious is the danger associated with the use of microwave and laser beams directed at the designated premises. The courts, therefore, must perform carefully and thoroughly their duty under s. 178.13(2)(*d*) and prescribe terms and conditions which may be advisable in the public interest under which these invasive devices may be installed. This judicial function is the essential safeguard of the public interest in the bilateral operations of Part IV.1 which must at once be both a shield against, and an instrument for, the invasion of privacy. It is for the court to ensure the balancing of these interests

préjudice que pourrait subir l'intérêt public serait tout à fait hors de proportion avec tout avantage que représente pour la société la découverte et la prévention du crime. Ces considérations sont examinées dans le *Report of the National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance*, (Washington, 1976) («*NWC Report*», aux pp. 42 à 44). À mon avis, le Parlement a prévu tout cela lorsqu'il a édicté l'al. 178.13(2)*d*) qui exige que le juge qui accorde l'autorisation y mentionne «les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public».

Le tribunal qui accorde l'autorisation doit être conscient du besoin de démontrer de manière complète que la procédure d'interception est nécessaire. De par sa nature, l'émetteur radio ou microphone capte toutes les communications qui se font autour de lui. Il capte tout sans distinction. À la différence de l'écoute téléphonique simple, toutes les communications qui se font dans une pièce ou un autre endroit dans les limites de sa portée sont captées et transmises à l'auteur de l'interception. Il ne se limite pas aux appels téléphoniques faits ou reçus par certaines personnes précises. Sa mise en place constitue une atteinte à la vie privée plus grave que le simple branchement clandestin de lignes téléphoniques. Les études récentes menées aux États-Unis indiquent qu'en raison de difficultés techniques, du manque de fiabilité du matériel et des problèmes que peut poser leur mise en place, les dispositifs radio font rarement l'objet d'une autorisation: voir le *NWC Report*, précité, à la p. 44. L'appareil téléphonique modifié de manière à fonctionner comme un microphone soulève les mêmes questions. La nature du lieu de l'interception peut aussi exiger des précautions spéciales de la part du tribunal qui accorde l'autorisation. Le danger lié à l'utilisation de micro-ondes et de rayons lasers dirigés vers les lieux désignés est tout aussi manifeste. En conséquence, les tribunaux doivent remplir avec soin le devoir qui leur incombe en vertu de l'al. 178.13(2)*d*) et prescrire les modalités qui peuvent être opportunes dans l'intérêt public relativement à la mise en place de ces dispositifs envahissants. Ce rôle judiciaire est un élément de protection indispensable de l'intérêt public relativement à l'application ambivalente de

within the plan prescribed by Parliament.

Third party occupants of premises who are directly affected by the installation of these devices, including those persons who may innocently accost the installer, will be in the same position at law as individuals are generally under the *Code* in their relationship to the law enforcement process. Their rights in civil law are affected by these provisions of the *Code* in the same way as in the case of investigative procedures elsewhere established in the *Code*. Procedural and substantive criminal law has long been construed in this country to include the regulation of direct and inevitably related consequences of criminal law investigation activities. This will include those persons who own or are entitled to be in possession of the affected premises. Civil liability of the law enforcement authorities engaged in the proper exercise of the authority granted under the order of authorization is likewise affected and controlled by the provisions of the *Criminal Code*. These provisions of the *Code*, s. 40, for example, will apply to the performance of the duties under Part IV.1 of the law enforcement agencies in the same manner as such provisions apply in the case of like actions taken under other provisions of the *Code* by the criminal investigating agencies.

The power of authorization being found to reside in the section, the next question is to determine if the authorizations issued by the judges in these proceedings are sufficiently broad to empower the action taken by the law enforcement officers in placing the radio apparatus in the private premises and in renewing the batteries in that apparatus on another occasion, both involving personal entry into the premises designated in the authorization.

An application may or may not expressly state an intention to enter the designated premises. In interpreting the order of authorization many of the

la partie IV.1 qui doit à la fois préserver contre l'atteinte à la vie privée des personnes et la rendre possible. Il appartient au tribunal de maintenir l'équilibre entre ces intérêts dans le cadre du programme prescrit par le Parlement.

Les tiers qui occupent les lieux et qui sont directement touchés par la mise en place de ces dispositifs, y compris les personnes qui peuvent aborder innocemment l'installateur, sont en droit dans la même situation que celle dans laquelle les personnes en général se trouvent en vertu du *Code* dans leurs rapports avec le processus d'application des lois. Leurs droits en matière civile sont touchés par ces dispositions du *Code*, de la même manière que dans le cas des méthodes d'enquête prévues ailleurs dans le *Code*. Au Canada, les règles de fond et de procédure en matière de droit criminel sont interprétées depuis longtemps de manière à inclure la réglementation des conséquences directes et inévitables des enquêtes en matière criminelle. Cela vise également les personnes qui sont propriétaires des lieux touchés ou qui ont le droit de les occuper. La responsabilité civile des agents de police qui exercent de manière légitime le pouvoir conféré par l'ordonnance d'autorisation est, elle aussi, régie par les dispositions du *Code criminel*. Ces dispositions du *Code*, comme l'art. 40 par exemple, s'appliquent à l'accomplissement, par les organismes chargés d'appliquer les lois, des tâches prévues à la partie IV.1 de la même manière qu'elles s'appliquent dans le cas de mesures semblables prises en vertu d'autres dispositions du *Code* par les organismes d'enquête en matière criminelle.

Après avoir conclu que le pouvoir d'autoriser est conféré par l'article, la prochaine question à résoudre est celle de savoir si les autorisations accordées par les juges en l'espèce sont suffisamment générales pour permettre les mesures que les policiers ont prises pour mettre en place le dispositif radio dans les locaux privés et, ultérieurement, pour remplacer les piles de ce dispositif, lesquelles comportent dans les deux cas une entrée personnelle dans les lieux mentionnés dans l'autorisation.

Une demande peut mentionner de façon expresse l'intention d'entrer dans les lieux décrits. En interprétant l'ordonnance d'autorisation, on

considerations bearing on the interpretation of the terms of Part IV.1, already discussed, apply to the terms of the order issued. Much of the terminology of the order, as here, comes directly from Part IV.1. The request by the investigating agency for the authorization in the first instance, as also was the case here, will follow the form and content of s. 178.12 and the other provisions of Part IV.1. The court will understand the identical language used in the application as in the Act as carrying the same meaning and will imply the same consequences. Thus a request to install, amongst other apparatus, a radio device, will necessarily entail its installation in or upon the designated premises. Where the premises are a dwelling or any place (other than a hotel room, perhaps), entry for the purpose of installation is a concomitant to the use of such a device. This is expressly stated or taken for granted in the legal literature in the United States over the last twenty-five years and in Canadian writings as well. Professor Stanley A. Cohen, *Invasion of Privacy* (1983), at p. 193:

> Room or house bugs should be available in appropriate circumstances. Covert entry in order to install and remove such devices is a necessary concomitant of such a grant of power.

The judge may in response to such application issue an order in broad terms, as was done here, or may particularize a type of device or devices and their mode of employment. Either type of order is foreseen by the wording of ss. 178.12(1)(*e*) and 178.13(2)(*c*); that is, "generally describe the manner of interception that may be used". Having regard to the pattern of Part IV.1, the breadth of authority granted to the court, the importance of the subject matter, and the vitality of the role of the court in the legislative plan as the guardian of the public interest, explicit response by the court to the application for authority to intercept in many cases will require the prescription of "terms and conditions advisable in the public interest" pursuant to para. (2)(*d*) of s. 178.13.

constate qu'un bon nombre des considérations déjà examinées qui ont une incidence sur l'interprétation des termes de la partie IV.1 s'appliquent à ceux de l'ordonnance accordée. Une bonne partie de la terminologie utilisée dans l'ordonnance, comme c'est le cas en l'espèce, est directement empruntée à la partie IV.1. La demande d'autorisation présentée au départ par l'organisme d'enquête, comme c'est aussi le cas en l'espèce, suit la forme et le contenu de l'art. 178.12 et des autres dispositions de la partie IV.1. Le tribunal donnera au vocabulaire du *Code* employé dans la demande le même sens et la même portée. En conséquence, la demande visant la mise en place d'un dispositif radio notamment comportera nécessairement sa mise en place dans les lieux décrits. Lorsque les lieux consistent en une habitation ou en un autre endroit (sauf peut-être une chambre d'hôtel), l'entrée dans les lieux en vue de mettre en place un tel dispositif est une condition concomitante de l'utilisation de ce dispositif. Cela est énoncé expressément ou tenu pour acquis depuis vingt-cinq ans dans la doctrine juridique américaine et même canadienne. Le professeur Stanley A. Cohen affirme dans *Invasion of Privacy* (1983), à la p. 193:

> [TRADUCTION] L'utilisation de micros doit être possible dans les circonstances appropriées. L'entrée clandestine en vue de mettre en place ou de retirer de tels dispositifs est une condition concomitante nécessaire de l'octroi d'un tel pouvoir.

Le juge peut donner suite à une telle demande en rendant une ordonnance formulée en termes généraux, comme c'est le cas en l'espèce, ou il peut spécifier un seul ou plusieurs dispositifs et la façon de les utiliser. Le texte des al. 178.12(1)*e*) et 178.13(2)*c*) envisage l'un et l'autre type d'ordonnance, notamment par les mots «une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées». Compte tenu de l'économie de la partie IV.1, de l'ampleur du pouvoir accordé à la cour, de l'importance du sujet et du rôle vital joué par la cour dans le plan législatif à titre de gardien de l'intérêt public, la réponse explicite donnée par la cour à la demande d'autorisation de l'interception exige, dans bien des cas, que celle-ci prescrive les «modalités [qu'elle] estime opportunes dans l'intérêt public» conformément à l'al. 178.13(2)*d*).

The courts responsible for these orders of authorization must be ever concerned with the impact of these orders on members of the community who will obviously be directly affected by them. An order in general terms following the wording of the appropriate subsection of Part IV.1 will not invalidate the order or affect the admissibility of the evidence gathered. Much to be preferred, however, in many circumstances, would be a specific description of the apparatus to be employed, the manner of interception, and the terms and conditions appropriate to the action as revealed by the information contained in the application for authority to intercept.

The authorization orders, *supra*, issued herein in my view clearly authorized the interception of these private communications whose admissibility is now in issue. The manner of interception "that may be used is interception by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device". This occurs in all the authorizing orders. The persons whose private communications may be intercepted are those who "resort to or use the premises" described in the order. There is no mention in the orders of Bouck J. or Toy J. that only private communications which occur on the telephone on those premises may be intercepted. As already observed, there are no telephone numbers indicated for any of the premises at which interception may be made in the authorization order of Bouck J. The authorization being in the terms of the empowering section and not including any limitation on the person authorized with reference to the range of electromagnetic devices which may be used, and there being no terms of the authorizing order which exceed the authority granted under the *Code*, there is no valid reason to read down the authority which permits the use of electromagnetic devices and which devices include, as already discussed, the radio apparatus here used. As already discussed, radio apparatus of this type can only intercept private communications if installed in the premises. Of simple necessity, therefore, is the result that installation of such a device is permitted by the *Code* and in turn by the order. For the reasons discussed above in connection with the form and content and proper inter-

Les tribunaux chargés de rendre ces ordonnances d'autorisation doivent se préoccuper constamment de leur incidence sur les membres de la collectivité qui seront de toute évidence directement touchés par celles-ci. Une ordonnance formulée en termes généraux conformes au texte de la disposition applicable de la partie IV.1 n'est pas nulle et n'a pas pour effet de rendre inadmissibles les éléments de preuve recueillis. Toutefois, il est de beaucoup préférable, dans bien des cas, de donner une description précise du dispositif à utiliser, de la façon de procéder à l'interception et des modalités qui conviennent en fonction des renseignements contenus dans la demande d'autorisation de procéder à une interception.

Selon moi, les ordonnances d'autorisation précitées qui ont été rendues en l'espèce autorisent manifestement l'interception des communications privées dont l'admissibilité est maintenant contestée. Le mode d'interception «qui peut être utilisé est l'interception au moyen de tout dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre». Cette expression se retrouve dans toutes les ordonnances d'autorisation. Les personnes dont les communications privées peuvent être interceptées sont celles qui «fréquentent ou utilisent les lieux» décrits dans l'ordonnance. Ni l'ordonnance du juge Bouck ni celle du juge Toy ne mentionne que seules les communications téléphoniques privées qui ont lieu dans ces lieux peuvent être interceptées. Comme je l'ai déjà souligné, l'autorisation du juge Bouck ne mentionne aucun numéro de téléphone quant aux lieux où l'interception peut être faite. Étant donné que l'autorisation reprend les termes de la disposition habilitante, qu'elle n'impose à la personne autorisée aucune restriction quant aux dispositifs électromagnétiques qui peuvent être utilisés et qu'aucune des conditions de l'ordonnance d'autorisation n'outrepasse la compétence conférée par le *Code*, il n'y a pas de motif valable d'interpréter de façon atténuée l'autorisation qui permet l'utilisation de dispositifs électromagnétiques qui comprennent, comme nous l'avons déjà vu, le dispositif radio utilisé en l'espèce. Comme nous l'avons déjà mentionné, ce type de dispositif radio ne peut intercepter des communications privées que s'il est mis en place dans les lieux. En conséquence, il en résulte nécessairement que la mise en place d'un

pretation of Part IV.1, I conclude that the orders herein issued by the chambers judges, and under which the evidence in question was gathered, fully comply with Part IV.1 and necessarily entail, by clear and irresistible implication, the entry into the premises designated in the order for the purpose of installing this radio device and the renewal batteries.

tel dispositif est permise par le *Code* et, par voie de conséquence, par l'ordonnance. Pour les motifs déjà mentionnés quant à la forme, au contenu et à la bonne interprétation de la partie IV.1, je conclus que les ordonnances rendues en l'espèce par les juges en chambre, en vertu desquelles on a recueilli les éléments de preuve en question, sont tout à fait conformes à la partie IV.1 et entraînent forcément, par déduction nécessaire, l'entrée dans les lieux mentionnés dans l'ordonnance dans le but de mettre en place ce dispositif radio et d'en remplacer les piles.

The third question remains to be answered: Is an interception made by any or all of these means "lawfully made", presuming the authorizing order in turn permits such interception? How much of such conduct by criminal investigating forces can be authorized under Part IV.1? Section 178.12(1)(*e*) and s. 178.13(2)(*c*) refer to "the manner of interception proposed to be used" (in the former section) and "the manner of interception that may be used" (in the latter section). The devices that may be used include "electromagnetic ... or other device". This clearly includes the "device" employed by the interceptor here, the radio transmitter. These provisions clearly contemplate the use of radio in these procedures. Had the police used an intermediary or stool pigeon (such as an acquaintance or a person pretending to be a utility company representative) to place the radio transmitter, usually referred to as a bug, on the premises, a different kind of invasion of rights might take place. If the stool pigeon were a friend or confidant or guest of the person being investigated, neither a breach of the criminal law nor of any right in the civil law which would give rise to a cause of action would appear to have occurred. The private communication would be captured as was the case here and transmitted out of the premises. The element of consent by one party to the communication would, of course, be there present.

Il reste à répondre à la troisième question: l'interception faite par un seul ou l'ensemble de ces moyens est-elle «faite légalement», à supposer que l'ordonnance d'autorisation permette une telle interception? Jusqu'à quel point une telle conduite de la part des services d'enquêtes criminelles peut-elle être autorisée en vertu de la partie IV.1? Les alinéas 178.12(1)*e*) et 178.13(2)*c*) parlent respectivement de «la façon dont on se propose de procéder à cette interception» et de «la façon dont les communications pourront être interceptées». Les dispositifs qui peuvent être utilisés comprennent tout «dispositif électromagnétique ... ou autre». Cela comprend manifestement le «dispositif» utilisé en l'espèce par l'auteur de l'interception, c.-à-d. l'émetteur radio. Ces dispositions prévoient clairement l'utilisation de la radio dans ces procédures. Si la police avait fait appel à un intermédiaire ou à un mouchard (comme une connaissance ou une personne qui se serait faite passer pour le représentant d'une entreprise de service public) pour mettre en place dans les lieux l'émetteur radio, habituellement appelé micro, un autre genre d'atteinte à des droits aurait pu se produire. Si le mouchard avait été un ami, un confident ou un invité de la personne visée par l'enquête, il semblerait n'y avoir eu aucune violation du droit criminel ou d'un droit en matière civile qui puisse donner naissance à une cause d'action. Tout comme en l'espèce, la communication privée aurait été interceptée et transmise hors des lieux. Il y aurait alors, bien sûr, consentement de la part de l'une des parties à la communication.

"Lawfully made", in my respectful view, refers to an interception made in accordance with the

Avec égards, j'estime que l'expression «faite légalement» signifie une interception faite confor-

only authority to be found in the law, namely Part IV.1. An interception made in conformity with an authorization, the terms of which comply with Part IV.1, is "lawfully made". No one has suggested either in argument here or in any case cited that the legislative sovereignty under s. 91(27) of the *Constitution Act* cannot support the granting of a complete, lawful basis for an interception made by use of radio in the manner here employed. The offence-creating provisions of Part IV.1 fall within criminal substantive law, the evidence provisions fall within substantive criminal law and criminal procedure, and the process of issuance of the authorization falls within criminal procedure. Conversely, no suggestion has been made that any provincial enactment could render unlawful an investigation properly authorized under the *Code* provisions. No other federal legislation to such effect has been identified. If the *Code* provision properly construed empowers a judge to authorize an interception by means involving personal entry (as I have found to be the case), the interception is, when made pursuant to such authorization, "lawfully made".

What then is the effect in law of the entry into the premises by the interceptor designated in the authorization for the installation of the radio transmitter. Trespass is not by that name the subject of any offence-creating provisions in the *Criminal Code*. Illegal entry of private premises is of course the basis for offences in ss. 306, 307 and 308 (breaking and entering and being unlawfully in a dwelling house with intent to commit an indictable offence). In the case of the latter section, the presence in the house must be "without lawful excuse" but the entry need not have been either a breaking or an entry with intent to commit an indictable offence, so long as the latter intent is formed after entry. Section 73 of the *Code* makes it an offence (forcible entry) to enter property in the possession of another "in a manner that is likely to cause a breach of the peace or reasonable apprehension of a breach of the peace". A provision closer to the circumstances here arising is found in s. 173 of the *Code* which makes it an

mément au seul pouvoir que l'on trouve en droit, savoir la partie IV.1. Une interception faite conformément à une autorisation dont les conditions sont conformes à la partie IV.1 est «faite légalement». Personne n'a prétendu, ni en l'espèce ni dans aucune des affaires citées, que la compétence législative exclusive que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle* ne permet pas d'autoriser de manière parfaitement légale une interception par radio selon le mode employé en l'espèce. Les dispositions qui définissent des infractions dans la partie IV.1 font partie des règles de fond en matière criminelle, les dispositions en matière de preuve font partie des règles de fond et des règles de procédure en matière criminelle et le processus d'autorisation relève de la procédure en matière criminelle. On n'a pas soutenu non plus qu'un texte législatif provincial pouvait rendre illégale une enquête dûment autorisée en vertu des dispositions du *Code*. Aucun autre texte législatif fédéral en ce sens n'a été mentionné. Si la disposition du *Code* correctement interprétée permet à un juge d'autoriser l'interception par des moyens qui comportent l'entrée personnelle dans des lieux (comme j'ai conclu que c'est le cas), l'interception faite conformément à une telle autorisation est «faite légalement».

Quel est donc l'effet en droit de l'entrée qu'effectue dans les lieux l'auteur de l'interception nommé dans l'autorisation, afin d'y mettre en place l'émetteur radio? L'intrusion ne fait nommément l'objet d'aucune des dispositions du *Code criminel* qui définissent des infractions. L'entrée illégale dans des locaux privés constitue bien sûr le fondement des infractions définies par les art. 306, 307 et 308 (introduction par effraction et présence illégale dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel). Dans le cas du dernier article, la présence dans une maison doit être «sans excuse légitime», mais il n'est pas nécessaire que l'introduction soit faite par effraction ou dans l'intention de commettre un acte criminel, pourvu que cette dernière intention soit formée après l'introduction. Selon l'article 73 du *Code*, commet une infraction (prise de possession par la force) celui qui prend possession d'un bien immeuble qui se trouve en la possession d'autrui «d'une manière vraisemblablement propre à causer

offence to "loiter ... or prowl ... at night upon the property of another person near a dwelling house situated on that property". Again the offence is conditional upon the presence by the accused on such property "without lawful excuse". The resistance to a forcible entry and trespass is authorized by ss. 40 and 41.

The term "lawfully made", when it appears in a codification of criminal law, favours the conclusion that it means "not contrary to criminal law". It would not be construed without something more in the phrase, as meaning "made in conformity with all laws". For example, it would be an extension of the ordinary meaning of those words in their context in the *Criminal Code* to adopt an interpretation ruling the interception to be unlawfully made because it contravened the laws of copyright; or because it invaded a civil right such as the right to privacy; or indeed, because the act of interception constituted a tort such as deceit or trespass where the tort in question has no presence in the *Criminal Code* in the form in which the tort in question was committed. This would appear to be a proper interpretative approach for several reasons. Sections 178.12 and 178.13 authorize interception generally, including by means of acoustic and electromagnetic devices. Some of these interception devices entail civil trespass falling short of personal entry by the interceptor onto the designated premises; others entail a preparatory entry. As we have seen, today's technology includes the interception of oral communications inside a private dwelling by directing into or onto that dwelling, acoustic and electromagnetic waves, including light waves, and electron streams over telephone and electricity lines. By means of this activity across the premises in question, the interceptor is able to draw out from the premises oral communications conducted therein. The *Criminal Code* empowers a court to authorize such procedures. It is unreasonable, in my view, to read s. 178.16 of Part IV.1, a mini-Code of interception regulation, as rendering the content of such interception inadmissible by reason of the fact that the use of

une violation de la paix ou à faire raisonnablement craindre une violation de la paix». Une disposition qui se rapproche davantage des circonstances de l'espèce se trouve à l'art. 173 du *Code* qui rend coupable d'une infraction quiconque «flâne ou rôde la nuit sur la propriété d'autrui, près d'une maison d'habitation située sur ladite propriété». Là encore, l'infraction est fonction de la présence «sans excuse légitime» de l'accusé sur une telle propriété. Les articles 40 et 41 permettent de résister à une prise de possession par la force et à une intrusion.

L'expression «faite légalement» dans une codification du droit criminel favorise la conclusion qu'elle signifie «non contraire au droit criminel». En l'absence de quelque chose d'autre dans la phrase, elle ne devrait pas s'interpréter comme signifiant «faite en conformité avec toutes les lois». Par exemple, ce serait étendre le sens ordinaire de ces mots dans le contexte où ils se trouvent dans le *Code criminel* que d'adopter une interprétation suivant laquelle l'interception n'a pas été faite légalement parce qu'elle contrevient à la législation sur le droit d'auteur ou parce qu'elle porte atteinte à un droit civil comme le droit à la vie privée, ou même parce qu'elle constitue un délit comme une tromperie ou une intrusion, lorsque le délit en question n'est pas visé par le *Code criminel* dans la forme où il a effectivement été commis. Il semblerait que ce soit là une bonne interprétation pour plusieurs raisons. Les articles 178.12 et 178.13 autorisent l'interception de façon générale, notamment l'interception au moyen de dispositifs acoustiques et électromagnétiques. Certains de ces dispositifs d'interception entraînent une intrusion civile autre qu'une entrée personnelle de l'auteur de l'interception dans les lieux désignés. D'autres comportent une entrée préparatoire. Comme nous l'avons vu, les techniques actuelles permettent notamment d'intercepter des communications orales à l'intérieur d'une résidence privée en y envoyant des ondes acoustiques et électromagnétiques, y compris des ondes lumineuses, et des flux d'électrons par les lignes téléphoniques et électriques. Par ces activités dans les lieux en cause, l'auteur de l'interception est en mesure d'en retirer les communications orales qui s'y déroulent. Le *Code criminel* confère à un tribunal le pouvoir d'autoriser de telles procédures. À mon avis, il

almost all of those procedures entails a mode of entry into the premises amounting in civil law to trespass.

By virtue of s. 178.11, the interception is criminal if it amounts to a wilful interception of a private communication. The issue on admissibility then resolves itself into the simple question: does the personal entry into the premises of the interceptor, for the purpose of installing the device, amount to a breach of Part IV.1, namely s. 178.11? That, in turn, takes the inquiry into ss. 306 and 307, *supra*, and to the other sections of the *Code* discussed in connection with those sections. By those provisions the offence is committed if entry is made with intent to commit an indictable offence. This requirement in turn leads back to s. 178.11 and the question as to whether the intended interception was "lawful", and whether it is authorized under ss. 178.12 and 178.13. The trail is equally circular if one starts the inquiry at s. 73 or s. 173 of the *Code*, *supra*.

Further support for my conclusions may be found by considering s. 287 of the *Criminal Code* which provides in part:

287. (1) Everyone commits theft who fraudulently, maliciously, or without colour of right,

. . .

(*b*) uses any telecommunication facility or obtains any telecommunication service.

Section 287(2) of the *Code* repeats virtually verbatim the definition of "telecommunication", which we have already found in other federal legislation, *supra*. The interceptor, in the ordinary wiretap interception, "uses [a] telecommunication facility". It is arguable that he has done so "without colour of right" unless Part IV.1 by necessary implication authorizes the "use" of such "telecommunication" facility. Whether the officer has "used" the telecommunication facility may be a matter of debate. In the simple factual sense, he has done so by connecting his interception device

n'est pas raisonnable d'interpréter l'art. 178.16 de la partie. IV.1, qui constitue un mini-code de réglementation des interceptions, comme rendant inadmissible le contenu d'une telle interception pour le motif que le recours à presque toutes ces procédures comporte un mode d'entrée dans les lieux visés qui équivaut à une intrusion en droit civil.

En vertu de l'art. 178.11, l'interception est criminelle si elle correspond à l'interception volontaire d'une communication privée. La question de l'admissibilité se réduit donc à la simple question suivante: l'entrée personnelle dans les lieux par l'auteur de l'interception, dans le but d'y mettre en place le dispositif, équivaut-elle à une violation de la partie IV.1, notamment à une violation de l'art. 178.11? Cela nous amène à examiner les art. 306 et 307, précités, et les autres dispositions du *Code* étudiées en rapport avec ceux-ci. En vertu de ces dispositions, il y a infraction si l'entrée est commise dans l'intention de commettre un acte criminel. Cette condition nous ramène donc à l'art. 178.11 et à la question de savoir si l'interception projetée était «légale» et si elle est permise en vertu des art. 178.12 et 178.13. On tourne également en rond si on commence par examiner les art. 73 et 173 du *Code*, précités.

L'analyse de l'art. 287 du *Code criminel* permet également d'étayer mes conclusions. Cet article prévoit notamment:

287. (1) Commet un vol quiconque, frauduleusement, malicieusement ou sans apparence de droit,

. . .

b) se sert d'installations ou obtient un service en matière de télécommunication.

Le paragraphe 287(2) du *Code* reprend presque textuellement la définition de «télécommunication» que nous avons déjà trouvée dans d'autres lois fédérales précitées. Dans l'interception ordinaire par voie de branchement clandestin de lignes téléphoniques, l'auteur de l'interception «se sert d'installations ... en matière de télécommunication». On peut soutenir qu'il l'a fait «sans apparence de droit» à moins que, par déduction nécessaire, la partie IV.1 n'autorise l'«utilisation» de telles installations de «télécommunication». La question de savoir si l'agent «s'est servi» d'installations de télé-

to the phone wires which he then "uses" to activate (or "actuate" as it appears in the United States literature, *supra*) his receiver. The interceptor, at the same time, is "using" the whole telecommunication facility including the telephone instrument in the designated premises, the telephone at the other end of the line, and the connecting wires, as well as any intermediate telephone exchanges and equipment through which the voice path may pass. It is only because the interceptor does not speak and that he is not a subscriber that he could not be said to "use" the telecommunication facility. It would be difficult for an accused who connected receiving equipment to the "telecommunications facility" (the telephone wires) in order to record data passing over the system, to deny a "use" of such facility only because the accused has not made use of the facility's voice communication capacity.

It might be argued that the interceptor acted "without colour of right". Here the use of telephone tapping apparatus is not expressly granted. If the interceptor may make a wiretap under colour of right with a wiretapping device, so it may be that the radio transmitter was installed "with colour of right". If that is so, the authorization may be the basis for defence under s. 287. It would be curious if that were so, but still not a "lawful" basis for the making of an interception under s. 178.11(1).

The *Radio Act* raises similar problems. The use of a radio transmitter, which is the bug in these proceedings, is prohibited by that Act unless licensed under the statute. There is nothing to indicate any authority under the *Radio Act* for the interceptor here to operate this transmitter, nor is there any claim that the device is exempt under s. 3(2) of the Act by reason of its limited power. All these considerations go to the test of admissibility of evidence so received under s. 178.16(1), that is

communication peut faire l'objet de discussions. Sur le plan strictement factuel, il l'a fait en branchant son dispositif d'interception sur la ligne téléphonique dont il «se sert» ensuite pour faire fonctionner son récepteur. Par la même occasion, l'auteur de l'interception «se sert» de l'ensemble des installations de télécommunication, dont l'appareil téléphonique situé dans les lieux désignés, l'appareil téléphonique situé à l'autre extrémité de la ligne, les lignes de raccordement de même que tout le matériel et tous les centraux téléphoniques intermédiaires par lesquels le signal vocal peut passer. Ce n'est que parce que l'auteur de l'interception ne parle pas et qu'il n'est pas un abonné qu'on ne pourrait pas dire qu'il «se sert» des installations de télécommunication. Il serait difficile à un accusé qui a branché du matériel de réception sur les «installations de télécommunication» (les lignes téléphoniques) afin d'enregistrer les données transmises dans le réseau de nier qu'il «a utilisé» ces installations pour le seul motif qu'il n'a pas fait usage des possibilités qu'elles offrent en matière de transmission de la voix.

On pourrait soutenir que l'auteur de l'interception a agi «sans apparence de droit». En l'espèce, l'utilisation d'un dispositif d'écoute téléphonique n'est pas permise expressément. Si l'auteur de l'interception peut faire de l'écoute téléphonique, avec apparence de droit, au moyen d'un dispositif de branchement clandestin de lignes téléphoniques, il se peut alors que l'émetteur radio ait également été installé «avec apparence de droit». Si tel est le cas, l'autorisation peut servir de moyen de défense à une accusation portée en vertu de l'art. 287. Il serait étrange qu'il en soit ainsi, mais que cela ne puisse servir de fondement «légal» à une interception faite en vertu du par. 178.11(1).

La *Loi sur la radio* soulève des problèmes semblables. L'utilisation d'un émetteur radio, savoir un microphone en l'espèce, est interdite par la Loi si ce n'est en conformité avec une licence délivrée en vertu de la Loi. En l'espèce, rien n'indique que l'auteur de l'interception est autorisé en vertu de la *Loi sur la radio* à faire fonctionner cet émetteur, et on n'a pas soutenu non plus que le dispositif est visé par l'exemption prévue au par. 3(2) de la Loi en raison de sa faible puissance. Toutes ces consi-

"was the interception lawfully made?" Similarly the term "lawfully" cannot mean in accordance with any and all laws. The *Copyright Act* might be infringed by recording some private communications. This would not render the evidence inadmissible, and nor would interception by means which might give rise to a cause of action in civil law. I conclude that "lawfully made" means made in accordance with Part IV.1, "Invasion of Privacy", the mini-Code regulating the manner and extent of invasion.

Part IV.1 was recently before the Ontario Court of Appeal in *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289. In those proceedings the authorization order expressly authorized entry into "such places as may be necessary in order to install, monitor and remove any electromagnetic, acoustic, mechanical or other devices ...." The manner of interception there authorized was "by the use of audio transmitter and receiver, an electromagnetic, acoustic device sometimes referred to as a microphone and amplifier installed at or near ..." the designated premises. Acting under this authorization, radio devices were installed in two automobiles and an electromagnetic device was connected to telephone wires inside the designated premises so as to use that instrument for the interception of private communications in the same manner as in the case of a radio bug. Covert entry was gained into these premises for that purpose. The radio devices were likewise installed in the two cars without the owners' knowledge or consent. The court held the interception thereby made to have been lawfully made and therefore admissible in evidence. Brooke J.A., speaking on behalf of the court, stated:

> ... almost all instances of wire-tapping and electronic surveillance involve conduct in the nature of trespass and this includes surreptitious or covert entry. Without the consent of the owner, to interfere with a telephone

dérations se rapportent au critère d'admissibilité de la preuve ainsi reçue en vertu du par. 178.16(1), savoir «l'interception a-t-elle été faite légalement?» De même, le mot «légalement» ne peut signifier conformément à toutes les lois. La *Loi sur le droit d'auteur* pourrait être enfreinte par suite de l'enregistrement de communications privées. Cela ne rendrait pas la preuve inadmissible pas plus que ne le ferait l'interception par des moyens qui pourraient donner naissance à une cause d'action en droit civil. Je conclus que l'expression «faite légalement» signifie faite conformément à la partie IV.1 intitulée «Atteintes à la vie privée», le mini-code qui réglemente la portée des atteintes à la vie privée et la manière d'y procéder.

La Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée récemment sur la partie IV.1 dans l'affaire *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289. Dans cette affaire, l'ordonnance d'autorisation permettait expressément d'entrer [TRADUCTION] «partout où cela pourrait être nécessaire pour mettre en place, vérifier et enlever tout dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre ...». L'autorisation permettait d'effectuer l'interception [TRADUCTION] «au moyen d'un émetteur et d'un récepteur audio, un dispositif électromagnétique et acoustique parfois désigné comme un microphone et un amplificateur mis en place dans» les lieux désignés «ou près» de ceux-ci. Conformément à cette autorisation, des dispositifs radio ont été mis en place dans deux automobiles et un dispositif électromagnétique a été branché sur les lignes téléphoniques à l'intérieur des lieux désignés de façon à pouvoir l'utiliser pour intercepter des communications privées de la même manière que dans le cas d'un microphone. Une entrée clandestine dans ces lieux a été commise à cette fin. De même, les dispositifs radio ont été mis en place dans les deux automobiles à l'insu de leurs propriétaires ou sans leur permission. La cour a statué que l'interception ainsi réalisée avait été faite légalement et que, par conséquent, les communications interceptées étaient admissibles en preuve. Le juge Brooke, s'exprimant au nom de la cour, affirme:

> [TRADUCTION] ... presque tous les cas d'écoute téléphonique clandestine et de surveillance au moyen d'appareils électroniques comportent une conduite qui tient de l'intrusion, ce qui comprend l'entrée subreptice ou

line, telephone receiver or transmitter or switching equipment is a trespass .... I am convinced that Parliament understood this when this legislation was passed and intended to deal with the whole problem by establishing an acceptable scheme through the use of an authorization granted by a judge only when it was genuinely necessary to do so judged on the criteria laid down by Parliament to permit this invasion of privacy which carried with it the necessary invasion of a private right.

Brooke J.A. then went on to conclude that it was not necessary to expressly authorize such entry or conduct on the part of the law enforcement agent "when he grants the authorization to conduct electronic surveillance" because such surveillance can be carried out only "if conduct such as that referred to is resorted to. The authorization carries with it authority for the police officer to resort to conduct in the nature of a trespass including entry to install the device necessary to conduct the authorized electronic surveillance and the officer's conduct in so doing is lawful".

To like effect are the observations of Chief Justice McGillivray speaking in dissent in the Court of Appeal of Alberta in the *Reference re an Application for an Authorization* (1983), 5 D.L.R. (4th) 601. The Chief Justice there concluded that the distinction between wiretapping and bugging was known to and understood by Parliament when Part IV.1 was enacted. Parliament also appreciated, in the Chief Justice's view, that conduct in the nature of trespass, including surreptitious entry, was an integral part of electronic eavesdropping.

I find further support for my conclusions on the questions discussed above in the decision of the United States Supreme Court in *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), where the Court examined Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, 18 U.S.C., §2510-2520, which permits courts to authorize electronic surveillance by government officers in specified situations.

clandestine. Toucher sans le consentement du propriétaire à une ligne de téléphone, à un récepteur ou à un microphone téléphoniques ou à du matériel de commutation constitue une intrusion ... Je suis convaincu que le Parlement a compris cela en adoptant ces dispositions et qu'il a voulu régler l'ensemble du problème en établissant un système acceptable d'autorisation accordée par un juge lorsqu'il est réellement nécessaire, selon les critères établis par le Parlement, de pratiquer cette atteinte à la vie privée des gens, laquelle comporte nécessairement la violation d'un droit privé.

Le juge Brooke conclut ensuite qu'il n'est pas nécessaire que le juge autorise expressément cette entrée ou conduite des agents de police [TRADUCTION] «lorsqu'il accorde l'autorisation de procéder à une surveillance électronique», parce que cette surveillance ne peut se faire que [TRADUCTION] «si on a recours à une conduite du genre de celle dont il est question. L'autorisation comporte implicitement le pouvoir, pour les policiers, d'avoir recours à une conduite qui tient de l'intrusion, dont le pouvoir d'entrer pour mettre en place le dispositif nécessaire pour procéder à la surveillance électronique autorisée, et la conduite adoptée par les policiers en ce faisant est légale».

Les observations du juge en chef McGillivray, dissident, en Cour d'appel de l'Alberta dans *Reference re an Application for an Authorization* (1983), 5 D.L.R. (4th) 601, vont dans le même sens. Le juge en chef y conclut qu'au moment où la partie IV.1 a été adoptée le Parlement connaissait et saisissait la distinction entre l'écoute téléphonique clandestine et l'écoute clandestine à l'aide de microphones. Le Parlement a aussi estimé, selon le juge en chef, que la conduite qui tient de l'intrusion, y compris l'entrée clandestine, fait partie intégrante de l'écoute électronique.

Je trouve un appui supplémentaire pour mes conclusions relatives aux questions examinées ci-dessus dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), où la Cour a examiné le titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, 18 U.S.C., par. 2510 à 2520, qui permettent aux tribunaux d'autoriser la surveillance électronique par des agents du gouvernement dans des situations précises.

The origin of Part IV.1 is obvious when one observes its remarkable similarity to Title III. Title III prohibits the interception and disclosure of "wire communications" or "oral communications" (defined terms roughly equivalent to "private communications" in Part IV.1) except where a party to the communication consents, or where the interception is made pursuant to a valid authorization obtained from a judge of competent jurisdiction. Under §2518 of Title III an authorizing judge must in the authorization specify: the identity of the person, if known, whose communications are to be intercepted; the place where authority to intercept is granted; a particular description of the type of communication sought to be intercepted, and a statement of the particular offence to which it relates; the identity of the agency authorized to intercept, and of the person authorizing the application for the authorization; and the period of time for which the authorization is granted. Under Title III the authorizing judge may allow an interception through the use of any "electronic, mechanical or other device".

L'origine de la partie IV.1 est évidente si l'on remarque sa ressemblance frappante avec le titre III. Le titre III interdit l'interception et la divulgation des «communications par fil» ou des «communications orales» (dont la définition est à peu près équivalente à celle des «communications privées» que l'on trouve à la partie IV.1) sauf si une partie à la communication y consent ou si l'interception est faite conformément à une autorisation valide obtenue d'un juge d'un tribunal compétent. En vertu du par. 2518 du titre III, le juge qui accorde l'autorisation doit y inclure: l'identité, si elle est connue, de la personne dont les communications doivent être interceptées; le lieu visé par l'autorisation d'intercepter; une description précise du genre de communication qu'on entend intercepter; une mention de l'infraction précise à l'égard de laquelle des communications pourront être interceptées; l'identité de l'organisme autorisé à procéder à l'interception et de la personne qui autorise la demande d'autorisation; la période pour laquelle l'autorisation est accordée. En vertu du titre III, le juge qui accorde l'autorisation peut permettre que l'interception soit faite au moyen de tout dispositif «électronique, mécanique ou autre».

As is the case in our Part IV.1, no mention is made in Title III of entry to the named premises as a means of facilitating an interception. However, there are two differences between Title III and our Part IV.1 which must be noted. Firstly, Title III contains no provision similar to our s. 178.13(2)(*d*) which allows an authorizing judge to impose conditions in the authorization which the judge considers advisable in the public interest. Secondly, any authorization under Title III must contain a provision specifying that the interception shall be conducted in such a way as to minimize the extent of the communications intercepted.

Tout comme dans la partie IV.1 de notre *Code*, le titre III ne mentionne pas l'entrée dans les lieux désignés comme moyen de faciliter l'interception. Cependant le titre III et la partie IV.1 de notre *Code* comportent deux différences qu'il convient de noter. Premièrement, le titre III ne renferme aucune disposition semblable à l'al. 178.13(2)(*d*) qui permet au juge qui accorde l'autorisation d'imposer, dans celle-ci, les conditions qu'il estime opportunes dans l'intérêt public. Deuxièmement, toute autorisation accordée en vertu du titre III doit contenir une disposition qui précise que l'interception doit se faire de manière à réduire au minimum les communications interceptées.

In *Dalia*, *supra*, the United States Supreme Court concluded at the outset (at p. 248) that "The Fourth Amendment [to the United States Constitution] does not prohibit *per se* a covert entry performed for the purpose of installing otherwise legal electronic bugging equipment". In response to the petitioner's contention that Congress had not given the courts statutory authority

Dans l'arrêt *Dalia*, précité, la Cour suprême des États-Unis a conclu au départ (à la p. 248) que [TRADUCTION] «Le Quatrième amendement [à la Constitution des États-Unis] n'interdit pas en soi l'entrée clandestine dans le but de mettre en place du matériel d'écoute électronique par ailleurs légal». En réponse à la prétention du requérant que le Congrès n'a pas conféré aux tribunaux le

to approve covert entries for the purpose of installing surveillance equipment, Powell J., delivering the majority opinion of the Court, said at pp. 249-50:

Title III does not refer explicitly to covert entry. The language, structure, and history of the statute, however, demonstrate that Congress meant to authorize courts—in certain specified circumstances—to approve electronic surveillance without limitation on the means necessary to its accomplishment, so long as they are reasonable under the circumstances. Title III provides a comprehensive scheme for the regulation of electronic surveillance, prohibiting all secret interception of communications except as authorized by certain state and federal judges in response to applications from specified federal and state law enforcement officials .... Although Congress was fully aware of the distinction between bugging and wiretapping ... Title III by its terms deals with each form of surveillance in essentially the same manner. ... Orders authorizing interceptions of either wire or oral communications may be entered only after the court has made specific determinations concerning the likelihood that the interception will disclose evidence of criminal conduct .... Moreover, with respect to both wiretapping and bugging, an authorizing court must specify the exact scope of the surveillance undertaken, enumerating the parties whose communications are to be overheard (if they are known), the place to be monitored, and the agency that will do the monitoring.

. . .

Nowhere in Title III is there any indication that the authority of courts under §2518 is to be limited to approving those methods of interception that do not require covert entry for installation of the intercepting equipment.

. . .

After examining the legislative history of Title III, the Court concluded, at p. 252:

... one simply cannot assume that Congress, aware that most bugging requires covert entry, nonetheless wished to except surveillance requiring such entries from the broad authorization of Title III, and that it resolved to do so by remaining silent on the subject. On the contrary, the language and history of Title III convey quite a different explanation for Congress' failure to distin-

pouvoir légal d'approuver les entrées clandestines dans le but de mettre en place du matériel de surveillance, le juge Powell affirme, au nom de la majorité, aux pp. 249 et 250:

[TRADUCTION] Le titre III ne mentionne pas expressément l'entrée clandestine. Le texte, la structure et l'historique de cette loi démontrent cependant que le Congrès a voulu permettre aux tribunaux—dans certaines circonstances précises—d'approuver la surveillance électronique sans limiter les moyens nécessaires à sa réalisation, pour autant qu'ils soient raisonnables dans les circonstances. Le titre III énonce un programme complet de réglementation de la surveillance électronique, qui interdit toutes les interceptions secrètes de communications sauf celles qui sont autorisées par certains juges d'une cour de l'État ou d'une cour fédérale suite à des demandes de certains fonctionnaires fédéraux ou de l'État chargés de l'application de la loi ... Même si le Congrès était parfaitement conscient de la distinction entre l'écoute clandestine au moyen de microphones et l'écoute téléphonique clandestine ... le titre III traite des deux formes de surveillance essentiellement de la même manière. ... Les ordonnances qui autorisent l'interception soit de communications par fil soit de communications orales ne peuvent être inscrites qu'après que le tribunal a statué de façon précise sur la probabilité que l'interception révèle des éléments de preuve de conduite criminelle ... De plus, que ce soit à l'égard de l'écoute téléphonique clandestine ou de l'écoute clandestine au moyen de microphones, le tribunal qui accorde l'autorisation doit préciser la portée exacte de la surveillance, énumérer les personnes dont les communications doivent être interceptées (si elles sont connues), le lieu à surveiller et l'organisme qui se chargera de la surveillance.

. . .

Il n'y a nulle part dans le titre III d'indication que le pouvoir des tribunaux en vertu du par. 2518 doit se limiter à approuver les méthodes d'interception qui n'exigent pas d'entrée clandestine pour mettre en place le matériel d'interception.

. . .

Après avoir fait l'historique législatif du titre III, la Cour conclut, à la p. 252:

[TRADUCTION] ... on ne peut tout simplement pas présumer que, tout en étant conscient que dans la plupart des cas l'écoute au moyen de microphones exige une entrée clandestine, le Congrès a néanmoins voulu exclure la surveillance qui exige ce genre d'entrée de l'autorisation générale prévue au titre III et qu'il a décidé de le faire en demeurant silencieux à ce sujet. Au

guish between surveillance that requires covert entry and that which does not: Those considering the surveillance legislation understood that, by authorizing electronic interception of oral communications in addition to wire communications, they were necessarily authorizing surreptitious entries.

The majority of the Court concluded that Congress meant to confer upon the courts the power to authorize covert entries "ancillary to their responsibility to review and approve surveillance applications under the statute" (p. 254), and held that the surveillance order need not include a specific authorization to enter covertly the premises described in the order.

The majority of the Court therefore held that covert entry did not render evidence obtained pursuant to a valid authorization inadmissible under §2515 of Title III, which reads as follows:

§2515 Prohibition of use as evidence of intercepted wire or oral communications

Whenever any wire or oral communication has been intercepted, no part of the contents of such communication and no evidence derived therefrom may be received in evidence in any trial, hearing, or other proceeding in or before any court, grand jury, department, officer, agency, regulatory body, legislative committee, or other authority of the United States, a State, or a political subdivision thereof if the disclosure of that information would be in violation of this chapter.

In an earlier case, *United States v. Scafidi*, 564 F.2d 633 (1977), the United States Court of Appeals, Second Circuit, held that an order granting authorization to "bug" private premises carried with it authority for secret entry to place and maintain the device. With reference to this issue Moore J., for the Court, stated at p. 640:

Once a judicial officer is convinced by the facts presented to him that electronic surveillance will aid in

contraire, le texte et l'historique du titre III présentent une toute autre explication de l'omission du Congrès de distinguer entre la surveillance qui exige une entrée clandestine et celle qui ne l'exige pas: ceux qui ont examiné les dispositions en matière de surveillance ont compris qu'en autorisant l'interception électronique des communications orales en plus des communications par fil, elles autorisent nécessairement les entrées subreptices.

La Cour à la majorité a conclu que le Congrès a voulu accorder aux tribunaux le pouvoir d'autoriser les entrées clandestines de manière [TRADUCTION] «accessoire à la responsabilité d'examiner et d'approuver les demandes de surveillance, qui leur incombe en vertu de la Loi» (à la p. 254) et elle a statué qu'il n'était pas nécessaire que l'ordonnance de surveillance comporte l'autorisation expresse d'entrer clandestinement dans les lieux qui y sont décrits.

La Cour à la majorité a donc statué que l'entrée clandestine ne rendait pas les éléments de preuve obtenus conformément à une autorisation valide inadmissibles en vertu du par. 2515 du titre III, qui est ainsi conçu:

[TRADUCTION] **2515 Interdiction d'utiliser comme preuve les communications par fil ou orales interceptées.**

Dans tous les cas où une communication par fil ou orale a été interceptée, aucune partie de cette communication et aucun élément de preuve dérivé de celle-ci ne peuvent être admis en preuve dans un procès, une audition ou autre procédure devant quelque tribunal, grand jury, département, fonctionnaire, agence, organisme de réglementation, comité législatif ou tout autre organe administratif des États-Unis, d'un État ou d'une subdivision politique de ceux-ci, si la divulgation de ces renseignements est contraire au présent chapitre.

Dans un arrêt antérieur, *United States v. Scafidi*, 564 F.2d 633 (1977), la United States Court of Appeals, Second Circuit, a statué qu'une ordonnance qui accorde l'autorisation de faire de l'écoute clandestine au moyen de microphones dans des lieux privés comporte le pouvoir d'entrer secrètement pour mettre en place et entretenir le dispositif. À ce sujet, le juge Moore affirme, au nom de la cour, à la p. 640:

[TRADUCTION] Dès qu'un officier de justice est convaincu par les faits qui lui sont soumis que la surveil-

the detection of crime, his authorization that it be used should then transfer to the appropriate police agency the decision as to the precise mechanical means whereby the order is to be carried out. If the instrumentality to be used is a "bug", the placing of such a bug must of necessity be in the hands of the persons so authorized. And such placing will have to be surreptitious, for no self-respecting police officer would openly seek permission from the person to be surveilled to install a "bug" to intercept his conversations.

It would be highly naive to impute to a district judge a belief that the device required to effect his bugging authorization did not require installation.

. . .

It is significant that the statute, generally so detailed in its supervisory requirements, makes no mention of any need for a separate entry order. That the statute requires general supervision by the courts over the bugging operation does not even impliedly impose on them the practical enforcement steps.

I am of the opinion, notwithstanding the differences that do exist between Title III and Part IV.1 of the *Criminal Code*, that the approach adopted in the above two cases in the courts of the United States is equally applicable to the legislation in force in this country. A helpful discussion of the two enactments appears in Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada*, *supra*, at p. 128.

In the judgment of McDonald J. in *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, [1982] 6 W.W.R. 533, 31 C.R. (3d) 31, his Lordship, at pp. 546 and 47 respectively, queried whether the understanding by the United States legislators that authorizing interceptions necessarily meant surreptitious entry as mentioned in *Dalia*, *supra*, necessarily applied to the Canadian legislators.

There is much discussion in the courts below and in the course of argument in this court based upon materials which originated in Committees of Parliament of Canada, Hansard, and some materials and texts which relate to matters discussed during the legislative process leading to the passage of Part IV.1. This Court, in *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, had occasion to

lance électronique facilitera la découverte d'un crime, l'autorisation qu'il accorde d'y recourir devrait transférer à l'organisme de police approprié le pouvoir de décider des moyens mécaniques précis par lesquels l'ordonnance sera exécutée. Si le dispositif à utiliser est un micro, sa mise en place doit nécessairement relever des personnes ainsi autorisées. Cette mise en place devra se faire clandestinement parce qu'aucun policier qui se respecte ne demanderait ouvertement à la personne à surveiller la permission de mettre en place un micro afin d'intercepter ses conversations.

Ce serait être bien naïf que de penser qu'un juge de district puisse croire que le dispositif requis pour exécuter son autorisation de surveillance n'exige pas d'installation.

. . .

Il est significatif que cette loi, qui est de façon générale si détaillée quant aux conditions de surveillance, ne fait aucune mention de la nécessité d'une ordonnance distincte quant à l'entrée. Le fait que la Loi exige que les tribunaux exercent une surveillance générale du processus d'écoute n'a pas pour effet de les charger, même implicitement, des mesures d'exécution pratiques.

Malgré les différences qui existent entre le titre III et la partie IV.1 du *Code criminel*, je suis d'avis que le point de vue adopté par les tribunaux américains dans les deux affaires précitées s'applique également à la législation en vigueur ici. On trouve une étude utile des deux lois à la p. 128 de l'ouvrage de Watt intitulé *Law of Electronic Surveillance in Canada*, précité.

Dans la décision *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, [1982] 6 W.W.R. 533, 31 C.R. (3d) 31, le juge McDonald s'est demandé, aux pp. 546 et 47 respectivement, si le législateur canadien avait vraiment compris, à l'instar du législateur américain tel que le mentionne l'arrêt *Dalia*, précité, que l'autorisation d'interception comporte nécessairement une entrée subreptice.

Dans les cours d'instance inférieure et pendant les plaidoiries en cette Cour, il y a eu de nombreuses discussions fondées sur des documents émanant de comités du Parlement du Canada, sur le Hansard et sur d'autres textes relatifs aux questions discutées pendant le processus législatif qui a abouti à l'adoption de la partie IV.1. Dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S.

deal with the use to which this kind of material can be properly put. As Laskin C.J. said, at p. 387:

> The material offered by the Attorney-General of Canada concerned the social and economic conditions under which the *Anti-Inflation Act* was passed and the evils with which it purported to deal.

To the same effect is the discussion by Beetz J., at pp. 470-71, concerning the use of policy statements and other material tabled in the House of Commons and in Committees of the House. This material is not considered by the courts in arriving at the proper construction to be placed upon language used by the Legislature, but only with reference to the aims of the legislating body and the evils with which it was then contending. See also *Lower Mainland Dairy Products Board v. Turners Dairy Ltd.*, [1941] S.C.R. 573, *per* Taschereau J., as he then was, at p. 583; *Home Oil Distributors, Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] S.C.R. 444, at p. 447, *per* Kerwin J. as he then was; and *Black-Clawson International Ltd.* v. *Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, [1975] 1 All E.R. 810, *per* Lord Reid at p. 814. Another source of material outside the record to which courts frequently take recourse is other judgments dealing with the same subject matter, in this case the nature of electromagnetic apparatus and the invasive characteristics of present-day communication technology: see *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931), *per* Brandeis J., at pp. 200-01; *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] S.C.R. 541, *per* Smith J., at pp. 569-71; and *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1966] Ex.C.R. 872, *per* Jackett P., at pp. 877-79. Courts take recourse in the analysis and assessment of technical and specialized knowledge generally to texts, encyclopedias, professional journals and like sources, all as discussed and illustrated in *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, at pp. 21-22; *Phipson on Evidence* (12th ed.), paragraphs 46-60; and *Cross on Evidence* (5th ed.), at pp. 154-160.

373, cette Cour a eu l'occasion de se prononcer sur l'utilisation qu'on peut faire de ce genre de documents. Comme l'affirme le juge en chef Laskin, à la p. 387:

> Les documents présentés par le procureur général du Canada décrivent les conditions sociales et économiques existant au moment où la Loi a été adoptée et les maux auxquels elle prétend porter remède.

L'analyse du juge Beetz, aux pp. 470 et 471, va dans le même sens au sujet de l'utilisation des déclarations de principe et d'autres documents déposés devant la Chambre des communes et les comités de la Chambre. Les tribunaux tiennent compte de ces documents non pas pour déterminer l'interprétation à donner aux termes employés par le législateur, mais seulement pour déterminer les buts du législateur et les maux avec lesquels il était alors aux prises. Voir également *Lower Mainland Dairy Products Board v. Turners Dairy Ltd.*, [1941] R.C.S. 573, à la p. 583, le juge Taschereau, alors juge puîné; *Home Oil Distributors, Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] R.C.S. 444, à la p. 447, le juge Kerwin, alors juge puîné; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, [1975] 1 All E.R. 810, à la p. 814, lord Reid. Une autre source de documents extrinsèques à laquelle les tribunaux ont fréquemment recours est la jurisprudence qui porte sur le même sujet, en l'occurrence, la nature du dispositif électromagnétique et l'aspect envahissant des techniques de communication actuelles; voir *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931), aux pp. 200 et 201, le juge Brandeis; *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] R.C.S. 541, aux pp. 569 à 571, le juge Smith; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1966] R.C. de l'É. 872, aux pp. 877 à 879, le président Jackett. Pour analyser et évaluer les notions techniques et spécialisées, les tribunaux ont généralement recours aux traités, encyclopédies et publications professionnelles et autres sources semblables, tout comme l'indiquent, avec exemples à l'appui, *Wigmore on Evidence* (3e éd. 1940), vol. 1, aux pp. 21 et 22, *Phipson on Evidence* (12e éd.), paragraphes 46 à 60 et *Cross on Evidence* (5e éd.), aux pp. 154 à 160.

Before the *Protection of Privacy Act* was enacted (1973-74 (Can.), c. 50) several articles and texts had been written and reports made on the subject of wiretapping and electronic eavesdropping. Actually the first federal wiretapping legislation is found in the statute incorporating the Bell Telephone Company, 1880 (Can.), c. 67, s. 25, which made the interception of a message transmitted on the company's telephone lines, a misdemeanour. In 1965, the government of the day had appointed the Canadian Committee on Corrections. The Committee delivered its report, generally called the Ouimet Report, to the government in 1969. Recommendations were made in this Report and, as stated in Morris Manning, *The Protection of Privacy Act* (1974), at pp. 4-5, "Those recommendations were clearly adopted by Parliament". The Ouimet Report clearly recognizes throughout its study the distinction between the use of wiretap and the use of electronic bugging equipment for intercepting private communications. The Committee defined these terms as follows, at p. 81:

The term wiretapping is commonly used to describe the listening in on conversations on the telephone through the use of electronic equipment and other devices. Electronic eavesdropping or "bugging" is a term commonly used to describe forms of eavesdropping other than wiretapping.

One of the common forms of eavesdropping involves the placing of a concealed device in a specific location to receive and transmit conversations.

After reviewing very limited provincial statutory regulation of wiretapping (in Manitoba and Alberta, telephone legislation), the Committee observed, at pp. 82-83:

Wiretapping is presently used by police forces in the investigation of suspected criminal activities. The extent to which it is used is not known. It is obvious, however, that electronic eavesdropping other than wiretapping is

Avant l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée* (1973-74 (Can.), chap. 50), plusieurs articles, textes et rapports ont porté sur l'écoute téléphonique clandestine et l'écoute clandestine au moyen d'appareils électroniques. En réalité, la première disposition législative fédérale en matière d'écoute téléphonique clandestine se trouve à l'art. 25 de la loi constitutive de la Compagnie de téléphone Bell, 1880 (Can.), chap. 67, art. 25, qui prévoit que l'interception d'une dépêche transmise sur les lignes téléphoniques de la compagnie constitue un délit. En 1965, le gouvernement a créé le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Le Comité a soumis son rapport, généralement connu sous le nom de rapport Ouimet, au gouvernement en 1969. Des recommandations y étaient faites et, comme on le souligne dans Morris Manning, *The Protection of Privacy Act* (1974), aux pp. 4 et 5, [TRADUCTION] «Le Parlement a manifestement adopté ces recommandations». Le rapport Ouimet reconnaît clairement tout au long de son étude la distinction entre le recours au branchement clandestin de lignes téléphoniques et le recours au matériel d'écoute électronique dans le but d'intercepter des communications privées. Le Comité définit ces termes de la façon suivante à la p. 87:

L'expression «branchement clandestin de lignes téléphoniques» est employée communément pour décrire l'écoute de conversations téléphoniques à l'aide d'appareils électroniques et autres dispositifs. «Écoute clandestine au moyen d'appareils électroniques» ou «écoute clandestine à l'aide de microphones» (*bugging*) est une expression employée communément pour décrire les sortes d'écoute clandestine autres que l'écoute téléphonique clandestine.

L'une des formes ordinaires d'écoute clandestine consiste à dissimuler dans un endroit déterminé un appareil destiné à capter et à transmettre les conversations.

Après avoir passé en revue les mesures législatives provinciales très restreintes qui régissent l'écoute téléphonique clandestine (les lois manitobaine et albertaine relatives au téléphone), le Comité fait remarquer, à la p. 89:

L'écoute téléphonique clandestine est actuellement employée par les services de police lors des enquêtes sur des activités criminelles dont on soupçonne l'existence. On ne sait trop dans quelle mesure ils y ont recours. Il

used extensively in the investigation of certain kinds of suspected criminal activity.

The Committee is of the view that federal legislation controlling the use of wiretapping and electronic eavesdropping in law enforcement is required.

Throughout its Report, when discussing the subject of surveillance, the Committee always recognised the distinction between wiretapping and electronic eavesdropping. In its recommendations concerning the extent of legislative control required, the Committee stipulated that the judicial order of authorization should "specify in detail the person or persons whose conversations are to be intercepted, the place or places and the facilities in respect of which the order is made . . . " (at p. 86). The Committee, having prescribed the terms and conditions to be included in the authorization then turned to the question of the "Admissibility of Conversations Obtained through Wiretapping and Electronic Surveillance" and reported, at p. 88:

The Committee is of the view that illegally intercepted conversations should not be admissible against an accused at his trial and that this principle of exclusion should apply to evidence derived through such illegal interception.

(Emphasis in original.)

Clearly the Report was directed to the exclusion of evidence gathered without authorization or conformity to the authorization as provided in the proposed legislation.

Prior to the Ouimet Report there had been other writings and studies in Canada dealing with this subject matter. See *Report of the Proceedings of the National Conference on the Prevention of Crime*, Centre of Criminology, University of Toronto, June 1965, at p. 70; Stanley M. Beck, *Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice* (1968), 46 Can. Bar Rev. 643; *British Columbia Report of the Commission of Inquiry Into Invasion of Privacy* (1967), (the

est évident, toutefois, que l'écoute clandestine à l'aide d'appareils électroniques autre que l'écoute téléphonique est largement employée lors des enquêtes sur certains genres d'activité criminelle dont on soupçonne l'existence.

Le Comité est d'avis que des mesures législatives fédérales réglementant le recours à l'écoute téléphonique clandestine et à l'écoute clandestine à l'aide d'appareils électroniques pour la mise en application de la loi s'imposent.

Tout au long de son rapport, quand il parle de surveillance, le Comité reconnaît toujours la distinction entre l'écoute téléphonique clandestine et l'écoute clandestine au moyen d'appareils électroniques. Dans ses recommandations quant à l'ampleur du contrôle législatif requis, le Comité mentionne que l'ordonnance judiciaire portant autorisation devrait «spécifier quelles sont les personnes dont les conversations doivent être interceptées, les endroits et les installations que vise l'ordonnance . . . » (à la p. 93). Après avoir prescrit les modalités à inclure dans l'autorisation, le Comité aborde alors la question de l'«Admissibilité en preuve des conversations recueillies grâce à l'écoute téléphonique clandestine et à la surveillance au moyen d'appareils électroniques» et affirme à la p. 95:

Le Comité est d'avis que les conversations interceptées illégalement ne devraient pas être admissibles comme preuve à charge lors du procès d'un accusé et que ce principe d'exclusion s'applique à la preuve découlant de cette interception illégale.

(Souligné dans le texte original.)

Manifestement, le rapport visait à exclure les éléments de preuve recueillis sans autorisation ou de façon non conforme à l'autorisation prévue dans la loi projetée.

Il y a eu au Canada, avant le rapport Ouimet, d'autres analyses et études qui ont porté sur ce sujet. Voir *Report of the Proceedings of the National Conference on the Prevention of Crime*, Centre de Criminologie, Université de Toronto, juin 1965, à la p. 70; Stanley M. Beck, *Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice*, (1968), 46 R. du B. Can. 643; *British Columbia Report of the Commission of Inquiry Into Invasion of Privacy* (1967), (le «rapport Sar-

"Sargent Report") at pp. 30-31; *Inquiry Re Magistrate Frederick J. Bannon and Magistrate George W. Gardhouse* (1968), (the "Grant Report") at pp. 11-24; N.M. Chorney, *Wiretapping and Electronic Eavesdropping* (1964-65), 7 Crim. L.Q. 434; and David A. Cornfield, *The Right to Privacy in Canada* (1967), 25 U. of T. Fac. L. Rev. 103. The courts had also considered the evidentiary ramifications of police investigations which made use of radio and recording devices: *R. v. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733.

In the United States these investigative techniques came into use much earlier and were discussed in the United States Supreme Court for the first time in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). The decision of that court in *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), influenced congressional action undertaken shortly thereafter for the regulation of wiretapping and electronic surveillance. There was considerable literature on the subject. That bearing directly on the issue raised in these proceedings may be found in Alan F. Westin, *Science, Privacy and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's*, 66 Columbia Law Review 1003 (1966); and that author's text *Privacy and Freedom* (New York 1970); and Dash, Schwartz and Knowlton, *The Eavesdroppers* (1959), at pp. 35-285; Kalven, *The Problems of Privacy in the Year 2000*, Daedalus, Summer 1967, at pp. 876-77. Government action began in earnest at the federal level with the appointment of a presidential commission on Law Enforcement and the Administration of Justice which reported in 1967. This report (at p. 201) clearly recognizes the difference in vital characteristics between wiretapping and eavesdropping, as did the proposed legislation annexed thereto which largely survived and appears in *United States Code* at Title III. In the following year Congress enacted the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, Public Law, 90-351, 82 Stat. 197 (1968), Title III, Wiretapping and Electronic Surveillance (now 18 U.S.C., §2510-2520).

gent») aux pp. 30 et 31; *Inquiry Re Magistrate Frederick J. Bannon and Magistrate George W. Gardhouse* (1968), (le «rapport Grant») aux pp. 11 à 24; N.M. Chorney, *Wiretapping and Electronic Eavesdropping*, (1964-65), 7 Crim. L.Q. 434; David A. Cornfield, *The Right to Privacy in Canada* (1967), 25 U. of T. Fac. L. Rev. 103. Les tribunaux ont aussi étudié les conséquences, sur le plan de la preuve, des enquêtes policières faites à l'aide de dispositifs radio et d'appareils d'enregistrement. *R. v. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733.

Aux États-Unis, ces techniques d'enquête ont été utilisées beaucoup plus tôt et ont été analysées pour la première fois par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). L'arrêt de cette cour *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), a eu une influence sur les mesures prises peu après par le Congrès en vue de réglementer l'écoute téléphonique clandestine et la surveillance au moyen d'appareils électroniques. On a beaucoup écrit sur le sujet. Les ouvrages suivants portent directement sur la question soulevée dans les présentes procédures: Alan F. Westin, *Science, Privacy and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's*, 66 Columbia Law Review 1003 (1966); du même auteur, *Privacy and Freedom* (New York 1970); Dash, Schwartz et Knowlton, *The Eavesdroppers* (1959), aux pp. 35 à 285; Kalven, *The Problems of Privacy in the Year 2000*, Daedalus, été 1967, aux pp. 876 et 877. Le gouvernement a commencé à intervenir sérieusement au niveau fédéral par la constitution d'une commission présidentielle sur l'application de la loi et l'administration de la justice, qui a fait rapport en 1967. Ce rapport reconnaît clairement (à la p. 201) la différence qui existe entre l'écoute téléphonique clandestine et l'écoute électronique sur le plan de leurs caractéristiques essentielles, tout comme le projet de loi qui s'y trouve annexé et qui a été en majeure partie adopté et se trouve maintenant au titre III du *United States Code*. L'année suivante, le Congrès a adopté l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, Public Law, 90-351, 82 Stat. 197 (1968), Title III, Wiretapping and Electronic Surveillance (maintenant 18 U.S.C., par. 2510 à 2520).

All of this Canadian material, and no doubt much of the United States literature, judicial and legislative activities, were before Parliament during the legislative process which began in 1969. (As observed in the Manning text, *supra*, our Act follows very closely the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*.) The House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs, after a review of the subject matter, reported to the House of Commons in March of 1970. The Committee made numerous recommendations relating to both wiretapping and electronic eavesdropping, and did so after extensive hearings. A government study was undertaken in April 1971 into the whole question of privacy and a report was filed in December 1972 under the name "The Task Force on Privacy and Computers". In June of 1971 the Minister of Justice introduced the first bill relating to privacy. This was followed by a like bill introduced in 1972 which was referred to and examined by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs which also conducted hearings and reported to the House of Commons in 1972. That bill died on the order paper and was followed by the introduction of the present Act in April 1973 where again the matter was referred to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Once again the Committee conducted hearings and reviewed the bill and reported to the House recommending several amendments. During this three-year period the subject matter of privacy was examined by the Senate in much the same way. An illustration of the depth of these prolonged studies is found in the testimony of Professor James R. Thompson, Northwestern University School of Law, before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, May 27, 1969, p. 1042:

> Wiretapping—that is, interception and disclosure of telephone conversations—is a Federal crime [in the United States] .... Eavesdropping is a different matter. It may be divided into two kinds—that which involves trespassory invasion of protected premises for example the planting of a 'bug' in a home, or the insertion of a

Tous ces documents canadiens et sans doute une grande partie des écrits, de la jurisprudence et des documents législatifs américains ont été soumis au Parlement au cours du processus législatif qui a commencé en 1969. (Comme le fait remarquer le texte de Manning, précité, notre loi suit de très près l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*.) Après avoir étudié la question, le Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes a soumis un rapport à la Chambre des communes en mars 1970. Le Comité a fait de nombreuses recommandations au sujet de l'écoute téléphonique clandestine et de l'écoute clandestine au moyen d'appareils électroniques après avoir tenu maintes auditions. Une étude a été entreprise par le gouvernement en avril 1971 relativement à l'ensemble de la question de la protection de la vie privée et un rapport a été déposé en décembre 1972 sous le titre «Groupe d'étude sur l'ordinateur et la vie privée». En juin 1971, le ministre de la Justice a déposé le premier projet de loi relatif à la protection de la vie privée. Celui-ci a été suivi du dépôt en 1972 d'un projet de loi semblable qui a été renvoyé au Comité permanent de la justice et des questions juridiques qui l'a examiné et a aussi tenu des audiences et fait rapport à la Chambre des communes en 1972. Ce projet de loi est resté au feuilleton et a été suivi du dépôt en avril 1973 de la loi actuelle qui elle aussi a été renvoyée au Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Le Comité a de nouveau tenu des audiences, étudié le projet de loi et fait rapport à la Chambre en lui recommandant plusieurs amendements. Pendant cette période de trois ans, la question de la protection de la vie privée a été étudiée par le Sénat à peu près de la même manière. On trouve un exemple du sérieux de cette étude prolongée dans le témoignage rendu le 27 mai 1969 par le professeur James R. Thompson de la Faculté de droit de l'université Northwestern devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, à la p. 1042:

> [TRADUCTION] L'écoute téléphonique clandestine—c'est-à-dire l'interception et la divulgation de conversations téléphoniques—est un crime fédéral [aux États-Unis] ... Il en va différemment de l'écoute clandestine. On peut la classer en deux types—celle qui comporte une intrusion dans un local fermé, par exemple la dissi-

'spike' mike into a common wall, and non-trespassory actions, e.g. merely listening on one side of a common wall or aiming a parabolic microphone at an open window.

mulation d'un microphone dans un logement ou l'insertion d'un microphone miniature dans un mur mitoyen, et celle qui ne comporte pas d'intrusion, par ex. simplement écouter de l'autre côté d'un mur mitoyen ou pointer un microphone parabolique vers une fenêtre ouverte.

The learned author of *The Protection of Privacy Act*, *supra*, observed, at p. 3:

The Act in its present form was given most careful consideration by both the House of Commons and its Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Both bodies studied the Act section by section and a reading of the voluminous debates and reports provides an excellent view of our parliamentary process in action.

Le savant auteur de l'ouvrage *The Protection of Privacy Act*, précité, fait remarquer, à la p. 3:

[TRADUCTION] La Loi dans sa forme actuelle a fait l'objet d'une analyse des plus approfondies par la Chambre des communes et son Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Ces deux organismes ont étudié la Loi article par article et la lecture des nombreux débats et rapports donne un excellent aperçu du déroulement du processus parlementaire.

Lengthy parliamentary contact with this matter is shown by the five statutes, *supra*, enacted over many years and dealing with the definition and regulation of telecommunication. Professor Beck, whose article, *supra*, was mentioned many times in the Commons Committees' Reports during the process leading up to the 1974 Act, describes the state of affairs in 1968, at p. 650:

Les cinq lois précitées qui ont été adoptées au cours des années et qui portent sur la définition et la réglementation des télécommunications témoignent de l'attention soutenue que le Parlement a portée à ces questions. Le professeur Beck, dont l'article précité a été mentionné à plusieurs reprises dans les rapports des comités des Communes au cours du processus qui a abouti à l'adoption de la Loi de 1974, décrit la situation en 1968, à la p. 650:

To sum up, the limited number of public disclosures of police use of electronic surveillance in Canada does not indicate limited use.

[TRADUCTION] En résumé, le nombre limité de divulgations publiques du recours par la police à la surveillance électronique au Canada n'indique pas que ce recours est limité.

For a more detailed description of the devices available in Canada for interception of private communications at that time, see Beck, *supra*, p. 651, where the use of radio devices is discussed in detail. A similar discussion occurs in the Sargent Report, *supra*, at pp. 30-31. The use of microwave transmissions directed at premises under surveillance to withdraw therefrom private conversations is likewise discussed in the Beck article, *supra*, at p. 652.

Pour une description plus détaillée des dispositifs d'interception de communications privées qui étaient disponibles au Canada à l'époque, voir l'article de Beck, précité, à la p. 651 où l'on traite en détail de l'utilisation de dispositifs radio. Il existe une étude semblable dans le rapport Sargent, précité, aux pp. 30 et 31. L'émission de micro-ondes vers les locaux soumis à une surveillance pour en extraire des conversations privées est également traitée dans l'article de Beck, précité, à la p. 652.

Bearing in mind the amount of material gathered in the extensive legislative process leading up to the enactment of the *Protection of Privacy Act* in 1973, I must adopt the comments made by Chief Justice McGillivray in the *Reference re an Application for an Authorization*, *supra*, at p. 614:

Compte tenu de la quantité de documents réunis au cours du long processus législatif qui a abouti à l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée* en 1973, je me dois d'adopter les observations faites par le juge en chef McGillivray dans *Reference re an Application for an Authorization*, précité, à la p. 614:

In light of the record quoted above I have difficulty in accepting the commission's conclusions that Parliament was not well aware that, apart from the isolated cases, the placing of transmitter devices on premises occupied by a suspect would be expected to be done either by surreptitious entry or by a trick.

It is not clear from the judgment of McDonald J., *supra*, at p. 535, precisely what the investigating agency sought from the chambers judge:

> The agents sought to have me make an order permitting the interception of communications by microphone, and I granted the order in that regard.

A microphone is, of course, incapable by itself of intercepting anything and may be used in association with other equipment for both wiretapping and eavesdropping. The judgment does not reveal the use proposed. The learned judge then refused to authorize entry to install a "microphone". The court may there have been dealing with a microphone designed to convert a telephone into a room-listening device energized from outside the premises, or a radio device. If the latter, the authorization of interception by such device without means of installation is futile. Later in his reasons, the use of "the microphone" was limited to circumstances where it could be installed without "trespass". Presumably, this refers to personal trespass by the interceptor against the property or person of the interceptee. No example or illustration was given of "acceptable entry" except, perhaps, in a hotel room before the guest arrives.

Chief Justice McGillivray, as discussed earlier, took a different approach. He read the legislation in the light of the evil that Parliament was seeking to redress. Mr. Justice Clements, in the same court, in *R. v. McQueen* (1975), 25 C.C.C. 262, expressly applied to ss. 178.16(1) the same reasoning as the Chief Justice so as not to extend the application of that provision "to absurd lengths and hamper normal police investigation to an

[TRADUCTION] Compte tenu du dossier précité, il m'est difficile d'accepter les conclusions de la commission portant que le Parlement n'était pas parfaitement conscient que, sauf dans des cas isolés, on s'attendait à ce que la mise en place d'émetteurs dans les lieux occupés par un suspect se fasse au moyen d'une entrée subreptice ou en recourant à un stratagème.

Le jugement du juge McDonald, précité, à la p. 535, ne nous renseigne pas clairement sur ce que l'organisme d'enquête a demandé précisément au juge en chambre:

> [TRADUCTION] Les agents m'ont demandé de rendre une ordonnance autorisant l'interception de communications à l'aide d'un microphone et j'ai accordé l'ordonnance en ce sens.

Un microphone ne peut évidemment intercepter à lui seul quoi que ce soit et il peut être utilisé avec d'autre matériel d'écoute téléphonique clandestine ou d'écoute clandestine en général. Le jugement ne mentionne pas l'utilisation projetée. Le savant juge a ensuite refusé d'autoriser l'entrée en vue de mettre en place un «microphone». Il se peut que la cour ait alors eu affaire à un microphone conçu pour transformer un téléphone en dispositif d'écoute actionné à distance ou à un dispositif radio. Dans le dernier cas, l'autorisation de procéder à une interception à l'aide d'un tel dispositif sans donner le moyen de le mettre en place est futile. Plus loin dans ses motifs, l'utilisation du «microphone» est limitée aux circonstances où il est possible de le mettre en place sans commettre une «intrusion». Cela s'entend probablement de l'intrusion personnelle par l'auteur de l'interception relativement à la propriété ou à la personne qui fait l'objet de l'interception. On n'a donné aucun exemple d'«entrée acceptable», sauf peut-être celle qui serait effectuée dans une chambre d'hôtel avant l'arrivée du client.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge en chef McGillivray a adopté un point de vue différent. Il a interprété les dispositions législatives en fonction du mal auquel le Parlement voulait remédier. Son collègue le juge Clements, dans l'arrêt *R. v. McQueen* (1975), 25 C.C.C. 262, a expressément appliqué au par. 178.16(1) le même raisonnement que le juge en chef de façon à ne pas étendre l'application de cette disposition [TRADUCTION]

extent that would seriously jeopardize the public interest in the detection of crime".

When seeking the proper interpretation of these provisions one should ask if Parliament must be taken as intending to give an authority to the investigating forces which could not be put to use. The invocation of powers granted under Part IV.1 in aid of crime detection serves no purpose if the authorization granted relates only to isolated pieces of equipment without any direction or authorization that it be employed in association with authorized devices for interception either by wiretapping or for electronic or acoustic surveillance. It is one thing to leave too much to the discretion of the investigative agency but quite another to stultify the whole undertaking.

It might be noted that the interpretations which I believe should be placed upon Part IV.1 are also consistent with the provisions of s. 25(1) of the *Criminal Code* and s. 26(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, although apart from these provisions my conclusions would still stand. These sections read in part as follows:

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

(*a*) as a private person,

(*b*) as a peace officer or public officer,

(*c*) in aid of a peace officer or public officer, or

(*d*) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable and probable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

26. ...

(2) Where power is given to a person, officer or functionary, to do or enforce the doing of any act or thing, all such powers shall be deemed to be also given as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing.

«de manière absurde et ainsi entraver les enquêtes normales de la police à un point qui mettrait gravement en péril l'intérêt qu'a le public à ce que le crime soit découvert».

En cherchant la façon dont ces dispositions doivent être interprétées, il faut se demander si on doit considérer que le Parlement a voulu conférer aux organismes d'enquête un pouvoir qui ne saurait être exercé. L'invocation des pouvoirs accordés en vertu de la partie IV.1 pour faciliter la découverte du crime ne sert à rien si l'autorisation accordée ne vise que du matériel isolé sans ordonner ou permettre qu'il soit utilisé avec des dispositifs autorisés d'interception par branchement clandestin de lignes téléphoniques ou de surveillance électronique ou acoustique. C'est une chose que de laisser trop de latitude à l'organisme d'enquête, mais c'est une toute autre chose que de rendre toute l'entreprise inutile.

On pourrait souligner que les façons dont, selon moi, on devrait interpréter la partie IV.1 sont également compatibles avec les dispositions du par. 25(1) du *Code criminel* et du par. 26(2) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, même si, indépendamment de ces dispositions, mes conclusions resteraient valables. Ces dispositions se lisent notamment ainsi:

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi

a) à titre de particulier,

b) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public,

c) pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public, ou

d) en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

26. ...

(2) Lorsqu'une personne, un employé ou un fonctionnaire reçoit le pouvoir d'accomplir ou de faire accomplir une chose ou un acte, tous les pouvoirs nécessaires pour mettre cette personne, cet employé ou ce fonctionnaire en état d'accomplir ou de faire accomplir cette chose ou cet acte sont aussi censés lui être conférés.

Section 26 of the *Interpretation Act* was considered by this Court in *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2. The issue there before the Court was whether a warrant to seize firearms issued pursuant to s. 105(1) of the *Criminal Code* as it then was (now s. 101(1)) authorized the officers acting under it to enter onto the property of the person named in the warrant and search for firearms. With respect to s. 105(1), which empowered the court to issue only a warrant to seize, this Court drew a distinction between the authority to seize and the power to enter upon premises for such a purpose. Ritchie J., delivering the judgment of this Court, stated at pp. 9-11:

> In support of the contention that the authority to seize included authority to search, the respondent drew attention to the provisions of s. 26 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970 c. I-23, and in so doing contended that the power to search was a necessary ingredient of the power "to seize". Section 26(2) of the *Interpretation Act* reads as follows:
>
> > (2) Where power is given to a person, officer or functionary, to do or enforce the doing of any act or thing, all such powers shall be deemed to be also given as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing.
>
> As I have indicated, I am of the opinion that any statutory provision authorizing police officers to invade the property of others without invitation or permission would be an encroachment on the common law rights of the property owner and in case of any ambiguity would be subject to a strict construction in favour of the common law rights of the owner. This is made plain from the following excerpt from *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed., at p. 251 where it is said:
>
> > Statutes which encroach on the rights of the subject, whether as regards person or property, are subject to a strict construction in the same way as penal Acts. It is a recognised rule that they should be interpreted, if possible, so as to respect such rights, and if there is any ambiguity the construction which is in favour of the freedom of the individual should be adopted.
>
> It appears to me to follow tha[t] any provision authorizing police officers to search and enter private property

L'article 26 de la *Loi d'interprétation* a été examiné par cette Cour dans l'arrêt *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si un mandat de saisie d'armes à feu décerné en vertu de ce qui était alors le par. 105(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 101(1)) permettait aux policiers qui l'exécutent d'entrer dans la propriété de la personne nommée dans le mandat et d'y perquisitionner en vue de découvrir des armes à feu. Quant au par. 105(1) qui permet au tribunal de ne décerner qu'un mandat de saisie, cette Cour a fait la distinction entre le pouvoir de saisir et le pouvoir d'entrer dans des lieux à cette fin. Le juge Ritchie, qui a prononcé l'arrêt de la Cour, affirme, aux pp. 9 à 11:

> À l'appui de sa prétention que le pouvoir de saisir comprend le pouvoir de perquisitionner, l'intimée invoque les dispositions de l'art. 26 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, et soutient que le pouvoir de perquisitionner est un élément nécessaire du pouvoir «de saisir». Le paragraphe 26(2) de la *Loi d'interprétation* se lit comme suit:
>
> > (2) Lorsqu'une personne, un employé ou un fonctionnaire reçoit le pouvoir d'accomplir ou de faire accomplir une chose ou un acte, tous les pouvoirs nécessaires pour mettre cette personne, cet employé ou ce fonctionnaire en état d'accomplir ou de faire accomplir cette chose ou cet acte sont aussi censés lui être conférés.
>
> Comme je l'ai mentionné, j'estime qu'une disposition de la loi qui autorise les policiers à pénétrer sur la propriété d'autrui sans invitation ni permission constitue un empiétement sur les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire. En cas d'ambiguïté, cette disposition doit recevoir une interprétation stricte qui favorise les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire. L'extrait suivant de *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12e éd., à la p. 251, est explicite sur ce point:
>
> > [TRADUCTION] Les lois qui empiètent sur les droits du citoyen en ce qui concerne sa personne ou ses biens, doivent, comme les lois pénales, faire l'objet d'une interprétation stricte. C'est une règle reconnue qu'elles doivent être interprétées, si possible, de manière à respecter de tels droits et, en cas d'ambiguïté, il faut retenir l'interprétation qui favorise la liberté de l'individu.
>
> À mon avis, il s'ensuit qu'une disposition autorisant les policiers à pénétrer sur une propriété privée et à y

must be phrased in express terms and the provisions of the *Interpretation Act* are not to be considered as clothing police officers by implication with authority to search when s. 105(1) and the warrant issued pursuant thereto are limited to seizure. The extensive number of sections of the *Criminal Code* to which reference was made by the trial judge and which expressly include the dual authority "to search" and "to seize" are enough in themselves to indicate that the deeming provisions of s. 26(2) of the *Interpretation Act* are not applicable to the circumstances.

I am satisfied to adopt the reasoning of Mr. Justice Toy and I share his view that a wide distinction exists between the meaning of "to seize" and that of "to search". As Mr. Justice Toy has pointed out, it is demonstrable that when Parliament sought to include the right to search in providing for the authority to seize, it did so in specific terms . . .

Nowhere in Part IV.1 of the *Criminal Code* or anywhere else in the *Code*, however, is a distinction made between "interception" of a private communication and entry for the purpose of effecting the interception. Reasoning applicable to the well-recognized distinction between search and seizure is not applicable to the present case. Furthermore, by virtue of s. 178.13(2)(*c*) an authorization must contain a general description of the place at which the interception is to be made and the manner of interception to be used. Part IV.1 empowers the court to authorize the interception of private conversations at specified locations by some methods which of necessity require covert placing of electronic devices; and all methods of interception included in Part IV.1 involve some form of physical invasion of the premises, as discussed *supra*. The *Code* provisions relating to search and to seizure persistently distinguish between these two activities as was pointed out in *Colet*, *supra*. On the other hand, as was pointed out by Chief Justice McGillivray in the *Reference re an Application for an Authorization*, *supra* at pp. 609-10:

> Here there is no element of invasion, no challenge to a protesting occupier . . . . The success of the operation is that the transmitter is planted without the knowledge of the occupier.

. . .

perquisitionner doit être rédigée en termes explicites; on ne doit pas considérer que les dispositions de la *Loi d'interprétation* confèrent par implication, aux policiers, le pouvoir de perquisitionner alors que le par. 105(1) et le mandat délivré en vertu de ce paragraphe se limitent à la saisie. Les nombreux articles du *Code criminel* mentionnés par le juge du procès et qui prévoient explicitement le double pouvoir de «perquisitionner» et de «saisir» suffisent en eux-même pour indiquer que la présomption créée au par. 26(2) de la *Loi d'interprétation* n'est pas applicable en l'espèce.

Il me suffit d'adopter les motifs du juge Toy et je partage son point de vue qu'il existe une grande distinction de sens entre «saisir» et «perquisitionner». Comme l'a souligné le juge Toy, on peut démontrer que lorsque le législateur a voulu inclure le droit de perquisitionner en accordant le pouvoir de saisir, il l'a fait en termes explicites . . .

Nulle part dans la partie IV.1 du *Code criminel* ni ailleurs dans le *Code* on ne fait cependant de distinction entre l'«interception» d'une communication privée et l'entrée dans le but de réaliser l'interception. Le raisonnement applicable à la distinction bien établie entre la perquisition et la saisie n'est pas applicable en l'espèce. De plus, en vertu de l'al. 178.13(2)*c*), une autorisation doit comporter une description générale du lieu où l'interception doit se faire et du mode d'interception qui sera utilisé. La partie IV.1 permet au tribunal d'autoriser l'interception de conversations privées à des endroits précis par des méthodes qui exigent nécessairement la mise en place clandestine de dispositifs électroniques; et toutes les méthodes d'interception visées par la partie IV.1 comportent une forme ou une autre d'intrusion physique dans les lieux, comme je l'ai déjà dit. Les dispositions du *Code* relatives aux perquisitions et aux saisies font constamment la distinction entre ces deux types d'activités ainsi que le souligne l'arrêt *Colet*, précité. D'autre part, comme le juge en chef McGillivray l'a fait remarquer dans *Reference re an Application for an Authorization*, précité, aux pp. 609 et 610:

> [TRADUCTION] En l'espèce il n'y a aucun élément d'atteinte, aucune provocation d'un occupant qui proteste . . . Le succès de l'opération dépend du fait que l'émetteur est mis en place à l'insu de l'occupant.

. . .

Here the authority is not to seize or to search, but to intercept private communications at a particular place.

The operation being regulated by Parliament in Part IV.1 was the interception of conversations, a separate, distinct and complete transaction. Parliament did not divide into parts or phases, nor are there contrasting measures elsewhere in the *Code* relating to these activities, as is the case with the search provisions and the seizure provisions in the *Criminal Code*.

Similarly, I am of the opinion that the recent decisions of the House of Lords in *Finnigan v. Sandiford* and *Clowser v. Chaplin*, reported together at [1981] 2 All E.R. 267, and *Morris v. Beardmore*, [1981] A.C. 446, are not applicable in this case.

It is the impact on and the significance of Part IV.1 in our criminal law system that leads me to the interpretations which I have placed upon these provisions. The importance of Part IV.1 is the recognition by Parliament of the need to curtail, or at least bring under positive control, the practice of eavesdropping by one means or another. The necessary result of such legislation is the express and implied recognition of invasion of citizens' rights. This is the important crux of s. 178.1, *et seq.* It is the invasion of the mind through the covert discovery and recording of the voice, that is, that makes the powers granted in these provisions so significant in our community. It is the entry into the mind by the power to intercept private communications and not the entry into or upon persons' property that is of significance. I find the words of Chief Justice McGillivray in the *Reference re an Application for an Authorization*, *supra*, very apt (at p. 612):

Once that invasion was authorized the means were merely incidental.

Once the power is granted by Parliament to authorize, and once the authorizing power has been exercised, that which might have given rise to tortious action in the past would no longer do so;

En l'espèce, il y a pouvoir non pas de saisir ou de perquisitionner, mais d'intercepter des communications privées dans un endroit donné.

L'activité régie par le Parlement dans la partie IV.1 est l'interception de conversations, une opération distincte et complète. Le Parlement ne l'a pas divisée en parties ou en étapes, et elle ne fait pas non plus l'objet de dispositions contrastantes ailleurs dans le *Code* relativement à ces opérations comme c'est le cas pour les dispositions en matière de perquisition et de saisie que l'on trouve dans le *Code criminel*.

De même, j'estime que les arrêts récents de la Chambre des lords *Finnigan v. Sandiford* et *Clowser v. Chaplin*, publiés ensemble à [1981] 2 All E.R. 267, ainsi que *Morris v. Beardmore*, [1981] A.C. 446 ne s'appliquent pas à l'espèce.

C'est l'effet et l'importance qu'a la partie IV.1 dans notre système de droit criminel qui m'amènent à interpréter comme je l'ai fait ces dispositions. L'importance de la partie IV.1 tient à la reconnaissance par le Parlement de la nécessité de restreindre ou, tout au moins, de soumettre à un contrôle réel la pratique de l'écoute clandestine sous une forme ou une autre. La conséquence nécessaire de ces dispositions législatives est la reconnaissance expresse ou implicite d'une atteinte aux droits des citoyens. C'est là le noeud des art. 178.1 et suivants. C'est l'intrusion dans la pensée par la découverte et l'enregistrement clandestins de la voix qui rend les pouvoirs accordés par ces dispositions si importants dans notre société. Ce qui importe c'est la pénétration de l'esprit par le pouvoir d'intercepter des communications privées et non l'entrée dans la propriété de personnes. Je trouve très juste l'observation du juge en chef McGillivray dans *Reference re an Application for an Authorization*, précité (à la p. 612):

[TRADUCTION] Du moment que l'intrusion est autorisée, les moyens de la réaliser sont tout simplement secondaires.

Dès que le pouvoir d'autorisation est accordé par le Parlement et dès qu'il a été exercé, ce qui aurait pu constituer un délit dans le passé n'en est plus un; la conduite autorisée ne constitue plus, en

the authorized conduct would not in law amount to trespass.

In summary, I can find no special limitation in Part IV.1 on the use of radio devices for the interception of private communications. These devices are clearly included in the permitted forms of interception. A radio device of the type here employed, by its very characteristics, requires installation at the *situs* of the private communication. Apart from that specific reality in the case of radio, all other forms of retrieval of private communications from inside buildings entail some degree of physical presence in the sense of invasion of the designated premises by physical forces. The very fact that the authorization must include the place at which the interception is to be made and a description of that place, must alert the authorizing authority to the nature and manner of the proposed interception. The *Code* goes on to require the order of authorization to specify a manner of interception as was done in the orders here. I believe that a court, in issuing an authorization under Part IV.1, should, in the exercise of its supervisory function, designate the type of device or devices which may be employed and the procedures and conditions which, in the circumstances revealed in the application, are necessary or advisable in the public interest. The absence of such detail does not go to the validity of the order because in many circumstances only the general clauses of the subsections themselves will be appropriate. My observation is intended to give emphasis to the importance of the judicial role in the program of privacy regulation as prescribed by Parliament in these provisions. I cannot but conclude that Parliament intentionally adopted a broad and, at the same time, detailed code of provisions for the controlled interception of private communications, including interception in the manner which here occurred. It is for the judiciary to protect the public interest and to maintain in the authorizing process the balance between the two competing elements inherent in the regulation of the invasion of privacy in the detection of crime. Third party occupants and their relationship to the officers engaged in installing these devices will be governed by those provisions in the *Code* relating to the position of law enforcement officers in the

droit, une intrusion.

En résumé, je ne puis voir de limitation particulière, dans la partie IV.1, à l'utilisation de dispositifs radio pour intercepter des communications privées. Ces dispositifs sont manifestement inclus dans les formes permises d'interception. Un dispositif radio du type de celui qui a été utilisé en l'espèce exige, de par sa nature même, d'être mis en place à l'endroit où la communication privée se déroule. Sauf pour cet aspect caractéristique de la radio, toutes les autres formes d'accès à des communications privées depuis l'intérieur d'un édifice comportent un certain degré de présence physique au sens d'une entrée par la force dans les lieux désignés. Le fait même que l'autorisation doit mentionner le lieu où doit se faire l'interception et inclure une description de ce lieu doit éveiller l'attention de l'organisme qui accorde l'autorisation quant à la nature de l'interception proposée et quant à la manière de la réaliser. Le *Code* exige en outre que l'ordonnance d'autorisation énonce un mode d'interception, ce qui a été fait dans les ordonnances dont il est question en l'espèce. Je crois qu'un tribunal qui accorde une autorisation en vertu de la partie IV.1 doit, dans l'exercice de son rôle de surveillance, mentionner le type de dispositif qui pourra être employé, ainsi que la procédure et les conditions qui, selon les circonstances mentionnées dans la demande, sont nécessaires ou opportunes dans l'intérêt public. L'absence de ces détails ne porte pas atteinte à la validité de l'ordonnance parce que, dans un bon nombre de cas, les conditions générales des paragraphes eux-mêmes suffisent. Ma remarque vise à faire ressortir l'importance du rôle des tribunaux dans le programme de réglementation de la vie privée que le Parlement prescrit dans ces dispositions. Je ne puis que conclure que le Parlement a adopté à dessein un ensemble à la fois général et détaillé de dispositions pour contrôler les interceptions de communications privées, notamment celles réalisées de la manière dont il est question en l'espèce. Il appartient au pouvoir judiciaire de protéger l'intérêt du public et de maintenir, dans le processus d'autorisation, l'équilibre entre les deux éléments opposés inhérents à la réglementation des atteintes à la vie privée dans le cadre de la décou-

execution of their duties generally. The position of the occupants under civil law will be affected by Part IV.1 in the same way as other provisions in the *Code* may affect the rights in individuals affected by law enforcement operations. Since 1977 a greater burden has been placed upon the court to know the nature of the proposed interception and the manner in which such interception is to be made. This in turn enables the court to prescribe the terms and conditions which shall be considered advisable in the public interest in all the circumstances surrounding the proposed interception.

For these reasons, I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed, DICKSON *and* CHOUINARD JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant Lyons: Howard Rubin, North Vancouver.

Solicitors for the appellant Prevedoros: Clarke, Covell, Banks, Vancouver.

Solicitors for the appellant McGuire: Achtem, Alexander, Victoria.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

verte du crime. Les tiers qui occupent les lieux et leurs rapports avec les agents qui installent ces dispositifs sont régis par les dispositions du *Code* qui concernent la situation des agents de police dans l'exécution de leurs fonctions en général. La partie IV.1 modifie la situation, sur le plan du droit civil, des personnes qui occupent les lieux de la même manière que les autres dispositions du *Code* peuvent avoir une incidence sur les droits des personnes touchées par les opérations d'application de la loi. Depuis 1977, les tribunaux sont investis d'une plus grande responsabilité, celle de s'enquérir de la nature de l'interception proposée et de la façon de la réaliser. Cela permet par ailleurs aux tribunaux de prescrire les modalités qu'ils jugent opportunes dans l'intérêt public selon l'ensemble des circonstances de l'interception proposée.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés, les juges DICKSON *et* CHOUINARD *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante Lyons: Howard Rubin, North Vancouver.

Procureurs de l'appelant Prevedoros: Clarke, Covell, Banks, Vancouver.

Procureurs de l'appelant McGuire: Achtem, Alexander, Victoria.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

IN THE MATTER OF a Reference Pursuant to Section 27(1) of the *Judicature Act*, Chapter J-1 of the Revised Statutes of Alberta, 1980, as amended, referred by Order in Council (O.C. 84/83) of the Lieutenant Governor in Council dated the 2nd day of February, A.D. 1983, to the Court of Appeal of Alberta

File No.: 18224.

1984: March 26 and 27; 1984: December 20.

Present: Ritchie *, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Wiretaps — Authorization — Entry without consent to plant bug — Whether or not authorization implied power to plant device through illegal means — Whether or not illegal means for planting device can be sanctioned by term of judge's authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(2).

A judge of the Alberta Court of Queen's Bench gave an authorization to intercept private communications but refused to grant an order authorizing entry upon private premises to install and to remove the microphone. The Alberta Government, as a result of this judgment, referred two questions to the Alberta Court of Appeal raising the issues of (1) whether, in Part IV.1 of the *Criminal Code*, Parliament intended by necessary implication to empower police officers to enter private property to install listening devices when they act under an authorization to intercept private communications and (2) whether a judge may expressly authorize such entry when he grants an authorization for an interception of private communications. The Alberta Court of Appeal answered both questions in the negative.

Held (Dickson and Chouinard JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the two questions should be answered in the affirmative.

Per Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ.: An authorization given by a judge under Part IV.1 of the *Criminal Code* authorizes by necessary implication any person acting under the authorization to enter any place at which private communications are to be intercepted

* Ritchie J. took no part in the judgment.

DANS L'AFFAIRE d'un renvoi fondé sur le paragraphe 27(1) de la *Judicature Act*, chapitre J-1 des Revised Statutes of Alberta, 1980, et modifications, soumis à la Cour d'appel de l'Alberta par décret n° 84/83 du lieutenant-gouverneur en conseil, en date du 2 février 1983

N° du greffe: 18224.

1984: 26 et 27 mars; 1984: 20 décembre.

Présents: Les juges Ritchie *, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Écoute électronique — Autorisation — Entrée sans consentement pour mettre en place un micro — L'autorisation confère-t-elle implicitement le pouvoir de mettre en place un dispositif par des moyens illégaux? — Un juge peut-il dans son autorisation approuver le recours à des moyens illégaux pour mettre en place un dispositif? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(2).

Un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a autorisé l'interception de communications privées, mais a refusé de rendre une ordonnance autorisant l'entrée dans des locaux privés pour mettre en place et pour enlever le microphone. Par suite de ce jugement, le gouvernement de l'Alberta a soumis deux questions à la Cour d'appel de l'Alberta. La première est de savoir s'il découle nécessairement de la partie IV.1 du *Code criminel* que le Parlement a voulu habiliter les policiers qui agissent en vertu d'une autorisation d'intercepter des communications privées à entrer dans des lieux privés pour y mettre en place des appareils d'écoute et, la seconde, si un juge peut expressément permettre l'entrée à cette fin lorsqu'il accorde une telle autorisation. La Cour d'appel a répondu aux deux questions par la négative.

Arrêt (les juges Dickson et Chouinard sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et les deux questions reçoivent une réponse affirmative.

Les juges Beetz, Estey, McIntyre et Lamer: Il découle nécessairement d'une autorisation accordée par un juge conformément à la partie IV.1 du *Code criminel* que quiconque agit en vertu de cette autorisation a le pouvoir d'entrer dans tous les lieux où des communications

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

to install or to service a permitted listening device—provided such entry is required to implement the particular authorization—unless the authorization includes limitations on or prohibitions of such entry. A judge in giving an authorization has jurisdiction to expressly authorize a person acting under the authorization to enter any place at which private communications are to be intercepted to install or service a device, provided such entry is required to implement the particular authorization.

Per Dickson and Chouinard JJ. *dissenting*: Parliament did not intend that an authorization to intercept private communications should accord, by necessary implication, the person acting under its power to enter any place to install, monitor, repair or remove a listening device. At common law, entry into a person's private premises without either consent or specific legal authorization has always been unlawful. Unless authorized by law, a police officer has no more right than an ordinary citizen to interfere with a person's property. The Court has recently reaffirmed the longstanding protection the common law accords to rights of property in *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, where it unanimously held that a statutory power to seize firearms did not carry with it, by necessary implication, a power to enter and search. This decision is a particular application of a larger canon of statutory interpretation: in general, it will be presumed in the absence of express statutory language that a legislative body did not intend to authorize an act unlawful at common law.

While Parliament clearly intended oral communications should be the subject of interception, there was nothing to indicate that such communications could not be effectively intercepted without an implied power of entry. The fact that oral communications could be intercepted more frequently and more conveniently if a power of entry was inferred does not justify the implication of such a power. The omission of this power by Parliament from the otherwise detailed statutory scheme of Part IV.1 is strong indication that it did not consider such a power either essential or necessary to give effect to an authorization to intercept oral communications.

The committee reports which were before Parliament at the time of the introduction of the *Protection of Privacy Act*, 1973-74 (Can.), c. 50, cannot be used to interpret Part IV.1 of the *Code* and, in any event, they

privées doivent être interceptées pour mettre en place ou pour entretenir un appareil d'écoute autorisé—à la condition que l'entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée—sauf si l'autorisation comporte des limites ou une interdiction relativement à cette entrée. Le juge qui accorde l'autorisation a compétence pour autoriser expressément la personne qui agit en vertu de celle-ci à entrer dans des lieux où des communications privées doivent être interceptées pour mettre en place ou entretenir un dispositif, à la condition que cette entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée.

Les juges Dickson et Chouinard, *dissidents*: Le Parlement n'a pas voulu, sans l'exprimer formellement, qu'une autorisation d'intercepter des communications privées permette à la personne qui agit en vertu de cette autorisation d'entrer dans des lieux pour y procéder à la mise en place, à la vérification, à la réparation ou à l'enlèvement d'un appareil d'écoute. En *common law*, l'entrée dans les locaux privés d'une autre personne sans son consentement ou sans autorisation légale expresse a toujours été illégale. À moins d'être légalement autorisé à le faire, un policier n'a pas plus le droit qu'un simple citoyen de porter atteinte à la propriété d'autrui. La Cour a récemment confirmé de nouveau la protection des droits de propriété que la *common law* accorde depuis longtemps dans l'arrêt *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, où il a été décidé à l'unanimité que le pouvoir légal de saisir des armes à feu ne comprend pas nécessairement le pouvoir d'entrer dans des lieux et d'y procéder à une perquisition. Cet arrêt constitue une application particulière d'un principe plus général en matière d'interprétation législative: en général, on présume, en l'absence de termes exprès dans la loi, qu'un corps législatif n'a pas voulu autoriser un acte illégal en *common law*.

Bien que le Parlement ait nettement voulu permettre l'interception de communications orales, rien n'indique que ces communications puissent effectivement être interceptées sans un pouvoir implicite d'entrer. Le fait que les communications orales pourraient être interceptées plus souvent et plus facilement si on concluait à l'existence d'un pouvoir d'entrer est insuffisant pour conclure que ce pouvoir existe. Le fait que le Parlement n'ait pas mentionné ce pouvoir dans l'ensemble législatif pourtant détaillé de la partie IV.1 indique très clairement qu'il n'a pas jugé ce pouvoir indispensable ou nécessaire pour donner suite à une autorisation d'intercepter des communications orales.

Les rapports des comités soumis au Parlement à l'époque de l'introduction de la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74 (Can.), chap. 50, ne peuvent servir à interpréter la partie IV.1 du *Code* et, en tout

do not provide any substantial support for the view that Parliament intended by necessary implication to authorize entry in aid of interception.

Subsection 25(1) of the *Criminal Code* cannot support a right of entry by the police to effect an authorization to intercept oral communications; this subjection does not augment the powers of the police beyond those accorded them by the *Criminal Code* or at common law.

At common law, the police have never been entitled to exercise a general right of entry as part of their powers. Unless specifically authorized by law, a police officer has no right to enter upon the private property of another without consent. The situations where entry has been authorized at common law are exceptional and few in number. *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), does not stand for the proposition that a power of entry to private property for the purpose of installing a listening device can arise simply by virtue of a policeman's general duty to detect crime and enforce the law. Furthermore, *Waterfield* provides no assistance where the conduct of the police is of itself unlawful and has been initiated with full knowledge of its potential illegality.

Subsection 26(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, is a general deeming provision which cannot supply authority for conduct that is otherwise unlawful and, in any event, the conditions for its operation are not fulfilled.

Since Parliament has neither explicitly nor implicitly granted a person acting under an authorization to intercept private communications a right of entry, there can be no power in a judge to expressly grant such power as a term of an authorization pursuant to s. 178.13(2). A judge acting under a statutory scheme is limited by the authority accorded under the statute.

The two questions posed in this reference should be answered in the negative.

[*Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, followed.]

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1983), 5 D.L.R. (4th) 601, on a reference made pursuant to s. 27(1) of the *Judicature Act* (Alta.) Appeal allowed, Dickson and Chouinard JJ. dissenting.

B. R. Fraser, Q.C., and *Earl Wilson*, for the appellant.

état de cause, ils n'appuient pas vraiment le point de vue selon lequel le Parlement a voulu implicitement autoriser l'entrée pour faciliter les interceptions.

Le paragraphe 25(1) du *Code criminel* ne peut justifier le droit pour la police d'entrer pour donner suite à une autorisation d'intercepter des communications orales; ce paragraphe ne confère pas aux policiers des pouvoirs plus étendus que ceux dont ils sont investis par le *Code criminel* ou la *common law*.

Les pouvoirs accordés aux policiers en *common law* n'ont jamais compris un droit général d'entrer dans des lieux. À moins que la loi ne l'autorise expréssement à le faire, un policier n'a pas le droit d'entrer dans la propriété privée d'une autre personne sans sa permission. Les cas où l'entrée dans des lieux a été autorisée en *common law* sont rares et exceptionnels. L'arrêt *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), n'étaye pas la proposition qu'un pouvoir d'entrer dans une propriété privée pour y mettre en place un appareil d'écoute peut découler simplement du devoir général du policier de découvrir un crime et d'appliquer la loi. De plus, l'arrêt *Waterfield* n'est d'aucune utilité lorsque la conduite de la police est illégale en soi et qu'elle a été adoptée tout en sachant parfaitement qu'elle pouvait être illégale.

Le paragraphe 26(2) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, crée une présomption générale qui ne peut avoir pour effet d'autoriser une conduite par ailleurs illégale et, de toute façon, les conditions de son application ne sont pas remplies.

Puisque le Parlement n'a ni explicitement ni implicitement accordé un droit d'entrer à la personne qui agit en vertu d'une autorisation d'intercepter des communications privées, il s'ensuit qu'un juge ne peut être habilité à accorder expressément ce pouvoir comme condition d'une autorisation conformément au par. 178.13(2). Le juge qui agit conformément à un ensemble législatif n'a que la compétence que lui attribue la loi en question.

Les deux questions posées dans ce renvoi devraient recevoir une réponse négative.

[Jurisprudence: arrêt suivi: *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1983), 5 D.L.R. (4th) 601, rendu par suite d'un renvoi fondé sur le par. 27(1) de la *Judicature Act* (Alb.). Pourvoi accueilli, les juges Dickson et Chouinard sont dissidents.

B. R. Fraser, c.r., et *Earl Wilson*, pour l'appelant.

R. B. White and *E. A. Johnson*, representing the opposite view.

Julius Isaac, Q.C., and *Shelagh Creagh*, for the intervener the Attorney General of Canada.

David Watt, Q.C., and *Michael Anne MacDonald*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Claude Provost, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Stuart Whitley, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

The reasons of Dickson and Chouinard JJ. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—The issues this reference presents are (1) whether in Part IV.I of the *Criminal Code* Parliament intended by necessary implication to empower police officers to enter private property to install listening devices when they act under an authorization to intercept private communications and (2) accordingly, whether a judge may expressly authorize such entry when he grants an authorization for an interception of private communications.

These questions raise the substantial issue of the limits Parliament intended to impose upon the interception of private communications by the police in aid of criminal law enforcement. Equally important, this reference compels the Court to inquire into societal interests in conversational privacy protected by the *Criminal Code* as well as the breadth of every citizen's common law right to the exclusive and unimpaired enjoyment of property.

I Background

In 1982, an application for an authorization to intercept private communications was made before Mr. Justice D.C. MacDonald of the Alberta Court of Queen's Bench pursuant to s. 178.12(1) of the *Criminal Code*.

Justice MacDonald gave the authorization after he was satisfied that the requirements for the grant of an authorization established by s.

R. B. White et *E. A. Johnson*, présentant le point de vue contraire.

Julius Isaac, c.r., et *Shelagh Creagh*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David Watt, c.r, et *Michael Anne MacDonald*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Claude Provost, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Stuart Whitley, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Version française des motifs des juges Dickson et Chouinard rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Les questions que soulève ce renvoi consistent à déterminer (1) s'il découle nécessairement de la partie IV.1 du *Code criminel* que le Parlement a voulu habiliter les policiers qui agissent en vertu d'une autorisation d'intercepter des communications privées à entrer dans des lieux privés pour y mettre en place des appareils d'écoute et (2) si, en conséquence, un juge peut expressément permettre l'entrée à cette fin lorsqu'il accorde une telle autorisation.

Ces questions soulèvent le point important des restrictions que le Parlement a voulu imposer à l'interception de communications privées par la police dans le cadre de l'application des lois en matière criminelle. Point tout aussi important, ce renvoi oblige la Cour à s'interroger sur l'intérêt qu'a la société à ce que le caractère privé des conversations soit protégé par le *Code criminel* ainsi que sur la portée du droit à la jouissance exclusive et totale de la propriété, que la *common law* reconnaît à chaque citoyen.

I Historique

En 1982, une demande d'autorisation d'intercepter des communications privées a été présentée au juge D.C. MacDonald de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, conformément au par. 178.12(1) du *Code criminel*.

Étant persuadé que les exigences que pose le par. 178.13(1) du *Code criminel* avaient été remplies, le juge MacDonald a accordé l'autorisation.

178.13(1) of the *Criminal Code* were fulfilled. At the same time, an order authorizing the entry upon private premises for the purpose of installing and removing a microphone or microphones was also sought. MacDonald J. refused to include such power in the authorization and he gave written reasons at a later date in support of his refusal. See *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications* (1982), 31 C.R. (3d) 31 (Alta. Q.B.)

Thereafter, pursuant to s. 27(1) of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, the following questions were referred to the Alberta Court of Appeal by order of the Lieutenant Governor in Council (O.C. 84/83), dated February 2, 1983:

Does an authorization given by a judge under Part IV.1 of the Criminal Code (Canada), by necessary implication, authorize any person acting under the authorization to enter any place at which private communications are proposed to be intercepted under the authorization for the purpose of installing, monitoring, repairing or removing any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device?

Does a judge have jurisdiction, in giving an authorization under Part IV.1 of the Criminal Code (Canada), to expressly authorize any person acting under the authorization to enter any place at which private communications are proposed to be intercepted under the authorization for the purpose of installing, monitoring, repairing or removing any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device?

For the purpose of hearing and considering the above questions, words and expressions defined in Part IV.1 of the Criminal Code (Canada) have the meanings given to them in that Part.

The Court of Appeal (McGillivray C.J. and Laycraft, Harradence, Belzil and Stevenson JJ.A.) answered both questions in the negative: *Reference re an Application for an Authorization* (1983), 5 D.L.R. (4th) 601. The five member panel was unanimous in its negative response to the first question. The majority of the Court also answered the second question in the negative. Chief Justice McGillivray and Justice Harradence each rendered separate dissenting reasons for answering the second question in the affirmative.

On cherchait en même temps à obtenir une ordonnance autorisant l'entrée dans des lieux privés pour la mise en place et l'enlèvement d'un seul ou de plusieurs microphones. Le juge MacDonald a refusé d'inclure ce pouvoir dans l'autorisation et a déposé par la suite des motifs écrits à l'appui de son refus. (Voir *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications* (1982), 31 C.R. (3d) 31 (B.R. Alb.)

Subséquemment, conformément au par. 27(1) de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, les questions suivantes ont été soumises à la Cour d'appel de l'Alberta par décret n° 84/83 du lieutenant-gouverneur en conseil, en date du 2 février 1983:

[TRADUCTION] Découle-t-il nécessairement d'une autorisation accordée par un juge en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel* qu'une personne qui agit en vertu de cette autorisation est habilitée à entrer dans des lieux où l'on se propose d'intercepter des communications privées, afin d'y procéder à la mise en place, à la vérification, à la réparation ou à l'enlèvement d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre?

Le juge qui accorde une autorisation en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel* a-t-il compétence pour habiliter expressément une personne qui agit en vertu de l'autorisation à entrer dans des lieux où l'on se propose d'intercepter des communications privées, afin d'y procéder à la mise en place, à la vérification, à la réparation ou à l'enlèvement d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre?

Aux fins de l'examen de ces questions, les termes et les expressions définis à la partie IV.1 du *Code criminel* (Canada) ont le sens qui leur y est donné.

La Cour d'appel (le juge en chef McGillivray et les juges Laycraft, Harradence, Belzil et Stevenson) a répondu aux deux questions par la négative: *Reference re an Application for an Authorization* (1983), 5 D.L.R. (4th) 601. La formation de cinq juges a été unanime pour répondre négativement à la première question, alors que la cour à la majorité a répondu par la négative à la seconde question. Le juge en chef McGillivray et le juge Harradence ont chacun rédigé des motifs de dissidence distincts exposant les raisons pour lesquelles ils étaient d'avis de répondre par l'affirmative à la seconde question.

The Attorney General of Alberta has now brought an appeal from this decision by virtue of s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended. He seeks an affirmative answer to both questions. The Attorney General of Canada, as well as the Attorneys General of Ontario and Manitoba and the Attorney General of Québec have all intervened in support of the position advanced by the Attorney General of Alberta. By order of Chief Justice McGillivray, Mr. R. B. White was appointed to act as counsel to represent the opposite view; he appeared in this Court as well.

II Part IV.1 of the *Criminal Code*

Prior to the amendment of the *Criminal Code* by the *Protection of Privacy Act*, 1973-74 (Can.), c. 50, the interception of private communications was not regulated by Parliament. Part IV.1 of the *Criminal Code* now contains a complete legislative statement of the legal limits to the invasion of privacy permitted in the conduct of an investigation.

A review of this legislation reveals that Parliament has struck a balance between the privacy interest of the individual and the competing interest of the public in law enforcement: *R. v. Commisso*, [1983] 2 S.C.R. 121, at pp. 124-25, *per* Lamer J. The interpretation this legislation should receive in light of this balance of competing interests has been aptly described by Zuber J.A. in *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), at p. 369:

> It is apparent that in enacting the *Protection of Privacy Act*, 1973-74 (Can.), c. 50, now Part IV.1 of the *Code*, Parliament had two objectives. The first was to protect private communications by prohibiting interception and to render inadmissible evidence obtained in violation of the statute. The second objective, which balances the first, was to recognize the need to allow the appropriate authorities, subject to specific controls, to intercept private communications in the investigation of serious crime, and to adduce the evidence thus obtained.
>
> This legislation must be viewed and interpreted with a full, fair and realistic appreciation of both these objec-

S'appuyant sur l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et ses modifications, le procureur général de l'Alberta se pourvoit maintenant contre l'arrêt de la Cour d'appel. Selon lui, les deux questions devraient recevoir une réponse affirmative. Le procureur général du Canada ainsi que les procureurs généraux de l'Ontario, du Manitoba et du Québec sont tous intervenus en faveur de la position du procureur général de l'Alberta. Par suite d'une ordonnance du juge en chef McGillivray, Me R.B. White a été nommé pour présenter le point de vue contraire; Me White a également comparu en cette Cour.

II La partie IV.1 du *Code criminel*

Avant que la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74 (Can.), chap. 50, ne vienne modifier le *Code criminel*, l'interception de communications privées ne faisait l'objet d'aucune réglementation fédérale. La partie IV.1 du *Code criminel* contient maintenant un exposé complet des limites légales des atteintes à la vie privée qui sont permises dans le cadre d'une enquête.

À l'examen de ces dispositions, on constate que le Parlement a établi un équilibre entre deux intérêts opposés, savoir le droit du particulier à la protection de sa vie privée et le droit du public à l'application de la loi: *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121, aux pp. 124 et 125, le juge Lamer. À la page 369 de l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), le juge Zuber décrit avec justesse l'interprétation que doivent recevoir les dispositions en question compte tenu de cet équilibre entre des intérêts opposés:

> [TRADUCTION] Il est évident qu'en adoptant la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74 (Can.), chap. 50, maintenant la partie IV.1 du *Code*, le Parlement visait deux objectifs. Le premier était de protéger les communications privées en en interdisant l'interception et en rendant inadmissible la preuve obtenue en violation de la loi. Le second objectif, qui fait contrepoids au premier, était de reconnaître la nécessité de permettre aux autorités appropriées, sous réserve de certaines restrictions précises, d'intercepter des communications privées au cours d'une enquête sur un crime grave et de produire la preuve ainsi obtenue.
>
> Il faut considérer et interpréter cette loi en fonction d'une appréciation complète, juste et réaliste de ces deux

tives. The right to private communication cannot be diluted simply because unlawful interceptions are made by honest men whose motives are simply to detect crime.

The main features of the regulatory scheme Parliament chose to accomplish these competing objectives are readily apparent. First, a group of indictable offences has been created prohibiting: (a) the interception of private communications by anyone by means of any form of listening device (s. 178.11(1)); (b) the purchase, sale or possession of a listening device (s. 178.18(1)); (c) the disclosure of any private communication intercepted by the use of any such device (s. 178.2). Additionally, a court may order punitive damages up to $5,000 be paid to any person aggrieved by the unauthorized interception of private communication or the improper disclosure of them. Secondly, Parliament has created, as exceptions to these prohibitions, procedures subject to judicial control for the lawful interception of private communications in limited circumstances (ss. 178.11(2), 178.12, 178.13). Finally, Parliament has established rules regarding the admissibility of evidence obtained by the interception of private communications (s. 178.16).

The provisions of Part IV.1 of particular relevance to this appeal are as follows:

178.1 In this Part,

"authorization" means an authorization to intercept a private communication given under section 178.13 or subsection 178.15(2);

"electromagnetic, acoustic, mechanical or other device" means any device or apparatus that is used or is capable of being used to intercept a private communication, but does not include a hearing aid used to correct subnormal hearing of the user to not better than normal hearing;

. . .

"private communication" means any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it;

. . .

objectifs. Le droit aux communications privées ne saurait être atténué simplement parce que des interceptions illégales sont effectuées par des hommes honnêtes qui cherchent uniquement à découvrir le crime.

On peut facilement dégager les principales caractéristiques du système de réglementation adopté par le Parlement pour atteindre ces objectifs opposés. Tout d'abord, il y a un groupe de dispositions interdisant: a) l'interception de communications privées au moyen d'un appareil d'écoute quel qu'il soit (par. 178.11(1)), b) l'achat, la vente ou la possession d'un appareil d'écoute (par. 178.18(1)) et c) la divulgation d'une communication privée interceptée au moyen d'un tel appareil (art. 178.2). De plus, un tribunal peut ordonner le paiement de dommages-intérêts punitifs jusqu'à concurrence de 5 000 $ à toute personne lésée par l'interception non autorisée ou la divulgation irrégulière de communications privées. Ensuite, le Parlement a prévu à titre d'exceptions aux interdictions susmentionnées des procédures, soumises au contrôle judidiciaire, pour l'interception légale de communications privées dans des circonstances déterminées (par. 178.11(2), art. 178.12 et 178.13). Finalement, le Parlement a établi des règles concernant l'admissibilité de la preuve obtenue par l'interception de communications privées (art. 178.16).

Voici les dispositions de la partie IV.1 qui nous intéressent particulièrement en l'espèce:

178.1 Dans la présente Partie,

«autorisation» signifie une autorisation d'intercepter une communication privée donnée en vertu de l'article 178.13 ou du paragraphe 178.15(2);

. . .

«communication privée» désigne toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine;

«dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» désigne tout dispositif ou appareil utilisé ou pouvant être utilisé pour intercepter une communication privée, mais ne comprend pas un appareil de correction auditive utilisé pour améliorer, sans dépasser la normale, l'audition de l'utilisateur lorsqu'elle est inférieure à la normale;

. . .

178.11 (1) Every one who, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(*a*) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(*b*) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

. . .

178.12 (1) An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by

(*a*) the Solicitor General of Canada personally, if the offence under investigation is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, or

(*b*) the Attorney General of a province personally, in respect of any other offence in that province,

and shall be accompanied by an affidavit which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

(*c*) the facts relied upon to justify the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence;

(*d*) the type of private communication proposed to be intercepted;

(*e*) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, a general description of the nature and location of the place, if known, at which private

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

. . .

178.12 (1) Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge défini à l'article 482, et être signée par le procureur général de la province où la demande est présentée ou par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins du présent article par

a) le solliciteur général du Canada lui-même, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant, être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom, ou

b) le procureur général d'une province lui-même, pour toute autre infraction se situant dans cette province,

et il doit y être joint une déclaration assermentée d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être faite sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit:

c) les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu'à son avis il y a lieu d'accorder une autorisation, ainsi que les détails relatifs à l'infraction;

d) le genre de communication privée que l'on se propose d'intercepter;

e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et une description générale de la

communications are proposed to be intercepted and a general description of the manner of interception proposed to be used;

. . .

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

(*a*) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

(*b*) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

. . .

(2) An authorization shall

(*a*) state the offence in respect of which private communications may be intercepted;

(*b*) state the type of private communication that may be intercepted;

(*c*) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

(*d*) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; . . .

. . .

nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

. . .

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et

b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

. . .

(2) Une autorisation doit

a) indiquer l'infraction relativement à laquelle des communications privées pourront être interceptées;

b) indiquer le genre de communication privée qui pourra être interceptée;

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public; . . .

. . .

III The Issues

The first issue the reference poses is whether Parliament intended, by necessary implication, that an authorization given by a judge should accord the person acting under the authorization power to enter any place to install, monitor, repair or remove a listening device. The second question asks whether a judge may, in granting the authorization, expressly empower the police to make such entry.

Chief Justice McGillivray initially requested that all counsel address whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had any impact on these two questions. The Alberta Court of Appeal did not deal with this point and it was not canvassed in argument before this Court. Conse-

III Les questions en litige

La première question que soulève le renvoi est de savoir si le Parlement a voulu, sans l'exprimer formellement, qu'une autorisation accordée par un juge permette l'entrée dans des lieux afin d'y procéder à la mise en place, à la vérification, à la réparation ou à l'enlèvement d'un appareil d'écoute. Dans la seconde question, on se demande si le juge qui accorde l'autorisation peut expressément conférer à la police le pouvoir d'entrer à ces fins.

Au départ, le juge en chef McGillivray a demandé que tous les avocats présentent des arguments sur l'incidence que peut avoir la *Charte canadienne des droits et libertés* sur ces deux questions. La Cour d'appel de l'Alberta n'a pas examiné ce point et il a été passé sous silence au

quently, in this reference, I intend to consider only the questions of statutory interpretation raised.

IV The Existence of Implied Authority

(A) The Nature of the Issue

It is the submission of the Attorney General and his supporting interveners (hereinafter "the appellants") that the power to enter to install a listening device is accorded by necessary implication to any person acting under an authorization granted pursuant to Part IV.1 of the *Criminal Code*. Nothing in Part IV.1 expressly provides that when an authorization to intercept private communications is made, the power to enter in aid of the interception is included. The Attorney General of Alberta has been compelled to ask, therefore, whether the statute produces that result by implication and to argue accordingly.

The neutral language used by the Lieutenant Governor in Council belies the real significance of the first question and the far-reaching consequences of an affirmative answer to it. Put plainly, the argument is that Parliament intended, although it did not expressly so specify, to sanction otherwise unlawful conduct on the part of the police by permitting them to trespass to intercept private communications.

The police are entitled to take any lawful action in aid of law enforcement. Thus the power of the police to enter to install a listening device when to do so would involve no violation of the law cannot be disputed, so long as this does not conflict with any of the terms imposed in the authorization. There is no need for Parliament to approve either expressly or by implication an otherwise lawful entry undertaken by the police and I do not understand the first question to place this in issue. It is rather the issue of whether Parliament has authorized an illegal entry that lies at the heart of the question.

The appellants' claim that police officers are permitted to enter private premises to install listening devices is broad and indiscriminate. It is worthwhile to examine briefly the consequences of

cours des débats en cette Cour. Par conséquent, dans le présent renvoi, je compte m'en tenir aux seules questions d'interprétation législative qu'on a soulevées.

IV L'existence d'un pouvoir implicite

A) La nature du point en litige

Selon le procureur général et les intervenants qui l'appuient (ci-après «les appelants»), quiconque agit en vertu d'une autorisation accordée conformément à la partie IV.1 du *Code criminel* est, par déduction nécessaire, habilité à entrer dans des lieux afin d'y mettre en place un appareil d'écoute. La partie IV.1 ne prévoit pas expressément qu'une autorisation d'intercepter des communications privées emporte le pouvoir d'entrer pour réaliser l'interception. Par conséquent, le procureur général de l'Alberta a dû demander si ce pouvoir découle implicitement de la loi et présenter des arguments en ce sens.

Les termes neutres employés par le lieutenant-gouverneur en conseil traduisent mal l'importance réelle de la première question et toute l'ampleur des conséquences d'une réponse affirmative. On fait valoir simplement que le Parlement a voulu, sans le dire explicitement, sanctionner une conduite par ailleurs illégale de la part des policiers en les autorisant à commettre une intrusion afin d'intercepter des communications privées.

La police peut prendre toute mesure légale qui s'impose pour appliquer la loi. Ainsi, le pouvoir qu'a la police d'entrer dans des lieux pour y mettre en place un appareil d'écoute lorsque cela ne comporte aucune violation de la loi ne saurait être contesté dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec l'une des conditions de l'autorisation. Il n'est pas nécessaire que le Parlement approuve, soit expressément soit implicitement, une entrée par ailleurs légale par la police et, à ce que j'ai pu comprendre, la première question ne soulève pas ce point. La question fondamentale est plutôt de savoir si le Parlement a autorisé l'entrée illégale.

L'argument des appelants portant que les policiers ont le droit d'entrer dans des lieux privés pour y mettre en place des appareils d'écoute est de portée large et générale. Il convient d'examiner

accepting that such a sweeping right exists. The power so granted would go much further than authorizing surreptitious entry and would allow the police to act openly and utilize whatever means to achieve entry they found most expedient. Thus, access could be obtained by forcing doors or windows or through trickery or coercion. Further, if police acting under Part IV.1 are implicitly authorized to make entry, s. 25 of the *Code* would permit them to effect such entry by overcoming force a property owner is normally entitled to assert, to prevent anyone, including the police, from entering the premises without permission. If the right exists, it must exist in respect of premises of persons who, at the time the entry is made, are innocent of any offence as well as those who have more than passing acquaintance with the criminal process.

(B) The Common Law of Trespass and Statutory Interpretation

Prima facie, every invasion of property, be it ever so minute and negligible, is a trespass and therefore unlawful. Such trespass may not amount to crime since "breaking the close" *simpliciter* is not a criminal offence. Nonetheless, entry into the premises of another without either consent or specific legal authorization has always been tortious and unlawful. It is an interference with the common law right to peaceful enjoyment of one's property that has been recognized at least since *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a; 77 E.R. 194 (K.B.), where it was said at p. 195: "That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well as for his defence against injury and violence, as for his repose . . . . "

As well, it is the gist of the following oft-quoted passage from the great case *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275; 95 E.R. 807, at p. 817:

. . . our law holds the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbour's close without his leave; if he does he is a trespasser, though he

brièvement les conséquences qui en découleraient si on reconnaissait l'existence d'un droit aussi général. Le pouvoir ainsi accordé irait beaucoup plus loin que la simple autorisation d'entrée clandestine et permettrait à la police d'agir ouvertement et de recourir à n'importe quel moyen qu'elle juge le plus expédient pour effectuer l'entrée. Il serait donc possible d'avoir accès à des lieux en forçant des portes ou des fenêtres ou en recourant à la ruse ou à la coercition. De plus, si les policiers qui agissent en vertu de la partie IV.1 étaient autorisés implicitement à entrer dans des lieux, l'art. 25 du *Code* leur permettrait alors de le faire en repoussant la force qu'un propriétaire foncier peut normalement utiliser pour empêcher quiconque, y compris la police, d'entrer chez lui sans sa permission. Si ce droit existe, il doit exister à l'égard des locaux des personnes qui, au moment de l'entrée, n'ont pas commis d'infraction aussi bien qu'à l'égard des locaux des personnes qui ont déjà eu des démêlés avec la justice.

B) La *common law* en matière d'intrusion et l'interprétation législative

À première vue, toute entrée sans permission, si infime soit-elle, dans une propriété privée, constitue une intrusion et est par conséquent illégale. Cette intrusion peut ne pas constituer un acte criminel puisque le «bris de clôture» n'est pas en soi un acte criminel. Néanmoins, l'entrée dans les locaux d'une autre personne sans son consentement ou sans autorisation légale expresse a toujours été délictueuse et illégale. C'est une atteinte au droit de *common law* à la jouissance paisible de sa propriété, lequel est reconnu au moins depuis l'affaire *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194 (K.B.), où l'on a affirmé à la p. 195 [TRADUCTION] «Que la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos . . . »

C'est également là l'essence de l'extrait souvent cité du célèbre arrêt *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, à la p. 817:

[TRADUCTION] . . . notre droit considère que la propriété de chacun est à ce point inviolable que nul ne peut mettre le pied sur la clôture de son voisin sans sa

does no damage at all; if he will tread upon his neighbour's ground, he must justify it by law.

The inviolability of a person's property has from earliest times been vigorously asserted and resolutely defended by the courts. Unless lawfully authorized, a police officer has no more right than an ordinary citizen to interfere with a person's property.

The long standing protection the law has accorded rights of property was reaffirmed recently by this Court in *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2. The issue in *Colet* was whether a statutory power to seize firearms carried with it, by necessary implication, a power to enter and search. Ritchie J., writing for the unanimous Court, concluded it did not. In his opinion, the police were not entitled to invade the private rights of individuals unless they were expressly authorized to do so.

In rejecting the argument of the Crown that a right of entry and a power of search should be implied, Ritchie J. had this to say, at pp. 8 and 9:

> In the final analysis this appeal raises the all important question of whether the property rights of the individual can be invaded otherwise than with specific statutory authority. It is true that the appellant's place of residence was nothing more than a shack or shelter which no doubt was considered inappropriate by the city of Prince Rupert, but what is involved here is the longstanding right of a citizen of this country to the control and enjoyment of his own property, including the right to determine who shall and who shall not be permitted to invade it. The common law principle has been firmly engrafted in our law since *Semayne's* case . . . .
>
> . . .
>
> . . . it would in my view be dangerous indeed to hold that the private rights of the individual to the exclusive enjoyment of his own property are to be subject to invasion by police officers whenever they can be said to be acting in the furtherance of the enforcement of any section of the *Criminal Code* although they are not armed with express authority to justify their action.

permission; s'il le fait, il devient un intrus même s'il ne cause aucun dommage; s'il pose les pieds sur le terrain de son voisin, il doit en répondre devant la loi.

Les cours ont toujours affirmé vigoureusement et défendu résolument l'inviolabilité de la propriété privée. À moins d'être légalement autorisé à le faire, un policier n'a pas plus le droit qu'un simple citoyen d'y porter atteinte.

Dans l'arrêt récent *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, cette Cour a confirmé de nouveau la protection des droits de propriété que la loi accorde depuis longtemps. La question en litige dans l'affaire *Colet* était de savoir si le pouvoir légal de saisir des armes à feu comprend nécessairement le pouvoir d'entrer dans des lieux et d'y procéder à une perquisition. Cette Cour, par l'intermédiaire du juge Ritchie, a conclu à l'unanimité que ce n'est pas le cas. Selon le juge Ritchie, la police ne peut, à moins d'une autorisation expresse en ce sens, porter atteinte aux droits privés d'une personne.

En rejetant l'argument de la poursuite portant que le droit d'entrer et le pouvoir de perquisitionner sont implicites, le juge Ritchie a affirmé, aux pp. 8 et 9:

> En dernier analyse, ce pourvoi soulève la question très importante de savoir si l'on peut porter atteinte aux droits de propriété d'une personne autrement qu'en vertu d'un pouvoir spécifique prévu par la loi. Il est vrai que la résidence de l'appelant n'était rien de plus qu'une cabane ou un abri que la ville de Prince Rupert estimait sans doute insalubre, mais ce qu'on soulève ici, c'est le droit depuis longtemps reconnu d'un citoyen de ce pays d'être maître de sa propre maison et d'en jouir, y compris le droit de décider qui pourra et qui ne pourra pas y entrer. Le principe de *common law* est fermement implanté dans notre droit depuis l'arrêt *Semayne* . . .
>
> . . .
>
> . . . à mon avis, il serait dangereux de conclure que les droits privés d'une personne à la jouissance exclusive de sa propriété doivent être assujettis au droit des policiers d'y entrer de force chaque fois qu'ils prétendent agir en vue d'appliquer un article du *Code criminel*, même s'ils ne sont pas munis d'une autorisation expresse qui justifie leurs actes.

The decision in *Colet* is a particular application of a larger canon of statutory interpretation. This canon embodies the presumption in favour of vested rights (see Duff C.J. in *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 638) as well as the presumption that express language must be found to demonstrate that a legislative body intended to authorize an act otherwise unlawful at common law. On the necessity of express language see also: S.G.G. Edgar, *Craies on Statute Law* (7th ed. 1971), pp. 121-22; E.A. Driedger, *The Composition of Legislation* (1957), p. 127; P. St.J. Langan, *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), p. 116.

The requirement for express language was recently invoked by the House of Lords in *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753. This case raised a question analogous to the one at hand. It involved the power of a constable to require a person to undergo a breath test and the constable's purported right to enter and remain on the person's property to enforce that requirement. The submission was made there, as it is made here, that because there was no express provision prohibiting such entry the right should be inferred. Lord Diplock disposed of this argument in these words, at p. 757:

> But, with respect, the boot is on the other leg; if Parliament intends to authorise the doing of an act which would constitute a tort actionable at the suit of the person to whom the act is done, this requires express provision in the statute . . . .
>
> The presumption is that in the absence of express provision to the contrary Parliament did not intend to authorise tortious conduct . . . .

See also the opinions of Lord Edmund-Davies, at p. 759, and Lord Scarman, at p. 763.

To the same effect is the statement of Lord Keith in *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267 (H.L.), at p. 271, in reference to a purported power to enter, " . . . Parliament cannot be taken to have authorised any further inroads on the rights of individual citizens than it specifically enacted".

L'arrêt *Colet* constitue une application particulière d'un principe plus général en matière d'interprétation législative. Ce principe englobe la présomption en faveur des droits acquis (voir les motifs du juge en chef Duff dans l'arrêt *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, à la p. 638), ainsi que la présomption que la présence de termes exprès est requise pour démontrer qu'un corps législatif a voulu autoriser un acte par ailleurs illégal en *common law*. Quant à la nécessité de termes exprès, voir aussi: S.G.G. Edgar, *Craies on Statute Law* (7e éd. 1971), pp. 121 et 122, E.A. Driedger, *The Composition of Legislation* (1957), p. 127, et P.St.J. Langan, *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12e éd. 1969), p. 116 .

L'exigence de termes exprès a été invoquée récemment par la Chambre des lords dans l'arrêt *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753. La question en litige était semblable à celle dont nous sommes saisis en l'espèce. L'affaire portait sur le pouvoir d'un agent de la paix d'obliger une personne à subir une analyse d'haleine et sur le droit qu'il aurait d'entrer dans la propriété de cette personne et d'y rester pour l'obliger à se conformer à cette obligation. On a fait valoir alors, tout comme en l'espèce, que, parce qu'il n'y a pas de disposition expresse qui interdit cette entrée, il faut déduire que ce droit existe. Lord Diplock répond ainsi à cet argument, à la p. 757:

> [TRADUCTION] Mais avec égards, c'est tout juste le contraire; si le Parlement veut autoriser l'accomplissement d'un acte qui constituerait un délit qui donne un droit d'action à la victime de l'acte, la loi doit le prévoir expressément . . .
>
> Il faut présumer qu'en l'absence d'une disposition contraire expresse, le Parlement n'a pas voulu autoriser une conduite délictueuse . . .

Voir aussi les opinions de lord Edmund-Davies, à la p. 759, et de lord Scarman, à la p. 763.

Lord Keith a fait une déclaration dans le même sens dans l'arrêt *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267 (H.L.), à la p. 271, concernant un prétendu pouvoir d'entrer: [TRADUCTION] « . . . on ne peut dire que le Parlement a autorisé à l'égard des droits des particuliers des empiétements autres que ceux qui sont prévus spécifiquement par la loi».

To overcome this Court's decision in *Colet* and the broad principle of statutory interpretation it reflects, the appellants advanced several arguments. I propose now to examine each of these in turn.

(C) The Appellants' Arguments

(1) Right of Entry Essential to Give Effect to Parliament's Intent

The appellants submit that the authority to intercept oral communications, as distinct from telecommunications, is unworkable without the right to enter to install listening devices. Such a power should therefore be implied.

There has been no material presented to this Court to support the suggestion that oral communications cannot be effectively intercepted without the power to trespass to install listening devices. Justice MacDonald in *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, *supra*, at p. 46, refused to "accept as a fact that without trespassory entry almost all electronic bugging would be impossible.... " Mr. Justice Stevenson in the Court of Appeal labelled this assertion, correctly in my respectful opinion, "an appeal to convenience" (at p. 633).

I also find the argument singularly unpersuasive. Parliament intended oral communications, as well as telecommunications, should be the proper subject of interception. That much is made clear by the disjunctive definition of "private communications" in s. 178.1; in this regard, see *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976.

I am not convinced, however, that the interception of oral communications contemplated by Part IV.1 cannot be accomplished without a trespass. It may well be that, absent covert entry, electronic bugging would be much more difficult, but it is not correct to say that oral communications cannot be intercepted without a power of entry. See *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), at pp. 467-68, *per* Brennan J. dissenting.

Les appelants opposent plusieurs arguments à l'arrêt *Colet* de cette Cour et au principe général d'interprétation législative qu'il dégage. Je me propose maintenant d'examiner tour à tour chacun de ces arguments.

C) Les arguments des appelants

1) Le droit d'entrer est essentiel pour donner suite à l'intention du Parlement

Les appelants prétendent que le pouvoir d'intercepter des communications orales, par opposition à des télécommunications, est illusoire tant qu'il n'est pas assorti du droit d'entrer pour mettre en place des appareils d'écoute. Il faut donc conclure que ce pouvoir est accordé implicitement.

On n'a présenté à cette Cour aucun document étayant l'idée qu'il est impossible d'intercepter efficacement des communications orales si on n'a pas le pouvoir de commettre une intrusion dans des lieux pour y mettre en place des appareils d'écoute. Le juge MacDonald, dans la décision *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, précitée, à la p. 46, a refusé de [TRADUCTION] «tenir pour acquis que, sans entrée illégale, l'écoute électronique serait presque complètement impossible ...» Avec égards, j'estime que le juge Stevenson de la Cour d'appel a eu raison de qualifier cette affirmation [TRADUCTION] «[d]'appel à la commodité» (à la p. 633).

J'estime également que cet argument est très peu convaincant. Le Parlement a voulu permettre l'interception aussi bien de communications orales que de télécommunications. Cela ressort clairement de l'emploi d'une conjonction disjonctive dans la définition de «communication privée» qui figure à l'art. 178.1; à ce propos, voir l'arrêt *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976.

Toutefois, je ne suis pas convaincu que l'interception de communications orales envisagée par la partie IV.1 ne peut s'effectuer sans intrusion. Il est fort possible que, sans l'entrée clandestine, l'écoute électronique soit beaucoup plus difficile à réaliser, mais il n'est pas exact de dire que les communications orales ne peuvent être interceptées sans le pouvoir d'entrer dans les lieux. Voir l'affaire *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), aux pp. 467 et 468, le juge Brennan, dissident.

If the police obtain the cooperation of a person who does have a legal right of access to a place, there is no need to commit a trespass to install a listening device. Unlawful entry can also be avoided when oral communications are intercepted with the aid of a person fitted with a body pack who enters a place with consent or by the use of a long range parabolic microphone. It seems to me that there are many occasions when oral communications can be effectively intercepted without a power of entry.

The strongest indication that Parliament considered a power of entry was not essential to give effect to an authorization to intercept oral communications is the omission of this power from the extremely detailed provisions of Part IV.1. The fact that they could perhaps be intercepted more frequently and more conveniently if there were such a power constitutes, in my view, scant justification for inferring such a power.

(2) Legislative Background

The appellants invited the Court to look at the material which led up to the introduction of the *Protection of Privacy Act* in order to determine the intention and objectives present to the minds of the legislators. Particular reference was made to the report of the Canadian Committee on Correction (the Ouimet Committee - 1969) as well as the minutes of the Standing Committee of the House of Commons on Justice and Legal Affairs. In their view, these materials made clear that Parliament was well aware of the fact that surreptitious entry into private premises for the purpose of concealing electronic listening devices was an integral part of electronic surveillance.

Several recent judgments of this Court discuss the admissibility of extrinsic materials where issues of statutory interpretation are raised: *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at pp. 721-24; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Re: Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297. It is clear from these cases that extrin-

Si la police obtient la collaboration d'une personne qui a légalement accès à des lieux, il n'est pas nécessaire de commettre une intrusion pour mettre en place un appareil d'écoute. L'entrée illégale peut aussi être évitée lorsque des communications orales sont interceptées avec l'aide d'une personne munie d'un micro-émetteur qui a la permission d'entrer dans les lieux ou au moyen d'un microphone parabolique à longue portée. Il me semble donc qu'il y a plusieurs manières d'intercepter efficacement les communications orales sans qu'on ait le pouvoir d'entrer dans des lieux.

Le mutisme des dispositions, pourtant extrêmement détaillées, de la partie IV.1 sur l'existence d'un pouvoir d'entrer témoigne on ne peut plus clairement de ce que le Parlement a jugé ce pouvoir non indispensable pour donner suite à une autorisation d'intercepter des communications orales. Le fait que ces communications pourraient peut-être être interceptées plus souvent et plus facilement si un tel pouvoir existait est insuffisant, à mon avis, pour conclure que ce pouvoir existe.

2) Historique législatif

Les appelants ont invité la Cour à chercher l'intention et les objets du législateur dans les documents qui ont préparé la voie à l'introduction de la *Loi sur la protection de la vie privée*. On a mentionné en particulier le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (le comité Ouimet - 1969) ainsi que le procès-verbal du Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes. Selon les appelants, ces documents démontrent clairement que le Parlement était parfaitement conscient que l'entrée clandestine dans des lieux privés afin d'y dissimuler des appareils d'écoute électronique fait partie intégrante de la surveillance électronique.

Plusieurs arrêts récents de cette Cour traitent de l'admissibilité de documents extrinsèques lorsque des questions d'interprétation législative sont soulevées: *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, aux pp. 721 à 724; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Re: Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297. Ces

sic evidence is not receivable as an aid to the construction of a statute. This is of course true whether or not the case raises a constitutional issue. No direct assistance can be derived, therefore, from the materials relied upon by the appellant in deciding whether Parliament intended by necessary implication to authorize entry.

In any event, I find the committees' reports inconclusive. Nowhere can I find any substantial support for the view that the proponents of the legislation intended implicitly to endorse trespass in aid of authorized interceptions.

I conclude therefore that the legislative background cannot be used as an aid to the construction of Part IV.1 and that, in any event, it does not support the appellants' position.

(3) *Dalia v. United States*

Considerable reliance was placed upon *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), by the parties. *Dalia* involved constitutional issues as well as questions of statutory interpretation; I shall refer only to the latter which closely parallel the questions in the present appeal.

Part IV.1 of the *Criminal Code* resembles *Title III* of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, 18 U.S.C. paras. 2510-2520. Like Part IV.1, Title III does not expressly authorize covert entry to effect authorized interceptions. The majority of the Supreme Court of the United States, *per* Powell J. (Burger C.J., White, Blackmun and Rehnquist JJ. concurring), held that a power of entry was implicitly included. Justices Stevens, Brennan and Marshall dissented, finding a covert entry to install a bug to be unlawful under the statute. Justice Stewart, the ninth member of the Court, disposed of the matter on constitutional grounds and therefore did not reach the question of statutory construction.

arrêts établissent nettement qu'un élément de preuve extrinsèque n'est pas recevable pour faciliter l'interprétation d'une loi. Il va sans dire que cela est vrai peu importe que l'affaire soulève ou non une question constitutionnelle. Par conséquent, aucune aide directe ne peut être puisée dans les documents invoqués par les appelants pour déterminer si le Parlement a nécessairement voulu autoriser l'entrée dans des lieux.

En tout état de cause, j'estime que les rapports des comités ne sont pas concluants. Je n'y vois rien qui appuie vraiment le point de vue selon lequel les promoteurs de la législation ont voulu implicitement approuver l'intrusion comme moyen de réaliser des interceptions autorisées.

Je conclus donc qu'on ne saurait se servir de l'historique législatif pour interpréter la partie IV.1 et que, de toute façon, il n'étaye nullement la position des appelants.

3) *Dalia v. United States*

Les parties se sont appuyées fortement sur l'arrêt *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979). L'arrêt *Dalia* porte sur des questions constitutionnelles et sur des questions d'interprétation législative; je vais me limiter à ces dernières qui se rapprochent étroitement des questions soulevées en l'espèce.

La partie IV.1 du *Code criminel* ressemble au titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, 18 U.S.C. par. 2510 à 2520. Comme la partie IV.1, le titre III n'autorise pas de façon explicite l'entrée clandestine dans des lieux pour procéder à des interceptions autorisées. Au nom de la Cour suprême des États-Unis à la majorité, le juge Powell (aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Burger et les juges White, Blackmun et Rehnquist) a conclu que le pouvoir d'entrer était implicite. Les juges Stevens, Brennan et Marshall, dissidents, ont conclu qu'il était illégal en vertu de la loi en question d'entrer clandestinement dans des lieux pour mettre en place un micro. Le juge Stewart, le neuvième membre de la Cour, a tranché la question par des motifs constitutionnels et n'a donc pas touché la question de l'interprétation législative.

Justice Powell, for the majority, gave three reasons for his holding. His first argument was that Congress had enacted a detailed scheme to authorize interception of private communications, and there was nothing to suggest that authority was limited to cases in which covert entry would not be required. The same could be said about Part IV.1 of the *Criminal Code*. I agree, however, with the dissenting opinion of Justice Stevens that this argument actually works the other way. Where a legislative scheme speaks in considerable detail about most aspects of an issue, but is silent on one aspect, that silence is particularly telling. To imply permission from silence, in the words of Stevens J. at p. 263, "converts silence into thunder". Parliament's silence cannot be taken to sanction what amounts to breaking and entering. The careful attempt in Part IV.1 of the *Code* to circumscribe invasions of privacy cannot be seen as an indication of a parliamentary intent to legalize break-ins.

Le juge Powell, au nom de la majorité, a appuyé sa conclusion sur trois motifs. Le premier porte que le Congrès a adopté un ensemble législatif détaillé pour autoriser l'interception des communications privées et rien ne permet de croire que le pouvoir accordé se limite aux cas où il n'est pas nécessaire d'entrer clandestinement dans des lieux. On pourrait dire la même chose au sujet de la partie IV.1 du *Code criminel*. Je suis cependant d'accord avec l'opinion dissidente du juge Stevens que, en réalité, cet argument s'applique en sens inverse. Lorsqu'un ensemble législatif traite en détail de la plupart des aspects d'une question mais reste silencieux sur un aspect précis, ce silence est particulièrement éloquent. Pour reprendre les mots du juge Stevens à la p. 263, déduire du silence la permission, c'est [TRADUCTION] «changer le silence en tonnerre». On ne peut pas interpréter le silence du Parlement comme une approbation de ce qui équivaut à une introduction par effraction. La tentative prudente dans la partie IV.1 du *Code* de limiter les atteintes à la vie privée ne traduit pas une intention du Parlement de légaliser l'introduction par effraction.

Justice Powell's second argument was that the legislative history of Title III confirmed that Congress meant to authorize covert entries. The dissenting judges drew exactly the opposite conclusion. I have already indicated why I do not consider the legislative context in which Part IV.1 was enacted useful to the resolution of this case.

Le deuxième motif du juge Powell porte que l'historique législatif du titre III confirme que le Congrès entendait autoriser l'entrée clandestine dans des lieux. Cependant, les juges dissidents ont conclu exactement le contraire. J'ai déjà indiqué pourquoi j'estime que le contexte législatif dans lequel la partie IV.1 a été adoptée ne nous est d'aucun secours en l'espèce.

Justice Powell argued finally that a limitation having the effect of prohibiting covert entry would thwart congressional intention because most bugging requires covert entries. The difficulty with this argument is that it assumes what it is trying to prove. If legislative intention is to enable interception of oral communications by whatever means, prohibition of covert entry indeed thwarts legislative intention. I am unwilling, however, to make the assumption this argument requires. I have already expressed my reasons for concluding that a right of entry is not necessary for the effective operation of Part IV.1.

Le juge Powell soutient enfin qu'une restriction ayant pour effet d'interdire l'entrée clandestine dans des lieux déjouerait l'intention du Congrès parce que cette entrée clandestine est nécessaire dans la plupart des cas d'écoute électronique. La difficulté de cet argument réside en ce qu'il suppose ce qu'il tente d'établir. Si l'intention du législateur est de permettre l'interception des communications orales par tous les moyens, l'interdiction d'entrer clandestinement dans des lieux déjoue effectivement cette intention. Toutefois, je ne suis pas disposé à faire la supposition qu'exige cet argument. J'ai déjà exposé mes raisons de conclure qu'un droit d'entrer dans des lieux n'est pas nécessaire à l'application efficace de la partie IV.1.

I agree with the point made in the dissenting opinion of Justice Brennan in *Dalia* that where private communications have been recorded subsequent to a trespass to install a listening device two invasions of privacy have taken place. The listening to the conversation breaches conversational privacy; the illegal entry breaches physical privacy. A breach of conversational privacy, by itself, is clearly approved of by Part IV.1, provided an authorization has been obtained; a breach of physical privacy is not. I am not prepared to infer that Parliament, by authorizing invasion of privacy in one form, has thereby authorized invasion of privacy in another form.

I would note that scholarly comment on *Dalia* has been less than panegyrical: Reddick and Westin, *Covert Police Break-Ins Create Conflict Among U.S. Circuit Courts*, 30 Mercer L. Rev. 707 (1979); Ruffley, *Case Comment: Dalia v. United States*, 57 J. Urb. L. 588 (1980); Latta, *No Requirement of Prior Judicial Approval for Covert Entry to Effect Electronic Surveillance—Dalia v. United States*, 29 De Paul L. Rev. 165 (1979); Oshinsky, *Judicial Interpretation of Title III—Should Privacy Interests Yield in the Wake of Congressional Silence on Entries to Install Bugs?*, 29 Cath. U.L. Rev. 697 (1980); *Breaking and Entering into Private Premises to Effect Electronic Surveillance: Dalia v. United States*, 39 Md. L. Rev. 754 (1980); Basik, *Case comment: Dalia v. United States*, 9 Balt. L. Rev. 308 (1980); Cobb, *Covert Entry, Electronic Surveillance, and the Fourth Amendment: Dalia v. United States*, 40 La. L. Rev. 951 (1980); McNulty, *Dalia v. United States: The Validity of Covert Entry*, 65 Iowa L. Rev. 931 (1980).

With the greatest respect, I would reject the reasoning of the majority in *Dalia*.

(4) Section 25 of the *Criminal Code*

The next submission made by the appellants is that entry to effect an authorization to intercept oral communications is allowed by s. 25(1) of the *Criminal Code*. Under this view of the matter, s.

Je suis d'accord avec l'opinion dissidente du juge Brennan dans l'arrêt *Dalia* que, lorsque des communications privées ont été enregistrées à la suite d'une intrusion commise pour mettre en place un appareil d'écoute, il y a eu double atteinte à la vie privée. L'écoute de la conversation en viole le caractère privé; l'entrée illégale dans les lieux est une atteinte à la vie privée. La violation du caractère privé d'une conversation est en soi clairement approuvée par la partie IV.1 à la condition d'obtenir une autorisation; l'atteinte à la vie privée ne l'est pas. Je ne suis pas disposé à conclure qu'en autorisant une certaine forme d'atteinte à la vie privée, le Parlement a par le fait même autorisé une autre forme d'atteinte à la vie privée.

Soulignons ici que les commentaires de la doctrine sur l'arrêt *Dalia* sont loin d'être élogieux: Reddick et Westin, *Covert Police Break-Ins Create Conflict Among U.S. Circuit Courts*, 30 Mercer L. Rev. 707 (1979); Ruffley, *Case Comment: Dalia v. United States*, 57 J. Urb. L. 588 (1980); Latta, *No Requirement of Prior Judicial Approval for Covert Entry to Effect Electronic Surveillance—Dalia v. United States*, 29 De Paul L. Rev. 165 (1979); Oshinsky, *Judicial Interpretation of Title III—Should Privacy Interests Yield in the Wake of Congressional Silence on Entries to Install Bugs?*, 29 Cath. U.L. Rev. 697 (1980); *Breaking and Entering into Private Premises to Effect Electronic Surveillance: Dalia v. United States*, 39 Md. L. Rev. 754 (1980); Basik, *Case comment: Dalia v. United States*, 9 Balt. L. Rev. 308 (1980); Cobb, *Covert Entry, Electronic Surveillance, and the Fourth Amendment: Dalia v. United States*, 40 La. L. Rev. 951 (1980); McNulty, *Dalia v. United States: The Validity of Covert Entry*, 65 Iowa L. Rev. 931 (1980).

Avec égards, je suis d'avis de rejeter le raisonnement adopté par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Dalia*.

4) L'article 25 du *Code criminel*

Les appelants allèguent ensuite que le par. 25(1) du *Code criminel* permet l'entrée dans des lieux pour donner suite à une autorisation d'intercepter des communications orales. Selon ce point de vue,

25(1) permits such entry because it is required to accomplish an authorized action of the police.

Subsection 25(1) provides:

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

(*a*) as a private person,

(*b*) as a peace officer or public officer,

(*c*) in aid of a peace officer or public officer, or

(*d*) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable and probable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

The Alberta Court of Appeal refused to give s. 25(1) the breadth urged by the appellants. Applying my reasoning in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, Justice Stevenson concluded at p. 632 that s. 25(1) " . . . affords a protection for required or authorized acts and the use of force in respect thereof but it begs the question here which is whether someone acting under an 'authorization' is required or authorized by law to trespass."

In *Eccles*, it was contended that s. 25(1) of the *Criminal Code* authorized trespass by the police in order to effect an arrest. I responded to this argument in the following terms, at p. 742:

Section 25 does not have such amplitude. The section merely affords justification to a person for doing what he is required or authorized by law to do in the administration or enforcement of the law, if he acts on reasonable and probable grounds, and for using necessary force for that purpose. The question which must be answered in this case, then, is whether the respondents were required or authorized by law to commit a trespass; and not, as their counsel contends, whether they were required or authorized to make an arrest. If they were authorized by law to commit a trespass, the authority for it must be found in the common law for there is nothing in the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

le par. 25(1) permet cette entrée parce qu'elle est nécessaire pour que les policiers puissent accomplir un acte autorisé.

Le paragraphe 25(1) est ainsi rédigé:

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi

a) à titre de particulier,

b) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public,

c) pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public, ou

d) en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

La Cour d'appel de l'Alberta a refusé de donner à ce paragraphe toute la portée préconisée par les appelants. Appliquant mon raisonnement dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, le juge Stevenson a conclu, à la p. 632, que le par. 25(1) [TRADUCTION] « . . . offre une protection à l'égard des actes obligatoires ou autorisés et à l'égard de l'utilisation de la force pour les accomplir, mais présume résolue la question qui, en l'espèce, est de savoir si la loi oblige ou habilite une personne qui agit en vertu d'une «autorisation» à commettre une intrusion.»

On prétendait dans l'affaire *Eccles* que le par. 25(1) du *Code criminel* autorisait la police à commettre une intrusion en vue de procéder à une arrestation. J'ai répondu ce qui suit à cet argument, à la p. 742:

L'article 25 n'a pas une telle ampleur. L'article ne fait que permettre à une personne de faire ce qu'elle est obligée ou autorisée par la loi à faire dans l'application ou l'exécution de la loi, si elle agit en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, et à employer la force nécessaire pour cette fin. La question à laquelle il faut apporter une réponse en l'espèce présente est donc de savoir si les intimés étaient obligés ou autorisés par la loi à commettre un *trespass*; et non, comme leur avocat le prétend, de savoir s'il leur était enjoint ou permis de faire une arrestation. S'ils étaient autorisés par la loi à commettre un *trespass*, la permission pour ce faire doit être trouvée dans la *Common Law* car il n'y a rien dans le *Code criminel*. [C'est moi qui souligne.]

I maintain this view. Subsection 25(1) does not augment the powers of the police beyond those otherwise given to them by the *Criminal Code* or at common law. Thus, it cannot accord a right of entry. Such a right must be found in Part IV.1 or at common law. Subsection 25(1) is of no assistance to the appellants.

(5) The Common Law Powers of the Police

It was argued that the common law recognizes certain powers inherent in the execution of a police officer's duty. These powers, it is urged, would permit the police to engage in acts necessary to the fulfillment of their duty even though they involve an otherwise unlawful interference with a person's liberty or property. Reliance was placed upon *Eccles v. Bourque*, *supra*, and *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), as well as *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631, and *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443.

If a general power of entry existed at common law, it would still be necessary to examine whether such a power could operate in the face of Parliament's failure to include it expressly in the statutory scheme created to regulate the interception of private communications.

I would emphasize that the police have never been entitled to exercise a general right of entry as part of the powers accorded them at common law. No authority cited to this Court expressly recognizes such a right. The tenor of the cases the appellants did raise in argument runs counter to the position advanced. Unless specifically authorized by law, a police officer has no right to enter upon the private property of another without consent.

The situations where entry has been authorized are exceptional and few in number. The common law always allowed a warrant to search for stolen goods to be granted by a magistrate: see *Chic Fashions (West Wales), Ltd. v. Jones*, [1968] 1 All E.R. 229 (C.A.) Another exception was recognized in *Eccles v. Bourque*, *supra*. In that case, the appellant had sued three members of the Vancou-

Je maintiens cette opinion. Le paragraphe 25(1) ne confère pas aux policiers des pouvoirs plus étendus que ceux dont ils sont par ailleurs investis par le *Code criminel* ou la *common law*. Il ne peut donc accorder un droit d'entrer dans des lieux. Ce droit doit se trouver dans la partie IV.1 ou dans la *common law*. Le paragraphe 25(1) n'est d'aucun secours aux appelants.

5) Les pouvoirs de la police en common law

On a fait valoir que la *common law* reconnaît l'existence de certains pouvoirs inhérents à l'exécution des fonctions de policier. Ces pouvoirs, prétend-on, permettent aux policiers d'accomplir les actes nécessaires à l'exécution de leur devoir, même s'ils comportent une atteinte par ailleurs illégale à la liberté ou à la propriété individuelle. On s'est appuyé sur les arrêts *Eccles c. Bourque*, précité, *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All. E.R. 659 (C.A.), *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443.

À supposer qu'il existe en *common law* un pouvoir général d'entrer dans des lieux, on doit encore se demander s'il est possible de s'en prévaloir compte tenu de l'omission du Parlement de l'inclure expressément dans l'ensemble législatif créé en vue de réglementer l'interception des communications privées.

Soulignons que les pouvoirs accordés aux policiers en *common law* n'ont jamais compris un droit général d'entrer dans des lieux. Aucun précédent cité en cette Cour ne reconnaît expressément l'existence d'un tel droit. Les arrêts invoqués par les appelants dans leur argumentation vont essentiellement à l'encontre de la position qu'ils avancent. À moins que la loi ne l'autorise expressément à le faire, le policier n'a pas le droit d'entrer dans la propriété privée d'une autre personne sans sa permission.

Les cas où l'entrée dans des lieux a été autorisée sont exceptionnels et rares. La *common law* a toujours permis à un magistrat de décerner un mandat pour la recherche d'articles volés: voir *Chic Fashions (West Wales), Ltd. v. Jones*, [1968] 1 All E.R. 229 (C.A.) Une autre exception a été reconnue dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, précité. Dans cette affaire, l'appelant avait poursuivi trois

ver Police Force for trespass alleged to have been committed when they entered the appellant's apartment to apprehend a fugitive for whom outstanding arrest warrants existed. The claim was denied by this Court on the basis that the police were entitled, in limited circumstances, to enter private property without consent to effect an arrest. I made the following statement at p. 744:

> I would wish to make it clear, however, that there is no question of an unrestricted right to enter in search of a fugitive. Entry can be made against the will of a householder only if (*a*) there are reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises and (*b*) proper announcement is made prior to entry.

The appellants, however, rely upon the following emphasized lines from my reasons in the same case at p. 743:

> But there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends. So it is that in *Semayne's Case* a limitation was put on the "castle" concept. . . .

As Ritchie J. recognized in *Colet*, it is quite clear when these lines are read in context that they do not create a general right of entry on the part of the police whenever it can be said that the public at large has an interest in the process to be executed. The creation of so sweeping an exception would quickly swallow up the general protection accorded a property owner at common law from arbitrary invasion. *Eccles v. Bourque*, *supra*, creates a limited exception to that general protection. So viewed, it is authority against the position advanced by the appellants.

The *Waterfield*, *Stenning* and *Knowlton* cases all involved charges of assaulting or obstructing a police officer in the execution of his duty. Charges were laid as a result of altercations with the police and the defence was raised that the police were not acting in the execution of their duty at the time.

membres de la Sûreté de Vancouver pour l'intrusion qu'ils auraient commise en entrant dans son appartement pour y appréhender un fugitif visé par trois mandats d'arrestation non exécutés. Cette Cour a rejeté l'action pour le motif que les policiers peuvent, dans des circonstances bien précises, entrer sans permission dans une propriété privée pour y procéder à une arrestation. À la page 744, j'ai affirmé ce qui suit:

> Je voudrais dire très clairement, cependant, qu'il n'est pas question d'un droit non restreint d'entrer pour rechercher un fugitif. On ne peut entrer contre la volonté du tenancier de maison que si *a*) il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est sur les lieux et *b*) une annonce régulière est faite avant d'entrer.

Les appelants s'appuient toutefois sur la partie soulignée de l'extrait suivant tiré de la p. 743 de mes motifs dans la même affaire:

> Mais il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis. C'est ainsi que dans l'arrêt *Semayne* on a imposé une restriction au concept du «château» . . .

Comme l'a reconnu le juge Ritchie dans l'arrêt *Colet*, il est bien évident que, pris dans son contexte, le passage souligné ne crée pas en faveur de la police un droit général d'entrer dans des lieux chaque fois qu'on peut dire que le grand public a intérêt à ce que l'acte judiciaire soit exécuté. La protection générale contre l'atteinte arbitraire que la *common law* accorde au propriétaire foncier succomberait rapidement devant une exception d'une portée aussi vaste. L'arrêt *Eccles c. Bourque*, précité, crée une exception limitée à cette protection générale. Dans cette optique, l'arrêt *Eccles* va à l'encontre de la position avancée par les appelants.

Les affaires *Waterfield*, *Stenning* et *Knowlton* comportent toutes des accusations de s'être livré à des voies de fait sur la personne d'un policier ou d'avoir entravé un policier dans l'exécution de son devoir, portées par suite d'échauffourées avec la police. On a invoqué comme moyen de défense que les policiers n'agissaient pas dans l'exécution de leur devoir à l'époque en question.

The Court of Appeal in *Waterfield*, at p. 661, enunciated the following test for determining the limits of a policeman's duty:

> In the judgment of this court it would be difficult, and in the present case it is unnecessary, to reduce within specific limits the general terms in which the duties of police constables have been expressed. In most cases it is probably more convenient to consider what the police constable was actually doing and in particular whether such conduct was prima facie an unlawful interference with a person's liberty or property. If so, it is then relevant to consider whether (a) such conduct falls within the general scope of any duty imposed by statute or recognised at common law and (b) whether such conduct, albeit within the general scope of such a duty, involved an unjustifiable use of powers associated with the duty. Thus, while it is no doubt right to say in general terms that police constables have a duty to prevent crime and a duty, when crime is committed, to bring the offender to justice, it is also clear from the decided cases that when the execution of these general duties involves interference with the person or property of a private person, the powers of constables are not unlimited. [My emphasis.]

R. v. Waterfield does not stand for the proposition that a power of entry to private property for the purpose of installing a listening device can arise simply by virtue of a policeman's general duty to detect crime and enforce the law.

Furthermore, the *Waterfield* test provides no assistance when the police have trespassed to install a listening device. I cannot accept that conduct of itself unlawful and initiated with full knowledge of its potential illegality could ever fall within the general scope of a policeman's duty. As Lord Edmund-Davies recognised in *Morris v. Beardmore*, *supra*, at p. 759:

> My Lords, I have respectfully to say that I regard it as unthinkable that a policeman may properly be regarded as acting in the execution of his duty when he is acting unlawfully, and this regardless of whether his contravention is of the criminal law or simply of the civil law.

The fact that police officers could be described as acting within the general scope of their duties to

À la page 661 de l'arrêt *Waterfield*, la Cour d'appel énonce un critère pour la détermination des limites que comportent les fonctions d'un policier:

> [TRADUCTION] Il serait difficile, de l'avis de cette Cour, d'enfermer en des limites rigoureuses les termes généraux dont on s'est servi pour définir les fonctions des agents de police et au surplus c'est inutile dans la présente affaire. Dans la plupart des cas, il est probablement plus facile de se demander ce que l'agent faisait en réalité et notamment si sa conduite constitue de prime abord une atteinte illégale à la liberté personnelle ou à la propriété. Si tel est le cas, il y a lieu de rechercher a) si cette conduite entre dans le cadre général d'un devoir imposé par une loi ou reconnu par la common law et b) si cette conduite, bien que dans le cadre général d'un tel devoir, a comporté un emploi injustifiable du pouvoir découlant de ce devoir. Ainsi, comme on peut affirmer en termes généraux que les agents de police ont le devoir d'empêcher le crime et le devoir, lorsqu'un crime a été perpétré, de traduire le délinquant en justice, il est également évident, selon la jurisprudence, que lorsque l'accomplissement de ces devoirs généraux comporte des atteintes à la personne ou aux biens d'un particulier, les pouvoirs des policiers ne sont pas illimités. [C'est moi qui souligne.]

L'arrêt *R. v. Waterfield* n'étaye pas la proposition qu'un pouvoir d'entrer dans une propriété privée pour y mettre en place un appareil d'écoute peut découler simplement du devoir général du policier de découvrir un crime et d'appliquer la loi.

De plus, le critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield* n'est d'aucune utilité lorsque la police a commis une intrusion pour mettre en place un appareil d'écoute. Je ne puis accepter qu'une conduite illégale en soi, adoptée tout en sachant parfaitement qu'elle peut être illégale, puisse jamais s'inscrire dans le cadre général du devoir d'un policier. Comme le reconnaît lord Edmund-Davies dans l'arrêt *Morris v. Beardmore*, précité, à la p. 759:

> [TRADUCTION] Je dois reconnaître avec égards qu'à mon avis il est inconcevable qu'on puisse dire d'un policier qu'il agit dans l'exécution de son devoir lorsqu'il commet un acte illégal, et ce, peu importe que son infraction soit criminelle ou simplement civile.

Même si on peut prétendre qu'un policier agit dans le cadre général de son devoir d'enquêter sur

investigate crime cannot empower them to violate the law whenever such conduct could be justified by the public interest in law enforcement. Any such principle would be nothing short of a fiat for illegality on the part of the police whenever the benefit of police action appeared to outweigh the infringement of an individual's rights. For the *Waterfield* principle to apply, the police must be engaged in lawful execution of their duty at the time of the conduct in question.

(6) Section 26 of the *Interpretation Act*

The appellants argue that s. 26(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, grants an implied power of entry to a peace officer authorized to intercept oral communications. Subsection 26(2) reads:

26. ...

(2) Where power is given to a person, officer or functionary, to do or enforce the doing of any act or thing, all such powers shall be deemed to be also given as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing.

The appellants argue that a police officer is given the power under Part IV.1 to do a certain thing (*i.e.* intercept oral communications), thus he is deemed by s. 26(2) to have the power necessary to do that thing (*i.e.* to enter surreptitiously to install a listening device). This proposition was rejected by Mr. Justice MacDonald as well as by the Alberta Court of Appeal.

I cannot accept this line of argument either. In *Colet v. The Queen*, *supra*, Ritchie J. held that any provision authorizing police officers to enter private property must do so expressly and s. 26(2) of the *Interpretation Act* could not be considered as clothing police officers with such authority. I respectfully agree that a general deeming provision in the *Interpretation Act* cannot supply the authority for conduct that is otherwise unlawful.

le crime, cela ne l'autorise pas à violer la loi chaque fois que cela pourrait se justifier par l'intérêt public à ce que la loi soit appliquée. Tout principe de ce genre ne constituerait rien de moins qu'une autorisation donnée à la police de commettre des actes illégaux dès lors que les avantages de ces actes semblent l'emporter sur les inconvénients qu'entraînerait la violation des droits d'une personne. Pour que le principe énoncé dans l'arrêt *Waterfield* s'applique, les policiers doivent être en train d'exécuter légalement leur devoir au moment de la conduite en question.

6) L'article 26 de la *Loi d'interprétation*

Les appelants soutiennent que le par. 26(2) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, confère implicitement à un agent de la paix autorisé à intercepter des communications orales le pouvoir d'entrer dans des lieux. Le paragraphe 26(2) est ainsi rédigé:

26. ...

(2) Lorsqu'une personne, un employé ou un fonctionnaire reçoit le pouvoir d'accomplir ou de faire accomplir une chose ou un acte, tous les pouvoirs nécessaires pour mettre cette personne, cet employé ou ce fonctionnaire en état d'accomplir ou de faire accomplir cette chose ou cet acte sont aussi censés lui être conférés.

Selon l'argument des appelants, la partie IV.1 habilite un policier à faire une chose précise (c.-à-d. intercepter des communications orales), de sorte que, en vertu du par. 26(2), il est censé avoir le pouvoir nécessaire pour faire cette chose (c.-à-d. le pouvoir d'entrer subrepticement dans des lieux pour y mettre en place un appareil d'écoute). Cette proposition a été rejetée autant par le juge MacDonald que par la Cour d'appel de l'Alberta.

Je ne puis pas non plus retenir cet argument. Dans l'arrêt *Colet c. La Reine*, précité, le juge Ritchie a conclu que toute disposition autorisant les policiers à entrer dans une propriété privée doit être rédigée en termes explicites et qu'on ne peut pas considérer que le par. 26(2) de la *Loi d'interprétation* confère un tel pouvoir aux policiers. Avec égards, je suis d'accord qu'une présomption générale formulée dans la *Loi d'interprétation* ne peut avoir pour effet d'autoriser une conduite par ailleurs illégale.

As well, the argument that s. 26(2) supplies the necessary authority to enter seems to me fundamentally to beg the question. The very issue is whether Parliament has granted the "power" the subsection refers to as a precondition to its operation. Furthermore, I do not believe, for reasons already given, that a right of entry is "necessary" to permit the police to accomplish the interception of oral communications.

(D) *Her Majesty The Queen v. Papalia*

Subsequent to the hearing of this appeal, the Ontario Court of Appeal rendered judgment in *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289. This case raised in part the very issue presently under consideration. The case against the accused depended upon evidence of electronically intercepted private communications. The trial judge admitted evidence of private communications intercepted on business premises and refused to admit evidence of private communications intercepted in two automobiles and certain other derivative evidence. The accused were acquitted and the Crown appealed. The issue on the appeal was the admissibility of the electronically intercepted evidence under s. 178.16(1) of Part IV.1.

Brooke J.A. (Arnup and Blair JJ.A. concurring) concluded that the trial judge erred in refusing to admit the private communications intercepted in the accused's automobile and the derivative evidence. The Court of Appeal next considered the trial judge's decision to admit the private communications intercepted in an office and boardroom located on business premises of the accused. The listening devices were installed following surreptitious entry to these premises on two occasions. The enabling authorization under which the police officers acted specifically provided that in intercepting private communications, the police officers were authorized "for such purpose to enter such places as may be necessary in order to install, monitor or remove" any listening devices.

D'autre part, l'argument selon lequel le par. 26(2) confère le pouvoir nécessaire pour entrer dans des lieux me semble fondamentalement présumer résolue la véritable question qui est de savoir si le Parlement a accordé le «pouvoir» que le paragraphe mentionne comme une condition préalable de son application. Je ne crois pas non plus, pour les raisons déjà exposées, qu'un droit d'entrer est «nécessaire» pour permettre aux policiers de réaliser l'interception de communications orales.

D) *Sa Majesté la Reine v. Papalia*

Après que nous eûmes entendu ce pourvoi, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu l'arrêt *R. v. Papalia* (1984), 47 O.R. (2d) 289. Dans cette affaire, on a soulevé notamment la question même dont nous sommes saisis en l'espèce. La preuve qui pesait contre les accusés était fondée sur des communications privées interceptées au moyen d'un appareil électronique. Le juge du procès a admis en preuve des communications privées interceptées dans des locaux commerciaux, mais il a écarté celles interceptées dans deux automobiles ainsi que certains autres éléments de preuve dérivée. Les accusés ont été acquittés et le ministère public a interjeté appel. L'appel portait sur l'admissibilité, en vertu du par. 178.16(1) de la partie IV.1, des éléments de preuve découlant de l'interception de communications privées au moyen d'un appareil électronique.

Le juge Brooke (à l'avis duquel ont souscrit les juges Arnup et Blair) a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant d'admettre les communications privées interceptées dans l'automobile de l'accusé et les éléments de preuve dérivée. La Cour d'appel a ensuite examiné la décision du juge du procès de recevoir en preuve les communications privées interceptées dans un bureau et une salle de réunion qui se trouvaient dans des locaux commerciaux des accusés. Pour mettre en place les appareils d'écoute, on a dû à deux reprises s'introduire subrepticement dans ces locaux. Les policiers ont agi en vertu d'une autorisation qui les habilitait expressément [TRADUCTION] «à cette fin [l'interception des communications privées], à entrer partout où cela pourra être nécessaire pour mettre en place, vérifier ou enlever» des appareils d'écoute.

In the opinion of Brooke J.A., the trial judge quite properly held the evidence admissible under s. 178.16(1) on the basis of the decisions of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97, and the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Lyons* (1982), 140 D.L.R. (3d) 223. Brooke J.A. went on to review the *Dass* and *Lyons* decisions as well as the decision of the Alberta Court of Appeal in the instant case and that of the United States Supreme Court in *Dalia v. United States*, *supra*. He concluded that the interceptions had been lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(*a*).

In reaching this conclusion, Brooke J.A. decided that an authorization carries with it, by necessary implication, the authority to enter to install a listening device. In his opinion, almost all instances of wiretapping and electronic surveillance involved conduct in the nature of trespass and this includes surreptitious or covert entry. He was persuaded that Parliament recognized this when the legislation was passed and intended to deal comprehensively with the problem in Part IV.1 of the *Code*. Thus, while a judge may specifically authorize surreptitious entry or other conduct in the nature of a trespass, such express authorization is unnecessary.

With respect, I cannot agree. For the reasons already given, I am not persuaded Parliament intended by its silence to authorize entry by the police to install a listening device. I conclude therefore that the Ontario Court of Appeal erred in its decision on this point.

(E) The Statutory Scheme

I am fortified in my conclusion that the authority to trespass in order to install a listening device is not to be found either expressly or by implication in Part IV.1. Section 178.16, which makes evidence of intercepted conversations *prima facie* inadmissible, is a logical corollary to s. 178.11(1), which makes it an offence to wilfully intercept a private communication. Subsection 178.11(2) lists

De l'avis du juge Brooke, le juge du procès a eu parfaitement raison de conclure que les éléments de preuve étaient admissibles en vertu du par. 178.16(1), compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *R. v. Dass*, [1979] 4 W.W.R. 97, et de celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Lyons* (1982), 140 D.L.R. (3d) 223. Le juge Brooke a alors passé en revue les arrêts *Dass* et *Lyons* ainsi que celui rendu par la Cour d'appel de l'Alberta dans la présente instance et l'arrêt *Dalia v. United States*, précité, de la Cour suprême des États-Unis. Il a conclu que les interceptions avaient été faites légalement au sens de l'al. 178.16(1)*a*).

En tirant cette conclusion, le juge Brooke a décidé qu'une autorisation comporte nécessairement un pouvoir implicite d'entrer dans des lieux pour y mettre en place un appareil d'écoute. Selon lui, les cas d'écoute téléphonique clandestine et de surveillance au moyen d'appareils électroniques comportent presque toujours une conduite qui tient de l'intrusion, ce qui comprend l'entrée subreptice ou clandestine dans des lieux. Le juge Brooke était convaincu que le Parlement reconnaissait cela au moment de l'adoption du texte législatif et qu'il a voulu traiter ce problème de façon détaillée à la partie IV.1 du *Code*. Ainsi, bien qu'un juge puisse autoriser expressément l'entrée clandestine ou une autre conduite qui tient de l'intrusion, cette autorisation expresse n'est pas nécessaire.

Avec égards, je ne puis être d'accord. Pour les raisons déjà indiquées, je ne suis pas convaincu que, par son silence, le Parlement a voulu autoriser les policiers à entrer dans des lieux pour y mettre en place un appareil d'écoute. Je conclus donc que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario est erroné sur ce point.

E) L'ensemble législatif

J'ai de bonnes raisons de conclure que le pouvoir de commettre une intrusion dans des lieux pour y mettre en place un appareil d'écoute n'est prévu ni expressément ni implicitement dans la partie IV.1. L'article 178.16 qui déclare inadmissibles à première vue les conversations interceptées est un corollaire logique du par. 178.11(1) qui prévoit que le fait d'intercepter volontairement une com-

the number of persons to whom s. 178.11(1) does not apply, including a person who intercepts a private communication "in accordance with" an authorization. The important point is that outside of the specifically enumerated exceptions, everyone who willfully intercepts a private conversation by means of a device is guilty of an indictable offence. Parliament has taken great pains in Part IV.1 to lay down an elaborate code legitimizing conduct otherwise criminal by the terms of s. 178.11(1).

munication privée constitue une infraction. Le paragraphe 178.11(2) énumère les personnes auxquelles le par. 178.11(1) ne s'applique pas, y compris une personne qui intercepte une communication privée «en conformité avec» une autorisation. L'important, c'est que, à part ces exceptions précises, quiconque intercepte volontairement une conversation privée au moyen d'un dispositif est coupable d'un acte criminel. Dans la partie IV.1, le Parlement s'est efforcé d'établir un code détaillé visant à légitimer ce qui constituerait autrement, en vertu du par. 178.11(1), une conduite criminelle.

As McIntyre J. recognized, in analyzing the purpose of Part IV.I in *Goldman v. The Queen*, *supra*, at p. 994, "the courts must be astute to limit breaches [of the right to privacy] to the extent provided by the *Code*". The notion of an "implied" right to enter private property does not sit easily with that language.

Comme le reconnaît le juge McIntyre en analysant l'objet de la partie IV.1 à la p. 994 de l'arrêt *Goldman c. La Reine*, précité, «les cours doivent être assez avisées pour maintenir ces violations [du droit à la protection de la vie privée] dans les limites établies par le *Code*». L'idée d'un droit «implicite» d'entrer dans une propriété privée n'est pas très compatible avec ce langage.

(F) Conclusion on Question # 1

In my view, the decision in *Colet v. The Queen*, *supra*, and the classic principle of statutory interpretation it embodies, are in the end dispositive of this case. The Court held in *Colet*, at p. 10, that "... any provision authorizing police officers to search and enter private property must be phrased in express terms". That reasoning seems to me to apply whether the right of the police to enter private property is sought for the purpose of intercepting private communications or seizing dangerous firearms. I am not at all persuaded that *Colet* can be distinguished. The right of entry is claimed here for the same purpose as it was in *Colet*: to aid in the enforcement of the criminal law. Equally, the same justification for inferring the right is advanced: the proper and effective fulfillment of a judicially granted warrant. Ultimately, the logic upon which *Colet* turns is the traditional legal protection accorded private property and the long-standing refusal of the judiciary to impair that protection where Parliament has not itself done so expressly.

F) Conclusion sur la question nº 1

À mon avis, l'arrêt *Colet c. La Reine*, précité, et le principe classique d'interprétation législative qui y est énoncé ont finalement pour effet de trancher la présente espèce. À la page 10 de l'arrêt *Colet*, la Cour conclut « ... qu'une disposition autorisant les policiers à pénétrer sur une propriété privée et à y perquisitionner doit être rédigée en termes explicites». Ce raisonnement me semble s'appliquer peu importe que l'on demande le droit pour les policiers d'entrer dans une propriété privée afin d'intercepter des communications privées ou de saisir des armes à feu dangereuses. Je ne suis pas du tout convaincu qu'il soit possible de faire une distinction avec l'arrêt *Colet*. Ici, comme dans l'affaire *Colet*, le droit d'entrer est réclamé pour faciliter l'application de la loi en matière criminelle. De plus, on invoque le même motif pour justifier la déduction qu'un tel droit existe: l'exécution régulière et efficace d'un mandat décerné par un tribunal. En dernière analyse, l'arrêt *Colet* repose sur la protection que la loi a traditionnellement accordée à la propriété privée et sur le fait que les tribunaux refusent depuis longtemps d'y porter atteinte lorsque le Parlement ne l'a pas fait lui-même expressément.

It follows I would answer the first question posed in the reference in the negative.

V The Power of a Judge to Expressly Authorize Entry

The second question posed is whether a judge may expressly grant a power to enter as a term of an authorization to intercept oral communications. Paragraph 178.13(2)(*d*) of Part IV.1 is relied upon in support of the argument that a judge possesses such power. I set it out here again for convenience.

178.13

(2) An authorization shall

. . .

(*d*) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; and

The appellants argue that a judge may grant a right of entry when the interception of oral communications is authorized, whether or not Parliament intended by necessary implication that such a power should exist. The majority of the Court of Appeal concluded that s.178.13(2)(*d*) could only be construed as words of limitation and could not therefore be read as authorizing a court to permit a trespass. Chief Justice McGillivray and Justice Harradence dissented on this point. Each gave separate reasons for his conclusion that a judge could grant the power to trespass as one of the terms of an authorization.

Chief Justice McGillivray held that a judge who grants an authorization has the power to order that the electronic device may be placed by surreptitious entry or by trick where the circumstances require such action. He distinguished this Court's decision in *Colet*, noting in particular that the success of the police operation depends upon a listening device being planted without the knowledge of the occupier, thus eliminating the element of invasion and the possibility of confrontation that, in his opinion, concerned the Court in *Colet*.

Furthermore, he considered Parliament well aware that surreptitious entry into private prem-

Je suis donc d'avis de répondre par la négative à la première question soulevée dans le renvoi.

V Le pouvoir d'un juge d'autoriser expressément l'entrée

La seconde question qui se pose est de savoir si un juge peut, dans une autorisation d'intercepter des communications orales, conférer expressément le pouvoir d'entrer dans des lieux. À l'appui de l'argument voulant qu'un juge ait le pouvoir de le faire, on invoque l'al. 178.13(2)*d*) de la partie IV.1. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau cette disposition.

178.13

(2) Une autorisation doit

. . .

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public; et

Les appelants font valoir qu'un juge peut accorder un droit d'entrer lorsque l'interception de communications orales est autorisée, et ce, peu importe que le Parlement ait voulu ou non, par déduction nécessaire, que ce pouvoir existe. La Cour d'appel à la majorité a conclu que l'al. 178.13(2)*d*) est une disposition restrictive qui ne peut donc pas s'interpréter comme permettant à une cour d'autoriser une intrusion. Le juge en chef McGillivray et le juge Harradence, dissidents sur ce point, ont estimé qu'un juge peut, dans une autorisation, conférer le pouvoir de commettre une intrusion. Chacun a exprimé son opinion dans des motifs distincts.

Le juge en chef McGillivray a conclu que le juge qui accorde une autorisation peut permettre le recours à l'entrée clandestine ou à la ruse pour mettre en place le dispositif électronique, lorsque les circonstances l'exigent. Il a fait une distinction avec l'arrêt *Colet* de cette Cour, soulignant en particulier que l'opération policière ne peut réussir que si un appareil d'écoute est mis en place à l'insu de l'occupant des lieux, ce qui a pour effet d'éliminer l'élément d'atteinte et la possibilité de confrontation qui, selon lui, ont préoccupé la Cour dans l'affaire *Colet*.

Il a estimé en outre que le Parlement était parfaitement conscient que l'entrée clandestine

ises for the purpose of concealing electronic devices was often an integral part of electronic eavesdropping. Therefore, when it allowed the practice of bugging to continue it implicitly intended to allow surreptitious entry to continue to the extent authorized by the court. Entry to install a listening device was similar to a policeman standing in a property owner's flower bed listening at an open window. The serious invasion the legislation contemplates is not the entry upon a person's property, but the entry into his mind by intercepting private communication. Once such an invasion is authorized, the means of accomplishing this invasion are merely incidental. Thus, he concluded that an authorization does not carry with it the implicit right of entry; however, a judge may spell out, in describing the manner of interception, any right to enter or re-enter where the police request such power and the judge deems it appropriate.

dans des lieux privés afin d'y cacher des dispositifs électroniques fait souvent partie intégrante de l'écoute électronique. Il s'ensuit qu'en autorisant le maintien de la pratique de l'écoute clandestine à l'aide de microphones, il a implicitement voulu permettre que l'on continue d'effectuer des entrées clandestines dans la mesure autorisée par la cour. L'entrée en vue de mettre en place un appareil d'écoute se compare à un policier qui se tient dans une plate-bande pour écouter ce qui se dit derrière une fenêtre ouverte. L'atteinte grave envisagée par la loi consiste non pas à entrer dans la propriété d'une personne, mais à pénétrer dans son esprit en interceptant une communication privée. Dès qu'une telle atteinte est autorisée, les moyens de la réaliser ne constituent qu'une question accessoire. Le juge en chef McGillivray a donc conclu qu'une autorisation ne comporte aucun droit d'entrer implicite; toutefois, en décrivant le mode d'interception, un juge peut, à la demande de la police et s'il le juge opportun, accorder explicitement le droit d'entrer le nombre de fois nécessaire.

Harradence J.A. considered that a judge could resort to the common law to permit a peace officer to gain entry to install a listening device. He frankly noted that this step was an expansion of the traditionally limited exceptions to a property owner's rights. Such a judge-made adaptation of police power was justified, in his view, by the serious challenge to our social order posed by modern day criminal activity. He concluded, at p. 628:

> I am of opinion that if a superior court judge, on an application for an authorization made pursuant to Part IV.1 of the Criminal Code, determines that the public weal can *only* be served by the interception of private communications and that effective interception of those communications can *only* be obtained by placing a device on private property, then it is his duty to adapt the common law to meet modern conditions by authorizing a surreptitious entry or a suitable strategem to effect the installation of a device on that property.

Le juge Harradence pour sa part a estimé qu'un juge peut recourir à la *common law* pour permettre à un agent de la paix de s'introduire dans des lieux pour y mettre en place un appareil d'écoute. Il n'a pas caché qu'il s'agissait là d'un élargissement des exceptions, traditionnellement restreintes, à l'inviolabilité des droits d'un propriétaire foncier. À son avis, la menace grave que présentent pour l'ordre social les activités criminelles modernes justifie que les juges adaptent ainsi les pouvoirs de la police. Il a conclu, à la p. 628:

> [TRADUCTION] Selon moi, si un juge d'une cour supérieure saisi d'une demande d'autorisation en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel* décide que l'intérêt public *ne* sera servi *que* par l'interception de communications privées et que l'interception efficace de ces communications *ne* peut se réaliser *que* par la mise en place d'un dispositif dans une propriété privée, alors il lui incombe d'adapter la *common law* aux conditions modernes en autorisant l'entrée clandestine ou le recours à un stratagème approprié en vue d'effectuer la mise en place d'un dispositif dans cette propriété.

The power of a judge to grant a power to enter as a term of an authorization has been considered in other cases as well. In *R. v. Dass*, *supra*, at p. 117, Huband J.A., in language *obiter*, but careful-

Le pouvoir d'un juge d'inclure dans une autorisation un pouvoir d'entrer a aussi été étudié dans d'autres décisions. Dans l'arrêt *R. v. Dass*, précité, à la p. 117, le juge Huband a examiné cette

ly chosen, dealt with this issue in terms that I would, with respect, adopt:

As previously noted, the reference to the installation of the authorization order is not a fiat by the courts to violate the laws of the land. I see nothing in the Criminal Code which gives a judge the power to authorize or condone illegal entry. Crown counsel points to s. 178.13(2)(*d*), which appears to enable the judge to impose terms and conditions which he considers advisable in the public interest. In my view, that provision was not intended as a mechanism to have the courts authorize illegal acts. The public interest is not served by acts which violate the civil or criminal laws of the land. The terms and conditions could not validly include permission, directly or by implication, to ignore or breach such laws.

In *R. v. Lyons*, *supra*, Anderson J.A., dissenting in part, applied Huband J.A.'s conclusion in the *Dass* case that an authorization does not give any authority to trespass and an authorizing judge has no power to authorize or permit the police to act in such an unlawful manner.

In *R. v. Papalia*, *supra*, the Ontario Court of Appeal concluded that while a judge may include a right of entry as one of the terms of an authorization, it was not necessary for him to do so; in the opinion of that court, an authorization by necessary implication accords the police a right of entry.

In *R. v. Hardy* (1984), 56 N.B.R. (2d) 417, 146 A.P.R. 417, the New Brunswick Court of Appeal considered whether the trial judge erred in admitting into evidence private communications which were intercepted by a room monitoring device surreptitiously placed in the accused's residence. In that case, the authorization given by the judge expressly permitted the police "where reasonably necessary to enter upon the premises in order to install, monitor, remove, service, maintain any and all electromagnetic, acoustic, mechanical or other device that may be required to implement this authorization".

question de façon incidente mais en des termes soigneusement choisis qu'avec égards je suis d'avis d'adopter:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà fait remarquer, la mention, dans l'autorisation, de la mise en place ne constitue pas une autorisation judiciaire d'enfreindre les lois. Je ne vois rien dans le Code criminel qui donne au juge le pouvoir d'autoriser ou d'excuser une entrée illégale. Le représentant du ministère public invoque l'al. 178.13(2)*d)* qui semble permettre au juge de prescrire les modalités qu'il estime souhaitables dans l'intérêt public. À mon avis, cette disposition ne vise pas à permettre aux cours d'autoriser des actes illégaux. Les actes qui enfreignent les lois en matière civile ou criminelle ne sont pas conformes à l'intérêt public. Les modalités ne sauraient valablement comprendre la permission, expresse ou implicite, d'ignorer ces lois ou de les enfreindre.

Dans l'arrêt *R. v. Lyons*, précité, le juge Anderson, dissident en partie, a suivi la conclusion tirée par le juge Huband dans l'arrêt *Dass*, savoir qu'une autorisation ne donne pas le droit de commettre une intrusion et qu'il n'appartient nullement au juge qui accorde l'autorisation de permettre à la police d'enfreindre la loi de cette manière.

Dans l'arrêt *R. v. Papalia*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'un juge peut inclure dans l'autorisation un droit d'entrer, mais qu'il ne lui est pas nécessaire de le faire; la cour a estimé qu'une autorisation accorde, par déduction nécessaire, un droit d'entrer à la police.

Dans l'arrêt *R. v. Hardy* (1984), 56 N.B.R. (2d) 417, 146 A.P.R. 417, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a examiné si le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve des communications privées interceptées au moyen d'un appareil d'écoute qu'on avait mis en place subrepticement dans le logis de l'accusé. Dans cette affaire, l'autorisation donnée par le juge permettait expressément aux policiers [TRADUCTION] «lorsque cela est raisonnablement nécessaire, d'entrer dans les lieux pour procéder à la mise en place, à la vérification, à l'enlèvement et à l'entretien de tout dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre qui peut être requis pour exécuter la présente autorisation».

The Court agreed that the intercepted private communications were inadmissible. The Court was, however, divided upon the power of the authorizing judge to grant a right of entry. Stratton J.A. (Hughes C.J. concurring) applied the reasoning of Stevenson J.A. in this reference and concluded that Part IV.1 does not allow a judge to authorize a trespass onto private property for the purpose of installing a listening device. Angers J.A. expressed his agreement with the dissenting reasons of Chief Justice McGillivray. The wording of the authorization was, however, not sufficiently clear to satisfy him that the judge who granted the order intended to authorize the precise entry which was effected.

If Part IV.1 does not explicitly or implicitly legalize a trespass to install a listening device, then as a corollary, there can be no power in a judge to authorize such an illegality. A judge could never possess the authority to grant the police powers which Parliament did not intend them to be able to exercise. When acting pursuant to a statutory scheme, a judge is limited by the authority granted him by the statute under which he acts. Parliament has not expressly or by necessary implication, authorized a right of entry. A negative response to the first question in this reference compels a negative response to the second.

Before concluding, I would like to make a brief comment upon Justice Harradence's reasoning that the common law, suitably expanded, could provide the legal support for the judicial sanction of surreptitious entry into private premises. With respect, I have the gravest doubt whether it would ever be appropriate for a judge to look to the common law for the right to authorize action by the police which the legislation itself does not expressly or implicitly permit him to authorize; this is especially true where the statutory scheme is an exhaustive and comprehensive expression of legislative policy, like Part IV.1 of the *Code*. Where the judge must not only look outside the statutory scheme for the right to act in the manner he proposes, but must "adapt" the common law to suit his purpose, it seems to me he crosses the

La cour a été unanime à conclure à l'inadmissibilité des communications privées interceptées. Les avis ont toutefois été partagés au sujet du pouvoir du juge qui donne l'autorisation d'accorder un droit d'entrer. Le juge Stratton (aux motifs duquel le juge en chef Hughes a souscrit) a suivi le raisonnement adopté par le juge Stevenson en l'espèce et il a conclu que la partie IV.1 ne permet pas à un juge d'autoriser une intrusion dans une propriété privée afin d'y mettre en place un appareil d'écoute. Le juge Angers, pour sa part, s'est dit d'accord avec les motifs de dissidence du juge en chef McGillivray. Le texte de l'autorisation n'était cependant pas assez clair pour le convaincre que le juge qui l'a accordée a voulu autoriser la façon dont on a procédé pour entrer dans les lieux.

Si la partie IV.1 ne légalise ni explicitement ni implicitement l'intrusion commise pour mettre en place un appareil d'écoute, il s'ensuit qu'un juge ne peut être habilité à autoriser la perpétration d'un tel acte illégal. Un juge ne pourrait jamais être habilité à conférer à des policiers des pouvoirs que le Parlement n'a pas voulu qu'ils puissent exercer. Lorsqu'il agit conformément à un ensemble législatif, un juge n'a que la compétence que lui attribue la loi en question. Le Parlement n'a ni expressément ni par déduction nécessaire autorisé un droit d'entrer. Une réponse négative à la première question posée en l'espèce commande une réponse négative à la seconde.

Avant de terminer, je tiens à faire quelques brèves observations sur le raisonnement du juge Harradence selon lequel la *common law*, avec les élargissements qui s'imposent, pourrait servir de fondement juridique à l'approbation judiciaire de l'entrée clandestine dans des lieux privés. Avec égards, je doute fort qu'il soit jamais approprié pour un juge de s'appuyer sur la *common law* pour autoriser des policiers à commettre des actes que la loi elle-même ne lui permet ni expressément ni implicitement d'autoriser; cela est particulièrement vrai lorsque, comme c'est le cas de la partie IV.1 du *Code*, l'ensemble législatif en présence constitue un énoncé exhaustif et complet de politique législative. Lorsqu'un juge doit non seulement regarder ailleurs que dans l'ensemble législatif pour justifier le droit de la manière qu'il propose,

boundary which separates the judicial from the legislative function.

I would answer the second question in the negative.

VI Conclusion

The right to be free from unwanted intrusion is important and fundamental. It leaves no room for casual inference of Parliamentary sanction of illegality. When Parliament declines to sanction expressly what would otherwise be unlawful acts, we should not assume that it has impliedly given such acts its *imprimatur*. Nor should we conclude that Parliament intended the courts to fill a *lacuna legis* by writing in something which Parliament left out. I agree with the following observation of Lord Scarman in *Morris v. Beardmore*, *supra*, at p. 763, which seems to me to reach the heart of the present appeal:

> ... it is not the task of judges, exercising their ingenuity in the field of implication, to go further in the invasion of fundamental private rights and liberties than Parliament has expressly authorised.

If the police, in order to carry out effectively their difficult and frequently dangerous tasks, are required to break and enter private dwellings, that right should be sought from Parliament in express terms, as an amendment to Part IV.1. It is for Parliament, not the judiciary, still less the police themselves, to fill any gap in the *Criminal Code*.

Until such time as Parliament speaks specifically on this matter, I am of the view that an unlawful entry to install a listening device is an unauthorized and unjustified use of police powers. If the authorization to intercept did purport to sanction such an entry, the authorization would be invalid in that respect. Judges simply do not have the power to permit anyone, even police officers, to commit unlawful acts. It is therefore my conclusion that both questions posed in this reference

mais encore «adapter» la *common law* de manière à ce qu'elle réponde à ses fins, il me semble qu'il franchit la frontière qui sépare le pouvoir judiciaire du pouvoir législatif.

Je suis d'avis de répondre à la seconde question par la négative.

VI Conclusion

Le droit d'être à l'abri des intrus est important et fondamental. Il ne laisse pas de place pour une déduction fortuite que le Parlement a approuvé l'illégalité. Lorsque le Parlement refuse d'approuver explicitement ce qui constituerait par ailleurs des actes illégaux, nous ne devons pas supposer qu'il les a implicitement approuvés. Nous ne devons pas conclure non plus que le Parlement a voulu que les cours comblent une lacune de la loi en y ajoutant ce qui a été omis par le Parlement. Je suis d'accord avec l'observation suivante de lord Scarman, à la p. 763 de l'arrêt *Morris v. Beardmore*, précité, qui me semble s'appliquer directement à la question essentielle du présent pourvoi:

> [TRADUCTION] ... il n'appartient pas aux juges, qui font preuve d'ingéniosité en matière de déduction, d'aller plus loin que ce que le Parlement a expressément autorisé en matière d'atteinte aux libertés et aux droits fondamentaux des citoyens.

Si, en vue d'exécuter efficacement leurs tâches difficiles et souvent dangereuses, les policiers ont besoin de s'introduire par effraction dans des résidences privées, on devrait demander au Parlement d'accorder ce droit en termes explicites au moyen d'une modification de la partie IV.1. Il appartient au Parlement, non aux tribunaux et encore moins aux policiers eux-mêmes, de combler toute lacune que comporte le *Code criminel*.

Jusqu'à ce que le Parlement se prononce d'une façon précise sur cette question, je suis d'avis qu'une entrée illégale en vue de mettre en place un appareil d'écoute constitue un usage non autorisé et injustifié des pouvoirs de la police. Si l'autorisation d'interception avait eu pour effet d'autoriser une entrée illégale, cette autorisation serait invalide à cet égard. Les juges n'ont tout simplement pas le pouvoir de permettre à quiconque, y compris les policiers, d'accomplir des actes illégaux. Je

must be answered in the negative. I would answer them accordingly and dismiss this appeal.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—Because the answer to question 1 may be affected by the content of the particular authorization, it is difficult to answer the question in generality. The manner of interception may be expressed in very specific terms in one order, whereas the court in another order may authorize the use of several or all of the devices enumerated in Part IV.1, leaving open to the investigative agency the choice between these devices, and the choice between wiretapping with or without interference with equipment inside the premises, or radio surveillance by electromagnetic devices, or a combination of these and other devices. A different answer, for example, would be required where the order specifically authorized the use of a battery-powered radio transmitter. With that explanation, and for the reasons I have given in *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, I would answer the two questions referred to the Court in the following manner:

> Question 1: Yes, provided that such entry is required to implement the particular authorization and provided that the authorizing judge does not include in the authorization any limitations on or prohibition of such entry.
>
> Question 2: Yes, provided that such entry is required to implement the particular authorization.

No question arose in *Lyons*, *supra*, relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or its application as the trial arose before the *Charter* became part of our Constitution. In their presentation to this Court, the parties did not advance any submission to the effect that the *Charter of Rights* had any application in this appeal. Neither does it appear that any such presentation was made in the Court of Appeal, although counsel were there

conclus donc qu'il y a lieu de répondre par la négative aux deux questions posées en l'espèce. Telle est donc ma réponse et je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre et Lamer rendu par

LE JUGE ESTEY—Étant donné que la réponse à la première question peut varier en fonction du contenu de l'autorisation donnée, il est difficile d'y répondre d'une manière générale. Le mode d'interception peut être énoncé en termes très précis dans une ordonnance, alors que dans une autre ordonnance la cour peut autoriser l'utilisation d'une partie ou de la totalité des dispositifs énumérés à la partie IV.1, laissant ainsi à l'organisme d'enquête la possibilité de choisir l'un ou l'autre de ces dispositifs et celle de procéder au branchement clandestin des lignes téléphoniques sans toucher aux installations à l'intérieur des lieux ou à la surveillance radio au moyen de dispositifs électromagnétiques, ou encore celle de recourir à une combinaison de ces dispositifs et d'autres dispositifs. Il faudrait répondre différemment, par exemple, si l'ordonnance autorisait l'utilisation d'un émetteur radio à piles. Compte tenu de cette explication et pour les motifs que j'ai énoncés dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, je suis d'avis de répondre ainsi aux deux questions soumises à la Cour:

> Question 1: Oui, à la condition que l'entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée et que le juge qui accorde l'autorisation n'y prescrive aucune limite ou interdiction relativement à cette entrée.
>
> Question 2: Oui, à la condition que cette entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée.

Dans l'arrêt *Lyons*, précité, aucune question n'a été soulevée relativement à la *Charte canadienne des droits et libertés* ou à son application, étant donné que le procès est survenu avant que la *Charte* devienne partie intégrante de notre Constitution. Dans leurs plaidoiries en cette Cour, les parties n'ont soumis aucun argument portant que la *Charte des droits* s'applique en l'espèce. Il ne semble pas non plus qu'on ait soumis un argument

afforded an opportunity to do so. I therefore have not addressed the relation of the *Charter*, if there be any, to the questions put to the Court of Appeal.

Appeal allowed, DICKSON *and* CHOUINARD JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Ross W. Paisley, Edmonton.

Solicitor appointed to represent the opposite view: R. B. White, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Ministry of the Attorney General for Ontario.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Québec: Claude Provost, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Department of the Attorney General of Manitoba.

de ce genre en Cour d'appel, même si les avocats s'y sont vu offrir la possibilité de le faire. Je n'ai donc pas abordé la question du rapport de la *Charte*, s'il en est un, avec les questions soumises à la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli, les juges DICKSON *et* CHOUINARD *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant: Ross W. Paisley, Edmonton.

Procureur désigné pour présenter le point de vue contraire: R. B. White, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Ministère du Procureur général de l'Ontario.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Claude Provost, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Ministère du Procureur général du Manitoba.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Natural justice – Quasi-judicial decision – Procedure – Commission advised by investigator through report – Complainant not fully informed before decision made as to factual basis underlying report – Whether or not decision should be set aside – Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 35, 36(3)(b).

RADULESCO v. CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, 407.

2. Ombudsman – Jurisdiction – Crown corporation responsible for urban redevelopment project – Agreement as to restaurant's participation in scheme not reached – Restaurant's lease not renewed – Whether or not Crown corporation's refusal to renew lease within scope of Ombudsman's power to investigate – Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, c. 306, s. 10(1), 12(3), Schedule s. 2 – Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, c. 93, ss. 4, 4.1, 5.

BRITISH COLUMBIA DEVELOPMENT CORPORATION *et al.* v. FRIEDMANN, OMBUDSMAN *et al.*, 447.

APPEAL

Arguments on appeal – Whether respondent limited to appellants' points of law – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1).

PERKA *et al.* v. THE QUEEN, 232.

CERTIORARI

Committal for trial – Charge of conspiracy – Application to quash committal for trial – Whether evidence supporting the committal – Whether *certiorari* available if no evidence on an essential ingredient of the charge – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475.

SKOGMAN v. THE QUEEN, 93.

CIVIL RIGHTS

Discrimination – Religion and marital status – Roman Catholic teacher in Roman Catholic school breaching canon law – Teaching contract not renewed because of breaches – Whether or not school's action contrary to B.C. Human Rights Code – Whether or not Court confined to facts in stated case – Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, ss. 8, 18, 22 – Constitution Act, 1867, s. 93(1).

CALDWELL *et al.* v. STUART *et al.*, 603.

CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Article 33. 502
See: CONSTITUTIONAL LAW

2.—Article 846. 476
See: JUDICIAL REVIEW

CONSTITUTIONAL LAW

1. Canadian Charter of Rights and Freedoms – Languages and education – English instruction – Limitations – Provincial provisions inconsistent with Charter – Whether provincial provisions are of no force or effect – Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 72-88 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23, 32(1), 33(1),(2) – Constitution Act, 1982, ss. 52(1),(2), 59(1),(2).

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. QUEBEC ASSOCIATION OF PROTESTANT SCHOOL BOARDS *et al.*, 66.

2. Canadian Charter of Rights and Freedoms – Unreasonable search and seizure – Combines Investigation Act search and seizure powers – Standards required for issuance of warrant – Standards not specified – Neutrality of arbiter issuing warrant – Whether search and seizure powers of Combines Investigation Act inconsistent with s. 8 of Charter and therefore of no force or effect – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10(1), (3).

HUNTER *et al.* v. SOUTHAM INC., 145.

3. Companies – Provincial securities legislation empowering minister to suspend powers of board of directors of company and to appoint provisional administrator – Nature of Minister's power – Whether power is one of those exercised by the courts referred to in s. 96 of the Constitution – Securities Act, R.S.Q. 1977, c. V-1, s. 112 – Constitution Act, 1867, s. 96 – Code of Civil Procedure, art. 33.

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. UDECO INC. *et al.*; LALIBERTÉ, LANCTÔT, MORIN & ASSOCIÉS v. UDECO INC *et al.*, 502.

4. Criminal law – Prostitution – Municipal by-law – Remaining in a public place for purposes of prostitution or approaching another person there for that purpose prohibited – Whether or not by-law *ultra vires* as invasion of federal criminal law powers – By-law No. 5464 of the City of Montréal.

GOLDWAX v. MONTRÉAL (CITY OF), 525.

5. Education – Constitutional guarantees – Rights or privileges respecting denominational schools – Act providing for a new system of school financing – Whether provincial provisions *intra vires* – Constitution Act, 1867, s. 93 – Act respecting

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

municipal taxation and providing amendments to certain legislation, 1979 (Que.), c. 72, ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. COMMISSION SCOLAIRE DES MANOIRS *et al.*; ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. GREATER HULL SCHOOL BOARD *et al.*; ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. LAVIGNE *et al.*, 575.

COURTS

Stated case – Facts – Extent to which courts may look beyond facts in stated case.

CALDWELL *et al.* v. STUART *et al.*, 603.

CREDITOR AND DEBTOR

1. Securities – Registration – Debentures – Holder of unregistered debenture realizing assets securing the debt – Whether or not other creditors entitled to share proceeds – The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 2(1).

ROYAL BANK OF CANADA v. FIRST PIONEER INVESTMENTS LTD. *et al.*, 125.

2. Executions – Family assets – Distribution – Whether or not executions effective if filed after separation but before distribution order.

MAROUKIS v. MAROUKIS *et al.*, 137.

CRIMINAL LAW

1. Jurisdiction – Procedure – Joinder – Indictable and summary conviction offences – Trial by magistrate elected prior to entering plea on indictable offence – Accused consenting to evidence on both counts being applied to each count – Whether or not jurisdiction to try together separate informations – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 388(1), 484, 717.

KHAN v. THE QUEEN, 62.

2. Preliminary hearing – Committal for trial – Charge of conspiracy – Whether any evidence of conspiracy involving the accused – Whether *certiorari* available to quash committal if no evidence on an essential ingredient of the charge – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475.

SKOGMAN v. THE QUEEN, 93.

3. Assault – Defences – Protection of persons in authority – Common assault by Mental Retardation Counsellor on mentally retarded adult patient – Whether defence under s. 43 of the Criminal Code available – Whether Mental Retardation Counsellor a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" – Whether victim a "child" or a "pupil" – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 43, 771.

OGG-MOSS v. THE QUEEN, 173.

4. Assault – Defences – Protection of persons in authority – Common assault by Mental Retardation Counsellor on mentally retarded adult patient – Whether defence under s. 43 of the Criminal Code available – Whether Mental Retardation Counsellor a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" – Whether victim a "child" or a "pupil" – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 43.

NIXON v. THE QUEEN, 197.

5. Defences – Necessity – Illegal drugs found on distressed vessel seeking refuge in Canadian waters – Charges of importing narcotics and of possession for the purpose of trafficking – Whether defence available – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3) – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 7(2).

PERKA *et al.* v. THE QUEEN, 232.

6. Drug offences – Botanical defence – Whether the Narcotic Control Act intended to include all forms of marihuana – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2.

PERKA *et al.* v. THE QUEEN, 232.

7. Murder – Trial judge erring in excluding exculpatory evidence – Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Code applicable to uphold conviction – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

WILDMAN v. THE QUEEN, 311.

8. Evidence – Admissibility – Interception of private communications – Order authorizing interception of telecommunications made by a named person and interception of telecommunications in respect of certain phone number at certain location – Validity of order authorizing interception.

R. v. BRESE *et al.*; R. v. RITCH ET AL,, 333.

9. Defences – Second degree murder – Self defence and provocation – Excessive force – Party intoxicated – Whether or not qualified defence of excessive force in self-defence available to reduce charge – Whether or not trial judge's charge as to qualified defence of provocation adequate – Whether or not intoxication relevant to self-defence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 34, 212(a).

REILLY v. THE QUEEN, 396.

10. Evidence – Trafficking conviction – Controlled drug: amphetamine – Standard graph not prepared by analyst but contained in publication provided to him – Whether "evidence

CRIMINAL LAW—Continued

to the contrary" – Whether doubt as to the nature of the substance – Admission of wiretap and video tape evidence – Whether accused "manufactured" amphetamine.

OSBORNE v. THE QUEEN, 406.

11. Rape – Parties to offence – Accused over 14 years of age party to an act of rape committed by a 13-year-old – Person under the age of 14 immune from prosecution – Whether accused may be convicted of rape – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143, 144 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 70], 147.

CARDINAL v. THE QUEEN, 523.

12. Charge to jury – Theory of defence – Trial judge not adequately presenting the theory of defence to jury – Conviction quashed and new trial ordered – Section 613(1)(b)(iii) of the Code inapplicable.

R. v. SOPHONOW, 524.

13. Causing a fire – Proof of offence – Charge of causing a fire by violating law in place where fire caused death or damage – Statutory presumption of fire being wilfully set if non-compliance with fire-prevention or fire-safety law – Whether or not presumption applicable – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 392(1)(a),(b), (2).

ABBAS v. THE QUEEN, 526.

14. Res judicata – Issue estoppel – Separate trials for commission of two robberies – Accused's statements ruled inadmissible at first trial – Whether Crown estopped from relitigating the question of admissibility of accused's statements at second trial – Whether "issue estoppel" should extend to findings on voir dire.

DUHAMEL v. THE QUEEN, 555.

15. Murder – Charge to jury – Burden of proof – Two versions of events surrounding homicide presented in evidence – Self-defence – Misdirection – New trial ordered – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

NADEAU v. THE QUEEN, 570.

16. Applications for judicial release or stay of sentence – Applications denied – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 608 [rep. & sub. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12], 608.1 [added R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12; rep. & sub. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 73].

LYONS *et al.* v. THE QUEEN (APPLICATIONS), 631.

17. Wiretaps – Admissibility of evidence – Interceptions authorized by court – Installation of device involving trespass – Whether or not interceptions "lawfully made" – Whether or not evidence obtained admissible – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1), (2)(d), 178.16(1).

LYONS *et al.* v. THE QUEEN, 633.

18. Wiretaps – Authorization – Entry without consent to plant bug – Whether or not authorization implied power to plant device through illegal means – Whether or not illegal means for planting device can be sanctioned by term of judge's authorization – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(2).

WIRETAP REFERENCE, 697.

CRIMINAL LAW—Concluded

CROWN

Recovery for expenses incurred because of traffic accident – Accident caused by negligent driver – Whether or not Crown can recover.

ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO v. FATEHI, 536.

EVIDENCE

Admissibility – Wiretap evidence – Operation to obtain evidence involving trespass – Whether or not evidence admissible.

LYONS *et al.* v. THE QUEEN, 633.

HIGHWAYS

Damage due to traffic accident – Crown expended money for clean up – Whether or not negligent driver liable – Public Transportation and Highway Improvement Act, R.S.O. 1980, c. 421, s. 33 – Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 11.

ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO v. FATEHI, 536.

IMMIGRATION

Admission – Landing application – Person seeking admission to Canada without having first obtained immigrant visa outside Canada – Exemption requested on compassionate or humanitarian considerations – Immigration officers under duty to consider application for exemption – Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, ss. 9, 79(2)(b), 115(2).

MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION *et al.* v. JIMINEZ-PEREZ *et al.*, 565.

INDIANS

Reserve lands – Surrender – Lease entered by Crown on Band's behalf – Lease bearing little resemblance to terms approved at surrender meeting – Whether or not breach of fiduciary duty, breach of trust, or breach of agency – Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1) – Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, s. 98 (now R.S.B.C. 1979, c. 414).

GUERIN *et al.* v. THE QUEEN *et al.*, 335.

INJUNCTION

Elections – Right to vote – Prisoner seeking mandatory injunction permitting him to vote in federal election – Injunction refused.

GOULD v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA *et al.*, 124.

INTERPRETATION

Technical and scientific terms – Meaning of the phrase "Cannabis sativa L." – Meaning frozen at the time of enactment – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2, Schedule: item 3.

PERKA *et al.* v. THE QUEEN, 232.

JUDICIAL REVIEW

1. Order of Canada Labour Relations Board – Remedy not authorized by Code – Jurisdictional error at conclusion of hearing – Error within s. 28(1)(a) of Federal Court Act – Patently unreasonable error rule not applicable – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 122 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 43) – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE v. CANADA LABOUR RELATIONS BOARD *et al.*, 412.

2. Labour law – Arbitral award – Complaint of dismissal without good and sufficient cause – Alteration by arbitrator of penalty imposed by employer – Writ of evocation – Privative clause – Powers of arbitrator – Whether arbitral award reasonable and sufficient reasons given – Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 124, 125, 126, 127, 128, 129 – Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 as am., s. 139 – Code of Civil Procedure, art. 846.

BLANCHARD v. CONTROL DATA CANADA LTD. *et al.*, 476.

LABOUR RELATIONS

1. Strike – Concerted refusal of employees to work overtime – Declaration that strike unlawful and prohibition of strike – Whether Canada Labour Relations Board exceeded its jurisdiction – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE v. CANADA LABOUR RELATIONS BOARD *et al.*, 412.

2. Unlawful strike – Special remedy – Order to parties to refer matter of overtime to arbitration – Remedy not authorized by Canada Labour Code – Remedy set aside – Canada

LABOUR RELATIONS—Concluded

Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(p) and 121 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 and 183 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 183.1 (ad. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 189 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; am. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE v. CANADA LABOUR RELATIONS BOARD *et al.*, 412.

MATRIMONIAL LAW

1. Distribution of matrimonial assets – Executions filed against joint tenant prior to vesting order – Subsequent order vesting property at separation – Time specific property vests on division of family assets – Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 4.

MAROUKIS v. MAROUKIS *et al.*, 137.

2. Division of assets – Non-family assets – Company incorporated by husband but put in wife's name for tax purposes – Husband fired – Settlement of wrongful dismissal action including general release of all claims against wife – Release pre-dating The Family Law Reform Act, 1978 – Claim for non-family assets not barred by release – The Family Law Reform Act, 1978, 1978 (Ont.), c. 2, s. 8.

MILLER v. MILLER, 310.

MECHANICS' LIENS

1. Liability – Development arrangement – Project under direct control of development company but ultimate control and reversion of ownership lying with assurance company – Liens claimed by construction company on insolvency of development company – Completion work on project requested by development company, and unpaid – Unpaid work on subtenancies requested by subtenants – Whether or not assurance company liable for lien claims – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, ss. 1(1)(d), 5(1), 7, 11 – The Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 38, as am. by The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), c. 51, s. 3 – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 52, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 7.

PHOENIX ASSURANCE COMPANY OF CANADA *et al.* v. BIRD CONSTRUCTION COMPANY LTD. *et al.*, 199.

2. Owner – Public works – Crown corporation selling land and holding mortgage – Project inspired by that corporation – Whether or not Crown corporation an "owner" – Whether or not project a "public work".

KEN GORDON EXCAVATING LTD. v. EDSTAN CONSTRUCTION LTD. *et al.*; ONTARIO HOUSING CORPORATION v. KEN GORDON EXCAVATING LTD. *et al.*, 280.

MECHANICS' LIENS—Concluded

3. Validity – Public works – Notice – Crown to receive notice of lien – Whether or not liens valid in absence of notice – Whether or not defect curable.

KEN GORDON EXCAVATING LTD. v. EDSTAN CONSTRUCTION LTD. *et al.*; ONTARIO HOUSING CORPORATION v. KEN GORDON EXCAVATING LTD. *et al.*, 280.

4. Priorities – Advances made under mortgage – Legal nature of advances – Whether or not liens payable out of monies advanced – Whether or not amount payable limited to statutory holdback – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, (now R.S.O. 1980, c. 261), as amended by 1975 (Ont.), c. 43, ss. 1(1)(d), (da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

KEN GORDON EXCAVATING LTD. v. EDSTAN CONSTRUCTION LTD. *et al.*; ONTARIO HOUSING CORPORATION v. KEN GORDON EXCAVATING LTD. *et al.*, 280.

NEGLIGENCE

Traffic accident – Highway damaged – Whether or not Crown can recover money spent for clean up.

ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO v. FATEHI, 536.

PRACTICE

1. Order abridging the time normally required for service of process granted – Leave to appeal granted.

GOULD v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA *et al.*, 124.

2. Interventions – Criminal appeals – Ontario Association for the Mentally Retarded intervener in the Court of Appeal – Association's interventions in the Supreme Court disallowed – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rule 18(2).

NIXON *v.* THE QUEEN (*Intervention*); OGG-MOSS *v.* THE QUEEN (*Intervention*), 171.

STATUTES

Amendments – Legislation enacted after trial making accused's spouse competent to testify – New legislation applicable at new trial – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(3.1) [added by 1980-81-82-83 (Can.), c. 125, s. 29(2)], 4(5) – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 36(d).

WILDMAN v. THE QUEEN, 311.

STATUTES

1.—Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 124, 125, 126, 127, 128, 129. 476
See: JUDICIAL REVIEW

STATUTES—Continued

2.—Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, 1979 (Que.), c. 72, ss. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500. 575
See: CONSTITUTIONAL LAW

3.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(3.1) [added by 1980-81-82-83 (Can.), c. 125, s. 29(2)], 4(5). 311
See: STATUTES

4.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 122 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 43). 412
See: JUDICIAL REVIEW

5.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64). 412
See: LABOUR RELATIONS

6.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(p) and 121 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1), 182 and 183 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; rep. and repl. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 183.1 (ad. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 64), 189 (ad. 1972 (Can.), c. 18, s. 1; am. 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68). 412
See: LABOUR RELATIONS

7.—Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23, 32(1), 33(1),(2). 66
See: CONSTITUTIONAL LAW

8.—Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 35, 36(3)(b). 407
See: ADMINISTRATIVE LAW

9.—Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 72-88. 66
See: CONSTITUTIONAL LAW

10.—Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10(1), (3). 145
See: CONSTITUTIONAL LAW

11.—Constitution Act, 1982, ss. 52(1),(2), 59(1),(2). 66
See: CONSTITUTIONAL LAW

12.—Constitution Act, 1867, s. 96. 502
See: CONSTITUTIONAL LAW

13.—Constitution Act, 1867, s. 93. 575
See: CONSTITUTIONAL LAW

14.—Constitution Act, 1867, s. 93(1). 603
See: CIVIL RIGHTS

15.—Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 2(1). 125
See: CREDITOR AND DEBTOR

16.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 388(1), 484, 717. 62
See: CRIMINAL LAW

17.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475. 93
See: CRIMINAL LAW

STATUTES—Continued

18.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8), s. 475. 93
See: CERTIORARI

19.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 43, 771. 173
See: CRIMINAL LAW

20.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 43. 197
See: CRIMINAL LAW

21.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3). 232
See: CRIMINAL LAW

22.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii). 311
See: CRIMINAL LAW

23.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 34, 212(a). 396
See: CRIMINAL LAW

24.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143, 144 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 70], 147. 523
See: CRIMINAL LAW

25.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 392(1)(a),(b), (2). 526
See: CRIMINAL LAW

26.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii). 570
See: CRIMINAL LAW

27.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 608 [rep. & sub. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12], 608.1 [added R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 12; rep. & sub. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 73]. 631
See: CRIMINAL LAW

28.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1), (2)(d), 178.16(1). 633
See: CRIMINAL LAW

29.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2. 697
See: CRIMINAL LAW

30.—Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, c. 93, ss. 4, 4.1, 5. 447
See: ADMINISTRATIVE LAW

31.—Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 4. 137
See: MATRIMONIAL LAW

32.—Family Law Reform Act, 1978, 1978 (Ont.), c. 2, s. 8. 310
See: MATRIMONIAL LAW

33.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a). 412
See: JUDICIAL REVIEW

34.—Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, ss. 8, 18, 22. 603
See: CIVIL RIGHTS

STATUTES—Concluded

35.—Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, ss. 9, 79(2)(b), 115(2). 565
See: IMMIGRATION

36.—Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1) 335
See: INDIANS

37.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 36(d). 311
See: STATUTES

38.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(2). 697
See: CRIMINAL LAW

39.—Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 11. 536
See: HIGHWAYS

40.—Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 38, as am. by The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), c. 51, s. 3. 199
See: MECHANICS' LIENS

41.—Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 as am., s. 139. 476
See: JUDICIAL REVIEW

42.—Limitations Act, 1975 (B.C.), c. 37, ss. 3, 6. 2
See: TORTS

43.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, ss. 1(1)(d), 5(1), 7, 11. 199
See: MECHANICS' LIENS

44.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, (now R.S.O. 1980, c. 261), as amended by 1975 (Ont.), c. 43, ss. 1(1)(d), (da), 5(2), 11, 14, 18, 21a. 280
See: MECHANICS' LIENS

45.—Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, ss. 714, 738, 739 (now R.S.B.C. 1979, c. 290). 2
See: TORTS

46.—Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2 232
See: CRIMINAL LAW

47.—Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 7(2). 232
See: CRIMINAL LAW

48.—Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2, Schedule: item 3. 232
See: INTERPRETATION

49.—Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, c. 306, s. 10(1), 12(3), Schedule s. 2. 447
See: ADMINISTRATIVE LAW

50.—Securities Act, R.S.Q. 1977, c. V-1, s. 112. 502
See: CONSTITUTIONAL LAW

51.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 52, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 7. 199
See: MECHANICS' LIENS

52.—Trustee Act, R.S.B.C. 1960, c. 390, s. 98 (now R.S.B.C. 1979, c. 414). 335
See: INDIANS

TORTS

Negligence – Municipality – By-law adopting building standards and imposing duty of enforcement on municipal building inspector – House inspected, changes required and stop work order issued – House completed and occupied without permit – Serious structural defects discovered by subsequent purchaser without notice – Whether or not misfeasance/non-feasance distinction relevant to liability in negligence where duty found to exist – Whether or not City negligent – Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, ss. 714, 738, 739 (now R.S.B.C. 1979, c. 290) – Limitations Act, 1975 (B.C.), c. 37, ss. 3, 6.

KAMLOOPS (CITY OF) v. NIELSEN *et al.*, 2.

INDEX

APPEL

Plaidoiries – L'intimée est-elle limitée par les points de droit soulevés par les appelants? – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1).

PERKA *et autres* c. LA REINE, 232.

CERTIORARI

Renvoi au procès – Accusation de complot – Demande visant à annuler un renvoi au procès – Y a-t-il des éléments de preuve justifiant le renvoi au procès? – Peut-on recourir au *certiorari* en l'absence de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475.

SKOGMAN C. LA REINE, 93.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

1.—Article 33. 502
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

2.—Article 846. 476
Voir: CONTRÔLE JUDICIAIRE

CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Ordonnance du Conseil canadien des relations du travail – Remède non autorisé par le Code – Erreur juridictionnelle commise à l'étape de la conclusion de l'enquête – Erreur visée par l'al. 28(1)a) de la Loi sur la Cour fédérale – Critère de l'erreur manifestement déraisonnable inapplicable – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 122 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 43) – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28(1)a).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE C. CONSEIL CANADIEN DES RELATIONS DU TRAVAIL *et autres*, 412.

2. Droit du travail – Sentence arbitrale – Plainte de congédiement sans cause juste et suffisante – Modification par l'arbitre de la sanction imposée par l'employeur – Bref d'évocation – Clause privative – Pouvoirs de l'arbitre – La sentence arbitrale est-elle raisonnable et suffisamment motivée? – Loi sur les normes du travail, L.R.Q., chap. N-1.1, art. 124, 125, 126, 127, 128, 129 – Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 et mod., art. 139 – Code de procédure civile, art. 846.

BLANCHARD C. CONTROL DATA CANADA LTÉE *et autre*, 476.

COURONNE

Indemnisation pour les pertes découlant d'un accident de la circulation – Accident causé par la négligence du conducteur – La Couronne peut-elle être indemnisée?

PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO C. FATEHI, 536.

CRÉANCIER ET DÉBITEUR

1. Sûretés – Enregistrement – Débentures – Réalisation des biens garantissant la dette par le détenteur d'une débenture non enregistrée – Les autres créanciers ont-ils le droit de partager le produit de la vente? – The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 2(1).

BANQUE ROYALE DU CANADA C. FIRST PIONEER INVESTMENTS LTD. *et autres*, 125.

2. Saisies-exécutions – Biens familiaux – Partage – Effet des saisies-exécutions déposées après la séparation mais avant l'ordonnance de partage.

MAROUKIS C. MAROUKIS *et autres*, 137.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Justice naturelle – Décision quasi judiciaire – Procédure – Recommandation faite à la Commission par le rapport de l'enquêteur – Faits sous-jacents au rapport communiqués de façon incomplète à la plaignante avant la décision – Annulation ou non de la décision – Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 35, 36(3)b).

RADULESCO C. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, 407.

2. Ombudsman – Compétence – Société d'État responsable d'un projet de réaménagement urbain – Échec des négociations en vue d'une entente sur la participation du restaurant au plan – Non-renouvellement du bail du restaurant – Le refus de la société d'État de renouveler le bail relève-t-il du pouvoir d'enquête de l'ombudsman? – Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, chap. 306, art. 10(1), 12(3), annexe art. 2 – Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 93, art. 4, 4.1, 5.

BRITISH COLUMBIA DEVELOPMENT CORPORATION *et autre* C. FRIEDMANN, OMBUDSMAN *et autres*, 447.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte canadienne des droits et libertés – Langues et éducation – Enseignement en langue anglaise – Restrictions – Dispositions provinciales incompatibles avec la Charte – Les dispositions provinciales sont-elles inopérantes? – Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 72 à 88 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23, 32(1),

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

33(1), (2) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1), (2), 59(1), (2).

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. QUEBEC ASSOCIATION OF PROTESTANT SCHOOL BOARDS *et autres*, 66.

2. Charte canadienne des droits et libertés – Fouille, perquisition et saisie abusives – Pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie conférés par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Critères exigés pour la délivrance d'un mandat – Critères non spécifiés – Neutralité de l'arbitre qui décerne le mandat – Les pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie que confère la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sont-ils incompatibles avec l'art. 8 de la Charte et, par conséquent, inopérants? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1), (3).

HUNTER *et autres* C. SOUTHAM INC., 145.

3. Compagnies – Loi provinciale sur les valeurs mobilières autorisant le ministre à suspendre les pouvoirs du conseil d'administration d'une compagnie et à nommer un administrateur provisoire – Nature du pouvoir du ministre – S'agit-il d'un pouvoir de la nature de ceux exercés par les cours visées à l'art. 96 de la Constitution? – Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q. 1977, chap. V-1, art. 112 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 – Code de procédure civile, art. 33.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. UDECO INC. *et autres*; LALIBERTÉ, LANCTÔT, MORIN & ASSOCIÉS C. UDECO INC. *et autres*, 502.

4. Droit criminel – Prostitution – Règlement municipal – Interdiction de se tenir dans un endroit public aux fins de la prostitution ou d'y aborder une personne à ces fins – Le règlement est-il inconstitutionnel en ce qu'il empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? – Règlement de la Ville de Montréal, nº 5464.

GOLDWAX C. MONTRÉAL (VILLE DE), 525.

5. Éducation – Garanties constitutionnelles – Droits ou privilèges relatifs aux écoles confessionnelles – Loi établissant un nouveau régime de financement scolaire – Les dispositions provinciales sont-elles *intra vires*? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 93 – Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, 1979 (Qué.), chap. 72, art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. COMMISSION SCOLAIRE DES MANOIRS *et autres*; PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. GREATER HULL SCHOOL BOARD *et autres*; PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. LAVIGNE *et autres*, 575.

DROIT CRIMINEL

1. Compétence – Procédure – Réunion de chefs d'accusation – Acte criminel et infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité – Procès devant un magistrat choisi avant l'inscription du plaidoyer relatif à l'acte criminel – Consentement de l'accusée à ce que la preuve relative aux deux chefs d'accusation s'applique à chaque chef d'accusation – Compétence pour instruire ensemble deux dénonciations distinctes – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 388(1), 484, 717.

KHAN C. LA REINE, 62.

2. Enquête préliminaire – Renvoi au procès – Accusation de complot – Y a-t-il des éléments de preuve de l'existence d'un complot impliquant l'accusé? – Peut-on recourir au *certiorari* pour annuler un renvoi au procès en l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475.

SKOGMAN C. LA REINE, 93.

3. Voies de fait – Moyens de défense – Protection des personnes exerçant l'autorité – Voies de fait simples perpétrées par un conseiller en déficience mentale contre un adulte arriéré mental – Peut-on invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43 du Code criminel? – Le conseiller en déficience mentale est-il «une personne qui remplace le père ou la mère» ou un «instituteur»? – La victime est-elle un «enfant» ou un «élève»? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43, 771.

OGG-MOSS C. LA REINE, 173.

4. Voies de fait – Moyens de défense – Protection des personnes exerçant l'autorité – Voies de fait simples perpétrées par un conseiller en déficience mentale contre un adulte arriéré mental – Peut-on invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43 du Code criminel ? – Le conseiller en déficience mentale est-il «une personne qui remplace le père ou la mère» ou un «instituteur»? – La victime est-elle un «enfant» ou un «élève»? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43.

NIXON C. LA REINE, 197.

5. Infractions en matière de stupéfiants – Moyen de défense fondé sur la classification botanique – La Loi sur les stupéfiants vise-t-elle à inclure toutes les espèces de marihuana? – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2.

PERKA *et autres* C. LA REINE, 232.

6. Moyens de défense – Nécessité – Drogue illégale découverte à bord d'un navire en détresse qui avait cherché refuge dans les eaux canadiennes – Accusations d'importation de stupéfiants et de possession en vue d'en faire le trafic – Ce moyen de défense peut-il être invoqué? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3) – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 7(2).

PERKA *et autres* C. LA REINE, 232.

7. Meurtre – Exclusion erronée d'une preuve disculpatoire par le juge du procès – L'art. 613(1)b)(iii) du Code est-il applicable pour confirmer la déclaration de culpabilité? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

WILDMAN C. LA REINE, 311.

DROIT CRIMINEL—Suite

DROIT CRIMINEL—Suite

8. Preuve – Recevabilité – Interception de communications privées – Ordonnance autorisant l'interception de télécommunications rendue à l'égard d'une personne nommée et interception de télécommunications à l'égard de certains numéros de téléphone et de certains endroits – Validité de l'ordonnance autorisant l'interception.

R. c. BRESE *et autres*; R. c. RITCH *et autres*, 333.

9. Moyens de défense – Meurtre au deuxième degré – Légitime défense et provocation – Force excessive – Partie en état d'ivresse – Peut-on, pour réduire l'inculpation, invoquer la défense restreinte de force excessive dans un cas de légitime défense? – L'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était-il adéquat? – L'ivresse est-elle pertinante à la légitime défense? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 34, 212a).

REILLY c. LA REINE, 396.

10. Preuve – Condamnation pour trafic – Drogue contrôlée: amphétamine – Graphique étalon non préparé par l'analyste, mais contenu dans une publication qui lui a été fournie – Y a-t-il une «preuve contraire»? – Y a-t-il un doute quant à la nature de la substance? – Admission en preuve d'une bande magnétoscopique et de conversations téléphoniques interceptées par voie d'écoute électronique – L'accusé a-t-il «fabriqué» des amphétamines?

OSBORNE c. LA REINE, 406.

11. Viol – Parties à une infraction – Accusé, âgé de plus de 14 ans, partie au viol commis par un individu âgé de 13 ans – Personne de moins de 14 ans à l'abri de poursuites – L'accusé peut-il être reconnu coupable de viol? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 143, 144 [mod. 1972 (Can.), chap. 13, art. 70], 147.

CARDINAL c. LA REINE, 523.

12. Directives au jury – Théorie de la défense – Théorie de la défense présentée inadéquatement par le juge du procès au jury – Déclaration de culpabilité annulée et nouveau procès ordonné – Inapplicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code.

R. c. SOPHONOW, 524.

13. Causer un incendie – Preuve de l'infraction – Accusation d'avoir causé un incendie en violant une loi en vigueur à l'endroit où un incendie a occasionné un décès ou des dommages – Présomption légale que l'incendie a été causé volontairement en cas de non-respect d'une loi relative à la prévention des incendies ou à la sécurité en matière d'incendie – Application de la présomption – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 392(1)a),b), (2).

ABBAS c. LA REINE, 526.

14. Chose jugée – Fin de non-recevoir – Deux chefs d'accusation de vol qualifié jugés séparément – Déclarations de l'accusé jugées irrecevables au premier procès – La poursuite peut-elle au deuxième procès débattre de nouveau la recevabilité des déclarations de l'accusé? – Faut-il étendre l'irrecevabilité aux conclusions sur voir dire?

DUHAMEL c. LA REINE, 555.

DROIT CRIMINEL—Fin

15. Meurtre – Exposé du juge au jury – Fardeau de la preuve – Deux versions des événements entourant l'homicide offertes en preuve – Légitime défense – Directives erronées – Nouveau procès ordonné – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

NADEAU c. LA REINE, 570.

16. Demandes de mise en liberté par voie judiciaire ou de sursis à l'exécution de la sentence – Demandes rejetées – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 608 [abr. & remp. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12], 608.1 [aj. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12; abr. & remp. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 73].

LYONS *et autre* c. LA REINE (DEMANDES), 631.

17. Écoute électronique – Admissibilité en preuve – Interceptions autorisées par la cour – Mise en place de dispositifs comportant une intrusion – Les interceptions ont-elles été «faites légalement»? – La preuve ainsi obtenue est-elle admissible? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1),(2)d), 178.16(1).

LYONS *et autres* c. LA REINE, 633.

18. Écoute électronique – Autorisation – Entrée sans consentement pour mettre en place un micro – L'autorisation confère-t-elle implicitement le pouvoir de mettre en place un dispositif par des moyens illégaux? – Un juge peut-il dans son autorisation approuver le recours à des moyens illégaux pour mettre en place un dispositif? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(2).

RENVOI SUR L'ÉCOUTE ÉLECTRONIQUE, 697.

DROIT MATRIMONIAL

1. Partage de biens du mariage – Saisies-exécutions déposées contre le propriétaire indivis avec gain de survie avant l'ordonnance de partage – Ordonnance subséquente attribuant le bien à compter de la séparation – Moment où un bien précis est dévolu par suite du partage des biens familiaux – Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 4.

MAROUKIS c. MAROUKIS *et autres*, 137.

2. Partage des biens – Biens autres que familiaux – Société constituée par l'époux mais mise au nom de l'épouse à des fins fiscales – Congédiement de l'époux – Règlement de l'action pour congédiement illégal comprenant une renonciation à toutes réclamations contre l'épouse – Renonciation antérieure à la Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille – Renonciation inapplicable à la réclamation relative aux biens autres que familiaux – Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille, 1978 (Ont.), chap. 2, art. 8.

MILLER c. MILLER, 310.

IMMIGRATION

Admission – Demande de droit d'établissement – Personne demandant son admission au Canada sans avoir obtenu de visa d'immigrant avant d'entrer au pays – Demande d'exemption pour des considérations humanitaires ou de compassion – Obligation des agents d'immigration d'examiner la demande d'exemption – Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 9, 79(2)b), 115(2).

MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION *et autres* c. JIMINEZ-PEREZ *et autre*, 565.

INDIENS

Terres d'une réserve – Cession – Bail conclu au nom de la bande par Sa Majesté – Conditions du bail conclu très différentes de celles approuvées à l'assemblée de la cession – Y a-t-il eu manquement à des obligations de fiduciaire ou manquement à des obligations de mandataire? – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, chap. 149, art. 18(1) – Trustee Act, R.S.B.C. 1960, chap. 390, art. 98 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 414).

GUERIN *et autres* c. LA REINE *et autre*, 335.

INJONCTION

Élections – Droit de vote – Injonction demandée par un détenu pour lui permettre de voter à l'élection fédérale – Injonction refusée.

GOULD c. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA *et autre*, 124.

INTERPRÉTATION

Termes techniques et scientifiques – Sens de l'expression «Cannabis sativa L.» – Le sens à donner à cette expression est celui qu'elle avait au moment de l'adoption de la Loi – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, Annexe: art. 3.

PERKA *et autres* c. LA REINE, 232.

LÉGISLATION

Modifications – Adoption après le procès d'un texte de loi faisant du conjoint de l'accusé un témoin compétent – Nouveau texte de loi applicable au nouveau procès – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(3.1) [ajouté par 1980-81-82-83 (Can.), chap. 125, par. 29(2)], 4(5) – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 36d).

WILDMAN c. LA REINE, 311.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Discrimination – Religion et état matrimonial – Violation du droit canon par une enseignante catholique dans une école catholique – Non-renouvellement du contrat d'enseignement à cause de cette violation – L'acte de l'école est-il contraire au Human Rights Code de la Colombie-Britannique? – La cour est-elle limitée aux faits énoncés dans l'exposé de cause – Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 8, 18, 22 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1).

CALDWELL *et autre* c. STUART *et autres*, 603.

LOIS

1.—Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23, 32(1), 33(1), (2) 66
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

2.—Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 72 à 88 66
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

3.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 118p) et 121 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 et 183 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 183.1 (aj. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 189 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; mod. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68) 412
Voir: RELATIONS DU TRAVAIL

4.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 122 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et remp. 1977-78 (Can.), chap 27, art. 43) 412
Voir: CONTRÔLE JUDICIAIRE

5.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64) 412
Voir: RELATIONS DU TRAVAIL

6.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 388(1), 484, 717 62
Voir: DROIT CRIMINEL

7.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475 93
Voir: DROIT CRIMINEL

8.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 8), art. 475 93
Voir: CERTIORARI

9.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43, 771 173
Voir: DROIT CRIMINEL

10.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43 .. 197
Voir: DROIT CRIMINEL

11.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3) 232
Voir: DROIT CRIMINEL

LOIS—Suite

12.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii)..... 311
Voir: DROIT CRIMINEL

13.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 34, 212a)..... 396
Voir: DROIT CRIMINEL

14.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 143, 144 [mod. 1972 (Can.), chap. 13, art. 70], 147..... 523
Voir: DROIT CRIMINEL

15.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 392(1)a),b), (2)..... 526
Voir: DROIT CRIMINEL

16.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii)..... 570
Voir: DROIT CRIMINEL

17.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 608 [abr. & remp. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12], 608.1 [aj. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 12; abr. & remp. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 73]..... 631
Voir: DROIT CRIMINEL

18.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25, 178.1, 178.11(1), 178.12(1), 178.13(1),(2)d), 178.16(1)... 633
Voir: DROIT CRIMINEL

19.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25(1), 178.1, 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(1), (2), 178.16, 178.18(1), 178.2..... 697
Voir: DROIT CRIMINEL

20.—Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 et mod., art. 139..... 476
Voir: CONTRÔLE JUDICIAIRE

21.—Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 2(1)..... 125
Voir: CRÉANCIER ET DÉBITEUR

22.—Development Corporation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 93, art. 4, 4.1, 5..... 447
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

23.—Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 8, 18, 22..... 603
Voir: LIBERTÉS PUBLIQUES

24.—Judicature Act, R.S.O. 1970, chap. 228, art. 38, mod. par The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), chap. 51, art. 3..... 199
Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

25.—Limitations Act, 1975 (C.-B.), chap. 37, art. 3, 6.. 2
Voir: RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

26.—Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 35, 36(3)b)..... 407
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

27.—Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1), (2), 59(1), (2)..... 66
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

28.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 96..... 502
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

LOIS—Suite

29.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 93..... 575
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

30.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1)..... 603
Voir: LIBERTÉS PUBLIQUES

31.—Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, chap. 219, art. 11..... 536
Voir: VOIES PUBLIQUES

32.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 36d)..... 311
Voir: LÉGISLATION

33.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(2)..... 697
Voir: DROIT CRIMINEL

34.—Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille, 1978 (Ont.), chap. 2, art. 8..... 310
Voir: DROIT MATRIMONIAL

35.—Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 4..... 137
Voir: DROIT MATRIMONIAL

36.—Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1), (3)..... 145
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

37.—Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 9, 79(2)b), 115(2)..... 565
Voir: IMMIGRATION

38.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28(1)a)..... 412
Voir: CONTRÔLE JUDICIAIRE

39.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 52, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 7... 199
Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

40.—Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, 1979 (Qué.), chap. 72, art. 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499, 500..... 575
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

41.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(3.1) [ajouté par 1980-81-82-83 (Can.), chap. 125, par. 29(2)], 4(5)..... 311
Voir: LÉGISLATION

42.—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, chap. 149, art. 18(1)..... 335
Voir: INDIENS

43.—Loi sur les normes du travail, L.R.Q., chap. N-1.1, art. 124, 125, 126, 127, 128, 129..... 476
Voir: CONTRÔLE JUDICIAIRE

44.—Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2..... 232
Voir: DROIT CRIMINEL

45.—Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 7(2)..... 232
Voir: DROIT CRIMINEL

LOIS—Suite

46.—Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, Annexe: art. 3. 232
Voir: INTERPRÉTATION

47.—Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q. 1977, chap. V-1, art. 112 502
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

48.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, art. 1(1)d), 5(1), 7, 11 199
Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

49.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 261), mod. par 1975 (Ont.), chap. 43, art. 1(1)d),da), 5(2), 11, 14, 18, 21a. 280
Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

50.—Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 714, 738, 739 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 290). 2
Voir: RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

51.—Ombudsman Act, R.S.B.C. 1979, chap. 306 art. 10(1), 12(3), annexe art. 2. 447
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

52.—Trustee Act, R.S.B.C. 1960, chap. 390, art. 98 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 414). 335
Voir: INDIENS

PRATIQUE

1. Ordonnance abrégeant le délai normal de signification d'actes de procédure accordée – Autorisation de pourvoi accordée.

GOULD C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA *et autre*, 124.

2. Interventions – Pourvois en matière criminelle – Interventions en Cour d'appel de l'Ontario Association for the Mentally Retarded – Interventions de l'Association refusées en Cour suprême – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 18(2).

NIXON C. LA REINE (INTERVENTION); OGG-MOSS C. LA REINE (*Intervention*), 171.

PREUVE

Admissibilité – Preuve obtenue par voie d'écoute électronique – Opération pour obtenir la preuve comportant une intrusion – La preuve est-elle admissible?

LYONS *et autres*. C. LA REINE, 633.

PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

1. Responsabilité – Contrat de réalisation – Projet sous le contrôle direct du promoteur, mais contrôle ultime et retour de la propriété consentis à la compagnie d'assurance – Privilèges revendiqués par la compagnie de construction par suite de l'insolvabilité du promoteur – Non-paiement des travaux d'achèvement du projet demandés par le promoteur – Non-paiement des travaux exécutés sur les lieux sous-loués à la demande des sous-locataires – La compagnie d'assurance est-elle responsable à l'égard des revendications de privilège? – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, art. 1(1)d), 5(1), 7, 11 – The Judicature Act, R.S.O. 1970, chap. 228, art. 38, mod. par The Judicature Amendment Act, 1977 (No. 2), 1977 (Ont.), chap. 51, art. 3 – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 52, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 7.

PHOENIX ASSURANCE COMPANY OF CANADA *et autre* C. BIRD CONSTRUCTION COMPANY LTD. *et autres*, 199.

2. Propriétaire – Ouvrages publics – Société d'État qui vend un bien-fonds et qui détient une hypothèque – Projet inspiré par cette société – La société d'État est-elle un «propriétaire»? – Le projet est-il un «ouvrage public»?

KEN GORDON EXCAVATING LTD. C. EDSTAN CONSTRUCTION LTD. *et autres*; SOCIÉTÉ DE LOGEMENT DE L'ONTARIO C. KEN GORDON EXCAVATING LTD. *et autres*, 280.

3. Validité – Ouvrages publics – Avis – Sa Majesté est censée recevoir avis du privilège – À défaut d'avis, les privilèges sont-ils valides? – Ce défaut peut-il être corrigé?

KEN GORDON EXCAVATING LTD. C. EDSTAN CONSTRUCTION LTD. *et autres*; SOCIÉTÉ DE LOGEMENT DE L'ONTARIO C. KEN GORDON EXCAVATING LTD. *et autres*, 280.

4. Priorités – Avances faites en vertu d'une hypothèque – Caractère juridique des avances – Les montants des privilèges doivent-ils être payés à même les fonds avancés? – La somme à payer est-elle limitée au montant de la retenue prévue par la loi? – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 261), mod. par 1975 (Ont.), chap. 43, art. 1(1)d),da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

KEN GORDON EXCAVATING LTD. C. EDSTAN CONSTRUCTION LTD. *et autres*; SOCIÉTÉ DE LOGEMENT DE L'ONTARIO C. KEN GORDON EXCAVATING LTD. *et autres*, 280.

RELATIONS DU TRAVAIL

1. Grève – Refus concerté des employés de faire du travail supplémentaire – Déclaration du caractère illégal d'une grève et interdiction de grève – Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il excédé sa compétence? – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE C. CONSEIL CANADIEN DES RELATIONS DU TRAVAIL *et autres*, 412.

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

2. Grève illégale – Redressement particulier – Ordre aux parties de référer le problème du temps supplémentaire à l'arbitrage – Remède non autorisé par le Code canadien du travail – Remède annulé – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 118p) et 121 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), 182 et 183 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; abr. et rempl. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 183.1 (aj. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 64), 189 (aj. 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; mod. 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68).

SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE PRODUCTION DU QUÉBEC ET DE L'ACADIE C. CONSEIL CANADIEN DES RELATIONS DU TRAVAIL *et autres*, 412.

RESPONSABILITÉ

Accident de la circulation – Dommages causés à une route – La province peut-elle être indemnisée pour le nettoyage?

PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO C. FATEHI, 536.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence – Municipalité – Règlement fixant des normes de construction et imposant à l'inspecteur municipal des bâtiments l'obligation de les faire respecter – Inspection de la maison, changements requis et délivrance d'une ordonnance d'arrêt des travaux – Maison terminée et occupée sans permis – Découverte par l'acquéreur subséquent de graves vices de structure dont il n'avait pas été avisé préalablement – La distinction entre inaction et mauvaise exécution importe-t-elle quant à la responsabilité pour négligence lorsqu'on conclut à l'existence d'une obligation? – La ville a-t-elle fait preuve de négligence? – Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 714, 738, 739 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 290) – Limitations Act, 1975 (C.-B.), chap. 37, art. 3, 6.

KAMLOOPS (VILLE DE) C. NIELSEN *et autres*, 2.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE —Fin

TRIBUNAUX

Exposé de cause – Faits – Mesure dans laquelle les tribunaux peuvent examiner autre chose que les faits énoncés dans l'exposé de cause.

CALDWELL *et autre* C. STUART *et autres*, 603.

VOIES PUBLIQUES

Dommages résultant d'un accident de la circulation – Dépenses de la province pour le nettoyage – Responsabilité du conducteur négligent – Loi sur l'aménagement des routes et des transports en commun, L.R.O. 1980, chap. 421, art. 33 – Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, chap. 219, art. 11.

PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO C. FATEHI, 536.