Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1985 Vol. 2

1er cahier, 1985 Vol. 2

Cited as [1985] 2 S.C.R. 2-157

Renvoi [1985] 2 R.C.S. 2-157

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD
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

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD
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

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

CONTENTS

Dedman *v.* The Queen *et al.* **2**

Police — Powers and duties — R.I.D.E. program — Vehicles randomly stopped in spot check program to detect impaired drivers and deter impaired driving — Exercise of police power must be authorized by statute or at common law — No statutory authority for random stop — Random stop for purpose of R.I.D.E. program authorized at common law.

Criminal law — Roadside breathalyser testing — Failure to provide breath sample after vehicle randomly stopped in spot check program to detect impaired drivers — Random stop of motor vehicle authorized at common law — No reasonable excuse for non-compliance with the demand for a breath sample — Criminal Code, s. 234.1(1), (2).

Donkin *v.* Bugoy **85**

Matrimonial law — Distribution of matrimonial assets on divorce — Principle of equal division — Effect of death of spouse on distribution — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 30(1), 36, 43.

Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. *v.* Communauté urbaine de Montréal **74**

Labour law — Judicial review — Jurisdiction of arbitrator — Dismissal of police officer — Alteration by arbitrator of penalty imposed by disciplinary committee — Writ of evocation denied.

Continued on next page

SOMMAIRE

Dedman *c.* La Reine *et autres* **2**

Police — Pouvoirs et devoirs — Programme R.I.D.E. — Véhicules stoppés au hasard dans le cadre d'un programme visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies et à décourager la conduite avec facultés affaiblies — L'exercice des pouvoirs de la police doit être autorisé par la loi ou par la *common law* — Aucun pouvoir légal de stopper des véhicules au hasard — Arrêt au hasard de véhicules aux fins d'appliquer le programme R.I.D.E. autorisé en *common law*.

Droit criminel — Contrôle routier: alcootest — Omission de fournir un échantillon d'haleine après s'être vu demander de stopper son véhicule dans le cadre d'un programme d'arrêt au hasard visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies — Arrêt au hasard de véhicules à moteur autorisé en *common law* — Aucune excuse raisonnable pour ne pas obtempérer à la demande d'échantillon d'haleine — Code criminel, art. 234.1(1), (2).

Donkin *c.* Bugoy **85**

Droit matrimonial — Partage des biens du mariage à l'occasion d'un divorce — Principe du partage égal — Effet du décès d'un conjoint sur le partage — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 30(1), 36, 43.

Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. *c.* Communauté urbaine de Montréal **74**

Droit du travail — Contrôle judiciaire — Compétence de l'arbitre — Congédiement d'un policier — Sanction disciplinaire imposée par le Comité de discipline modifiée par l'arbitre — Bref d'évocation refusé.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Johns-Manville Canada Inc. *v.* The Queen **46**

Income tax — Income/capital distinction — Open pit mining operation — Land acquired for rimming — Land not overlaying ore body — Whether acquisition cost a capital expense or deductible as revenue expense — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 4, 11(1)(a), 12(1)(a), (b) — Income Tax Regulations, s. 1100(1).

R. *v.* Jewitt **128**

Criminal law — Courts — Whether a trial judge has the power to direct a stay of proceedings for abuse of process.

Criminal law — Appeal — Crown's right to appeal from "judgment or verdict of acquittal" — Stay of proceedings — Whether stay of proceedings constitutes "judgment or verdict of acquittal" — Criminal Code, s. 605(1)(a).

R. *v.* Toews **119**

Criminal law — Care and control of vehicle while impaired — Accused sleeping in sleeping bag on front seat — Ignition on but motor not running — Whether or not accused in care and control of vehicle — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1), 237(1).

Rousseau *v.* The Queen; R. *v.* Rousseau **38**

Criminal law — Appeal — Accused acquitted of conspiring and of obstructing justice — Crown's appeal limited to questions of law — No mistake of law — Logical conclusion by the trial judge — Criminal Code, s. 605(1)(a).

Criminal law — Extortion — Money requested without violence or menaces does not amount to extortion.

Winnipeg School Division No. 1 *v.* Craton *et al.* **150**

Civil rights — Discrimination — Age — Mandatory retirement — The Public Schools Act provision for mandatory retirement in conflict with The Human Rights Act — Whether or not mandatory retirement requirement void — The Human Rights Act, 1974 (Man.), c. 65, s. 6(1); C.C.S.M., c. H175, s. 6(1) — The Public Schools Act, R.S.M. 1970, c. P250, s. 39(2); The Public Schools Act, 1980 (Man.), c. 33, s. 50; C.C.S.M., c. P250, s. 50.

SOMMAIRE (Fin)

Johns-Manville Canada Inc. *c.* La Reine **46**

Impôt sur le revenu — Distinction entre revenu et capital — Mine à ciel ouvert — Acquisition de biens-fonds pour maintenir la stabilité de la paroi de la mine — Biens-fonds non situés au-dessus du gisement de minerai — Le coût d'acquisition est-il une dépense de capital ou est-il déductible comme dépense d'exploitation? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 4, 11(1)a), 12(1)a), b) — Règlement de l'impôt sur le revenu, art. 1100(1).

R. *c.* Jewitt ..... **128** ✓

Droit criminel — Tribunaux — Le juge du procès a-t-il le pouvoir d'ordonner une suspension d'instance pour abus de procédure?

Droit criminel — Appel — Droit de Sa Majesté d'en appeler d'un «jugement ou verdict d'acquittement» — Suspension d'instance — La suspension d'instance constitue-t-elle un «jugement ou verdict d'acquittement»? — Code criminel, art. 605(1)a).

R. *c.* Toews **119**

Droit criminel — Garde et contrôle d'un véhicule alors que les facultés sont affaiblies — Accusé qui dort dans un sac de couchage sur le siège avant — Contact mis, mais moteur à l'arrêt — L'accusé a-t-il la garde et le contrôle du véhicule? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234(1), 237(1).

Rousseau *c.* La Reine; R. *c.* Rousseau ..... **38** ✓

Droit criminel — Appel — Accusé acquitté de complot et d'entrave à la justice — Appel du ministère public limité aux questions de droit — Aucune erreur de droit — Conclusion logique du juge du procès — Code criminel, art. 605(1)a).

Droit criminel — Extorsion — Somme d'argent demandée sans violence ou menaces ne constitue pas de l'extorsion.

Winnipeg School Division No. 1 *c.* Craton *et autre* **150**

Libertés publiques — Discrimination — Âge — Retraite obligatoire — Conflit entre les dispositions de The Public Schools Act prescrivant la retraite obligatoire et celles de The Human Rights Act — L'exigence de retraite obligatoire est-elle nulle? — The Human Rights Act, 1974 (Man.), chap. 65, art. 6(1); C.C.S.M., chap. H175, art. 6(1) — The Public Schools Act, R.S.M. 1970, chap. P250, art. 39(2); The Public Schools Act, 1980 (Man.), chap. 33, art. 50; C.C.S.M., chap. P250, art. 50.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 2, 1985

2e volume, 1985

Robert B. Dedman *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The Attorney General for New Brunswick and the Attorney General for Alberta *Interveners.*

File No.: 16726.

1984: October 9; 1985: July 31.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Police — Powers and duties — R.I.D.E. program — Vehicles randomly stopped in spot check program to detect impaired drivers and deter impaired driving — Exercise of police power must be authorized by statute or at common law — No statutory authority for random stop — Random stop for purpose of R.I.D.E. program authorized at common law.

Criminal law — Roadside breathalyser testing — Failure to provide breath sample after vehicle randomly stopped in spot check program to detect impaired drivers — Random stop of motor vehicle authorized at common law — No reasonable excuse for non-compliance with the demand for a breath sample — Criminal Code, s. 234.1(1), (2).

Appellant voluntarily complied with a police officer's request to stop his vehicle. There was nothing improper about his driving or the condition of his car. The stop was ordered as part of a spot check program, known as R.I.D.E., whose principal aim is to detect, deter and reduce impaired driving. The police go to a location where they believe there has been a high incidence of impaired driving and, on a random basis, request motorists to pull over and stop. They then ask for a valid driver's licence and proof of insurance to initiate conversation with the goal of detecting the otherwise undetectable drinking driver.

Robert B. Dedman *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général de l'Alberta *Intervenants.*

N° du greffe: 16726.

1984: 9 octobre; 1985: 31 juillet.

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'ONTARIO

Police — Pouvoirs et devoirs — Programme R.I.D.E. — Véhicules stoppés au hasard dans le cadre d'un programme visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies et à décourager la conduite avec facultés affaiblies — L'exercice des pouvoirs de la police doit être autorisé par la loi ou par la common law — Aucun pouvoir légal de stopper des véhicules au hasard — Arrêt au hasard de véhicules aux fins d'appliquer le programme R.I.D.E. autorisé en common law.

Droit criminel — Contrôle routier: alcootest — Omission de fournir un échantillon d'haleine après s'être vu demander de stopper son véhicule dans le cadre d'un programme d'arrêt au hasard visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies — Arrêt au hasard de véhicules à moteur autorisé en common law — Aucune excuse raisonnable pour ne pas obtempérer à la demande d'échantillon d'haleine — Code criminel, art. 234.1(1), (2).

L'appelant a obtempéré volontairement à la demande d'un agent de police d'arrêter son véhicule. Il n'y avait rien d'anormal ni dans sa façon de conduire, ni dans l'état de son véhicule. L'arrêt a été ordonné dans le cadre d'un programme d'arrêt au hasard de véhicules appelé R.I.D.E., dont l'objectif principal est de déceler, décourager et diminuer la conduite avec facultés affaiblies. Les agents de police se rendent à un endroit où ils croient qu'il y a un nombre élevé de conducteurs aux facultés affaiblies et choisissent au hasard des automobilistes à qui ils demandent de s'arrêter. Ils demandent le permis de conduire et la preuve d'assurance pour engager la conversation afin de déceler si le conducteur a bu, ce qu'ils ne pourraient pas faire autrement.

The officer, while checking appellant's licence, smelled a strong odour of alcohol on his breath and made a demand pursuant to s. 234.1 of the *Criminal Code* that he supply breath samples for analysis in a roadside screening device. Appellant, despite repeated attempts, failed to provide a sample of his breath sufficient to give a proper reading on the device. He was charged with failing, without reasonable excuse, to comply with a demand to supply a breath sample, pursuant to s. 234.1(2) of the *Code*. Appellant's acquittal before the Provincial Court judge was confirmed by the Ontario Supreme Court but set aside by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether, in the circumstances, the police officer possessed authority, either statutory or at common law, to require the appellant to stop his motor vehicle; and if not, whether appellant could be convicted of failing or refusing, without lawful excuse, to provide a breath sample.

Held (Dickson C.J. and Beetz and Chouinard JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: The random stop by police of appellant's vehicle was lawful at common law and the appellant accordingly had no reasonable excuse for his non-compliance with the demand for a breath sample.

Police officers, when acting or purporting to act in their official capacity as agents of the state, only act lawfully if they act in the exercise of authority either conferred by statute or derived from their duties at common law. The ambit of police authority, as distinct from police liability, is not to be determined by the limits of a police officer's criminal or civil responsibility.

The appellant's compliance with the signal to stop cannot alter the legal basis which must exist to justify the random stop. Having regard to the coercive nature of police action and uncertainty over the extent of police powers, compliance with a request to stop at a roadside check point cannot be regarded as voluntary in any meaningful sense.

No statutory authority for the signal to stop may be found in either the *Criminal Code* or the relevant provisions of the Ontario *Highway Traffic Act*.

Common law authority for the random vehicle stops, for the purpose contemplated by the R.I.D.E. program, may be derived from the general duties of police officers on the basis of the test laid down in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659. The right to circulate in a motor

En vérifiant le permis de conduire de l'appelant, l'agent de police a senti une forte odeur d'alcool dans l'haleine de ce dernier et a formulé, conformément à l'art. 234.1 du *Code criminel*, une demande d'échantillons d'haleine pour fins d'analyse sur place au moyen d'un alcootest. Malgré des tentatives répétées, l'appelant n'a pas réussi à fournir un échantillon de son haleine suffisant pour indiquer un résultat sur l'appareil. Il a été accusé d'avoir omis, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d'haleine, contrairement au par. 234.1(2) du *Code*. L'acquittement de l'appelant par le juge de la Cour provinciale a été confirmé par la Cour suprême de l'Ontario, mais infirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi a pour objet de déterminer si, dans les circonstances, l'agent de police avait le pouvoir, en vertu de la loi ou de la *common law*, de demander à l'appelant d'arrêter son véhicule à moteur et, dans la négative, si l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir omis ou refusé, sans excuse légitime, de fournir un échantillon de son haleine.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Beetz et Chouinard sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: L'arrêt du véhicule de l'appelant, fait au hasard par la police, est légal en *common law* et l'appelant n'avait donc aucune excuse raisonnable pour refuser d'obtempérer à la demande d'échantillon d'haleine.

Lorsque les agents de police agissent ou sont censés agir à titre officiel en tant qu'agents de l'État, ils n'agissent légalement que s'ils exercent un pouvoir qu'ils possèdent en vertu d'une loi ou qui découle de leurs fonctions par l'effet de la *common law*. L'étendue du pouvoir des agents de police, par opposition à celle de leur responsabilité, ne se détermine pas par les limites de la responsabilité civile ou criminelle d'un agent de police.

L'obéissance de l'appelant au signal d'arrêt ne change rien au fondement légal qui doit exister pour justifier l'arrêt au hasard. Compte tenu de la nature coercitive des actes de la police et de l'incertitude quant à l'étendue de ses pouvoirs, l'obéissance à une demande de s'arrêter à un point de contrôle routier ne peut être considérée comme volontaire au vrai sens du terme.

Le pouvoir légal de faire signe d'arrêter ne peut être trouvé ni dans le *Code criminel* ni dans les dispositions pertinentes du *Code de la route* de l'Ontario.

Le pouvoir en vertu de la *common law* de faire arrêter des véhicules au hasard pour les fins du programme R.I.D.E. peut découler des devoirs généraux des agents de police selon le critère énoncé dans l'arrêt *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659. Le droit de circuler

vehicle on the public highway may be described as a liberty; however, when assessing the interference caused by a random vehicle stop, it cannot be regarded as a fundamental liberty like an individual's right of movement, since it is a licensed activity subject to regulation and control for the protection of life and property.

Applying the *Waterfield* test, the random vehicle stop was a *prima facie* unlawful interference with liberty since it was not authorized by statute. The random stop does fall within the general scope of police duties to prevent crime and to protect life and property by the control of traffic as these are the very objects of the R.I.D.E. program, a measure intended to improve the deterrence and detection of impaired driving.

The random vehicle stop was not an unjustifiable use of police power because it was both necessary to the execution of police duty and reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. Random stops for the R.I.D.E. program do not unreasonably interfere with the right to circulate on the highway because of the importance of deterring impaired driving, the necessity of random stops to effective detection, the fact that driving is already subject to regulation and control in the interests of safety and the minor inconvenience experienced by innocent motorists.

Per Dickson C.J. and Beetz and Chouinard JJ., *dissenting*: The police only act lawfully when they exercise authority conferred upon them by statute or at common law. Having regard to the authoritative and coercive character of police requests, submission to a police officer's exercise of apparent authority, such as a demand to stop at a roadblock, cannot be characterized as voluntary, unless it was clear to the person at the time that he or she was free to refuse to comply.

It has always been a fundamental tenet of the rule of law that the police, in carrying out their general duties as law enforcement officers have limited powers and are only entitled to interfere with the liberty or property of the citizen to the extent authorized by law. It is necessary to distinguish the duties of police officers from the power, or lawful authority, they possess to execute those duties. The fact that a police officer has a general duty

en voiture sur la voie publique peut être décrit comme une faculté; toutefois, en évaluant l'entrave causée par l'arrêt de véhicules au hasard, il ne peut être considéré comme une liberté fondamentale comme le droit de circuler dont jouit une personne, étant donné qu'il s'agit d'une activité qui nécessite un permis et qui est assujettie à une réglementation et à un contrôle en vue de la protection de la vie des personnes et de la propriété.

Appliquant le critère de l'arrêt *Waterfield*, l'arrêt du véhicule au hasard était, de prime abord, une atteinte illégale à la liberté puisqu'elle n'était pas permise par la loi. L'arrêt de véhicules au hasard entre dans le cadre général des devoirs d'un agent de police visant à prévenir le crime et à protéger la vie des personnes et la propriété par la surveillance de la circulation, étant donné que ce sont là les objets mêmes du programme R.I.D.E. qui vise à améliorer la détection de la conduite avec facultés affaiblies et à la décourager.

L'arrêt de véhicules au hasard ne constituait pas un usage injustifié d'un pouvoir de la police étant donné qu'il était nécessaire à l'accomplissement d'un devoir de la police et qu'il était raisonnable compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte. Les arrêts de véhicules au hasard effectués pour les fins du programme R.I.D.E. ne constituent pas une entrave déraisonnable au droit de circuler sur les routes en raison de l'importance de décourager la conduite avec facultés affaiblies, de la nécessité d'effectuer des arrêts au hasard afin de détecter efficacement les conducteurs aux facultés affaiblies, du fait que la conduite d'un véhicule à moteur est déjà assujettie à une réglementation et à un contrôle pour favoriser la sécurité et des inconvénients mineurs qu'ils causent aux automobilistes innocents.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz et Chouinard, *dissidents*: Les agents de police n'agissent légalement que lorsqu'ils exercent des pouvoirs qui leur sont conférés en vertu de la loi ou de la *common law*. Compte tenu du caractère impérieux et coercitif des demandes des policiers, l'obéissance à l'exercice d'un pouvoir apparent d'un agent de police, comme la demande d'arrêter à un barrage routier, ne peut être qualifiée de volontaire à moins que la personne n'ait su clairement à ce moment-là qu'elle était libre de refuser d'obéir.

On a toujours considéré, comme principe fondamental de la primauté du droit, que dans l'accomplissement de leurs devoirs généraux à titre d'agents chargés d'appliquer la loi, les policiers ont des pouvoirs limités et n'ont le droit de porter atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété que dans la mesure autorisée par la loi. Il est nécessaire d'établir une distinction entre les devoirs des agents de police et le pouvoir ou la compétence légale

to prevent crime and protect life and property does not mean that he or she can use any or all means for achieving these ends.

In the criminal law, the rules and principles relating to arrest establish justifiable limits upon a citizen's liberty. Short of arrest, the police have never possessed legal authority at common law to detain any one against his or her will for questioning or to pursue an investigation. Under the R.I.D.E. program, the police are stopping and detaining motorists arbitrarily to investigate whether or not they might be committing a criminal offence. These random stops by the police under the R.I.D.E. program are indistinguishable from detention for questioning or investigation and, without validly enacted legislation to support them, are unlawful. It would be contrary to the long standing protection accorded individual liberty by the common law and detrimental to the individual's fundamental right to be free from arbitrary interference to conclude that this action of the police was authorized and lawful. It is the function of the legislature, not of the courts, to authorize arbitrary police action that would otherwise be unlawful as a violation of rights traditionally protected at common law.

Since the police officer randomly stopped the appellant and arbitrarily detained him, he was not acting lawfully at the time of the demand under s. 234.1(1) and it was not lawfully made. Accordingly, the s. 234.1(1) demand was invalid and the appellant cannot be convicted of failing or refusing without reasonable excuse to comply with a demand for a breath sample contrary to s. 234.1(2).

Cases cited

By the majority

R. v. Waterfield, [1963] 3 All E.R. 659, applied; *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233, considered; *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753, referred to.

qu'ils possèdent pour accomplir ces devoirs. Le fait qu'un agent de police a le devoir général de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens ne signifie pas qu'il peut utiliser tous les moyens pour atteindre ces objectifs.

En droit criminel, les règles et les principes relatifs à l'arrestation établissent des limites justifiables à la liberté d'un citoyen. Sauf dans le cas d'une arrestation, l'agent de police n'a jamais eu la compétence légale en *common law* pour détenir une personne contre son gré pour l'interroger ou pour mener une enquête. Selon le programme R.I.D.E., les agents de police arrêtent et détiennent des automobilistes d'une façon arbitraire pour savoir s'ils peuvent être en train de commettre une infraction criminelle. Ces arrêts effectués au hasard par la police dans le cadre du programme R.I.D.E. correspondent à une détention pour interrogatoire ou pour une enquête contre la volonté d'une personne et sont illégaux en l'absence d'une loi habilitante validement adoptée. Conclure que cette action de la police était permise et légale irait à l'encontre de la protection accordée depuis longtemps à la liberté individuelle par la *common law* et nuirait au droit fondamental de chaque personne d'être protégée contre les atteintes arbitraires. Il incombe au législateur et non pas aux tribunaux d'autoriser un acte arbitraire de la police qui serait par ailleurs illégal à titre de violation des droits qui sont traditionnellement protégés en *common law*.

Vu qu'il a arrêté l'appelant au hasard et qu'il l'a détenu d'une manière arbitraire, l'agent de police n'agissait pas légalement au moment de la demande fondée sur le par. 234.1(1) et celle-ci n'a donc pas été faite légalement. Par conséquent, la demande fondée sur le par. 234.1(1) était invalide et l'appelant ne peut être déclaré coupable d'avoir refusé, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à une demande d'échantillon d'haleine, contrairement au par. 234.1(2).

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêt suivi: *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; arrêt examiné: *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233; arrêts mentionnés: *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753.

By the minority

Morris v. Beardmore, [1980] 2 All E.R. 753; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682; *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195; *Albert v. Lavin*, [1981] 3 All E.R. 878; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Samuel v. Payne* (1780), 1 Doug. K.B. 359, 99 E.R. 230; *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183; *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 118 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 7], 234.1(1), (2) [as en. by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 15], 449 and 450 [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5].

Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 14 [as am. by 1979 (Ont.), c. 57, s. 2].

Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, s. 189*a*.(1) [as en. by 1981 (Ont.), c. 72, s. 2].

Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, s. 27(*b*).

Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, s. 55 [now R.S.O. 1980, c. 381, s. 57].

Authors Cited

Bailey, S.H. and D.J. Birch. "Recent Developments in the Law of Police Powers," [1982] *Crim. L.R.* 475.

Butler, T.R.F. and M. Garsia. *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 36th ed., London, Sweet & Maxwell, 1966.

Cohen, S. "The Investigation of Offences and Police Powers" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 549.

Devlin, P.B. *The Criminal Prosecution in England*, New Haven, Yale University Press, 1958.

Halsbury's Laws of England, vol. 30, 3rd ed., London, Butterworths, 1959.

Halsbury's Laws of England, vol. 36, 3rd ed., London, Butterworths, 1961.

Honsberger, J. "The Power of Arrest and the Duties and Rights of Citizens and the Police," [1963] *L.S.U.C. Special Lectures: Arrest and Interrogation* 1.

Humphrey, D.G. "Abuse of Their Powers by the Police," [1979] *L.S.U.C. Special Lectures: Abuse of Power* 557.

Lanham, David, "Arrest, Detention and Compulsion," [1974] *Crim. L.R.* 288.

Leigh, L.H. *Police Powers in England and Wales*, London, Butterworths, 1975.

Citée par la minorité

Morris v. Beardmore, [1980] 2 All E.R. 753; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233; *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682; *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195; *Albert v. Lavin*, [1981] 3 All E.R. 878; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Samuel v. Payne* (1780), 1 Doug. K.B. 359, 99 E.R. 230; *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183; *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 118 [abr. & rempl. 1972 (Can.), chap. 13, art. 7], 234.1(1), (2) [aj. à 1974-75-76 (Can.), chap. 93, s. 15], 449 et 450 [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 5].

Code de la route, S.R.O. 1970, chap. 202, art. 14 [mod. par 1979 (Ont.), chap. 57, art. 2].

Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198, art. 189*a*.(1) [aj. à 1981 (Ont.), chap. 72, art. 2].

Interpretation Act, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 27*b*).

Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351, art. 55 [maintenant R.S.O. 1980, chap. 381, art. 57].

Doctrine citée

Bailey, S.H. and D.J. Birch. «Recent Developments in the Law of Police Powers», [1982] *Crim. L.R.* 475.

Butler, T.R.F. and M. Garsia. *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 36th ed., London, Sweet & Maxwell, 1966.

Cohen, S. «The Investigation of Offences and Police Powers» (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 549.

Devlin, P.B. *The Criminal Prosecution in England*, New Haven, Yale University Press, 1958.

Halsbury's Laws of England, vol. 30, 3rd ed., London, Butterworths, 1959.

Halsbury's Laws of England, vol. 36, 3rd ed., London, Butterworths, 1961.

Honsberger, J. «The Power of Arrest and the Duties and Rights of Citizens and the Police», [1963] *L.S.U.C. Special Lectures: Arrest and Interrogation* 1.

Humphrey, D.G. «Abuse of Their Powers by the Police», [1979] *L.S.U.C. Special Lectures: Abuse of Power* 557.

Lanham, David. "Arrest, Detention and Compulsion", [1974] *Crim. L.R.* 288.

Leigh, L.H. *Police Powers in England and Wales*, London, Butterworths, 1975.

Salhany, R.E. *Canadian Criminal Procedure*, 3rd ed., Toronto, Canada Law Book Ltd., 1978.
Smith, J.C. and B. Hogan. *Criminal Law*, London, Butterworths, 1965.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 59 C.C.C. (2d) 97, 122 D.L.R. (3d) 655, 32 O.R. (2d) 641, 23 C.R. (3d) 228, 10 M.V.R. 59, which allowed an appeal from the judgment of Maloney J. (1980), 55 C.C.C. (2d) 97, 118 D.L.R. (3d) 425, 30 O.R. (2d) 555, 23 C.R. (3d) 203, 8 M.V.R. 142, dismissing an appeal by way of stated case from the judgment of Charles Prov. Ct. J. (1980), 55 C.C.C. (2d) 98, 118 D.L.R. (3d) 427, 30 O.R. (2d) 557, 15 C.R. (3d) 261, 6 M.V.R. 233, acquitting the appellant on a charge of failing to comply with a demand to supply breath samples contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Beetz and Chouinard JJ. dissenting.

Morris Manning, Q.C., and *Joseph Favaro*, for the appellant.

Murray D. Segal, for the respondent.

John H. Evans, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

William Henkel, Q.C., and *Richard Taylor*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Dickson C.J. and Beetz and Chouinard JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This appeal arises out of a random stop of a motorist by the police as part of the program in Ontario to reduce impaired driving known as R.I.D.E. (Reduce Impaired Driving Everywhere). It raises important questions concerning police powers and the appropriate balance between the interest of the community in law enforcement and the interest of the individual in being free from arbitrary interference with his or her liberty.

I. Facts and Procedural History

The aim of the R.I.D.E. program in Ontario is to reduce impaired driving by detecting the impaired motorist and deterring others from driv-

Salhany, R.E. *Canadian Criminal Procedure*, 3rd ed., Toronto, Canada Law Book Ltd., 1978.
Smith, J.C. and B. Hogan. *Criminal Law*, London, Butterworths, 1965.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 59 C.C.C. (2d) 97, 122 D.L.R. (3d) 655, 32 O.R. (2d) 641, 23 C.R. (3d) 228, 10 M.V.R. 59, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Maloney (1980), 55 C.C.C. (2d) 97, 118 D.L.R. (3d) 425, 30 O.R. (2d) 555, 23 C.R. (3d) 203, 8 M.V.R. 142, qui a rejeté l'appel formé par voie d'exposé de cause contre le jugement du juge Charles de la Cour provinciale (1980), 55 C.C.C. (2d) 98, 118 D.L.R. (3d) 427, 30 O.R. (2d) 557, 15 C.R. (3d) 261, 6 M.V.R. 233, qui avait acquitté l'appelant relativement à l'accusation d'avoir omis d'obtempérer à une demande d'échantillons d'haleine, contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Beetz et Chouinard sont dissidents.

Morris Manning, c.r., et *Joseph Favaro*, pour l'appelant.

Murray D. Segal, pour l'intimée.

John H. Evans, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

William Henkel, c.r., et *Richard Taylor*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Beetz et Chouinard rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le présent pourvoi résulte de l'arrêt au hasard d'un automobiliste par la police dans le cadre du programme ontarien de promotion de la sobriété au volant appelé R.I.D.E. (*Reduce Impaired Driving Everywhere*). Il soulève des questions importantes relatives aux pouvoirs de la police et au juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à ce que la loi soit appliquée et celui du particulier à ne pas être soumis à une entrave arbitraire à sa liberté.

I. Les faits et l'historique des procédures

L'objectif du programme R.I.D.E. en Ontario est de diminuer la conduite avec facultés affaiblies en décelant les automobilistes aux facultés affai-

ing after drinking. The police go to a location where they believe there has been a high incidence of impaired driving or alcohol related accidents. Motorists passing through this location are requested, on a random basis, to pull over and stop. Police officers ask the driver for a valid driver's licence and proof of insurance and they note the condition of the vehicle and the driver. The demand for a licence and proof of insurance is made for the purpose of initiating conversation with the ultimate goal of allowing the police to detect the drinking driver whom they might otherwise be unable to detect. R.I.D.E. officers are equipped with approved road-side screening devices to permit them to make demands for breath samples, pursuant to s. 234.1 of the *Criminal Code*, if they form the requisite grounds during their conversation with the driver.

The appellant was signalled to stop by a police officer participating in the R.I.D.E. program on February 4, 1980. The only reason he was requested by the police to stop was the R.I.D.E. program. There was nothing improper about his driving or the condition of his car. The police did not have reasonable and probable grounds for believing he had committed or was committing a criminal offence under any statute, either provincial or federal. The officer did not, at the time of the stop, have any reasonable suspicion that the appellant had alcohol in his body.

The appellant complied with the request to stop his vehicle. During conversation, the police officer formed a reasonable suspicion that the appellant was driving with alcohol in his body and demanded that he provide a sample of his breath. The appellant, following instruction and despite repeated attempts, failed to furnish a sample of his breath sufficient to give a proper reading on the A.L.E.R.T. (Alcohol Level Evaluation Roadside Tester) device. An appearance notice was issued on a charge of failing or refusing to comply with a road-side demand contrary to s. 234.1(2) of the

blies et en décourageant les autres de conduire quand ils ont consommé de l'alcool. Les agents de police choisissent un endroit où ils croient qu'il y a un nombre élevé de conducteurs aux facultés affaiblies ou d'accidents causés par l'alcool. On choisit au hasard des automobilistes qui passent à cet endroit et on leur demande de s'arrêter. Les agents de police demandent au conducteur de présenter son permis de conduire et une preuve d'assurance et ils prennent note de l'état du véhicule et de celui du conducteur. Les policiers demandent le permis de conduire et la preuve d'assurance pour engager la conversation afin de pouvoir déceler si le conducteur a bu, ce qu'ils ne pourraient peut-être pas faire autrement. Les agents affectés au programme R.I.D.E. disposent d'alcootests approuvés, de manière à pouvoir demander des échantillons d'haleine conformément à l'art. 234.1 du *Code criminel*, s'ils estiment avoir des motifs de le faire au cours de leur conversation avec le conducteur.

Le 4 février 1980, un agent de police qui participait au programme R.I.D.E. a fait signe à l'appelant d'arrêter son véhicule. Le seul motif pour lequel l'agent de police lui a demandé d'arrêter était l'application du programme R.I.D.E. Il n'y avait rien d'anormal ni dans sa façon de conduire, ni dans l'état de son véhicule. L'agent de police n'avait pas de motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait commis ou était en train de commettre une infraction criminelle à une loi provinciale ou fédérale. Au moment où il lui a demandé d'arrêter, l'agent n'avait aucune raison de soupçonner que l'appelant avait de l'alcool dans le sang.

L'appelant a acquiescé à la demande d'arrêter son véhicule. Pendant la conversation, l'agent de police a eu un soupçon raisonnable que l'appelant conduisait avec de l'alcool dans le sang et il lui a demandé de fournir un échantillon d'haleine. L'appelant a suivi les indications et, malgré des tentatives répétées, il n'a pas réussi à fournir un échantillon de son haleine suffisant pour indiquer un résultat sur l'appareil de type A.L.E.R.T. (test pour évaluer l'alcoolémie au bord de la route). L'agent lui a remis un avis de comparution relativement à une accusation d'avoir omis ou refusé de fournir un échantillon pour analyse sur place con-

Criminal Code and the appellant departed.

The appellant was acquitted at trial before Provincial Court Judge Charles: (1980), 55 C.C.C. (2d) 98, 118 D.L.R. (3d) 427, 30 O.R. (2d) 557, 15 C.R. (3d) 261, 6 M.V.R. 233. An appeal by stated case was dismissed by Maloney J. of the Ontario Supreme Court: (1980), 55 C.C.C. (2d) 97, 118 D.L.R. (3d) 425, 30 O.R. (2d) 555, 23 C.R. (3d) 203, 8 M.V.R. 142. A Crown appeal to a five-member panel of the Ontario Court of Appeal was unanimously allowed: (1981), 59 C.C.C. (2d) 97, 122 D.L.R. (3d) 655, 32 O.R. (2d) 641, 23 C.R. (3d) 228, 10 M.V.R. 59. The Court ordered that the case be remitted to the trial judge for consideration of the question whether the appellant's seeming attempts to comply with the demand were genuine or feigned.

The appellant was granted leave to appeal to this Court.

II. Issues

This appeal raises two issues:

1) whether, in the circumstances, the police officer possessed statutory or common law authority to require the appellant to stop his motor vehicle;

2) if not, whether the appellant may be convicted of failing or refusing, without lawful excuse, to provide a sample of his breath.

I have had the opportunity of reading the reasons for judgment prepared by Le Dain J. and I agree with him, for the reasons he has given, that police officers only act lawfully when they exercise authority conferred upon them by statute or at common law. The apparent voluntary compliance by a citizen with a police request to stop a motor vehicle cannot alter the legal basis which must justify such police action when it is challenged in later proceedings.

Having regard to the authoritative and coercive character of police requests, submission to a police

trairement au par. 234.1(2) du *Code criminel* et l'accusé a quitté les lieux.

L'appelant a été acquitté en première instance par le juge Charles de la Cour provinciale: (1980), 55 C.C.C. (2d) 98, 118 D.L.R. (3d) 427, 30 O.R. (2d) 557, 15 C.R. (3d) 261, 6 M.V.R. 233. Le juge Maloney de la Cour suprême de l'Ontario a rejeté un appel formé par voie d'exposé de cause: (1980), 55 C.C.C. (2d) 97, 118 D.L.R. (3d) 425, 30 O.R. (2d) 555, 23 C.R. (3d) 203, 8 M.V.R. 142. L'appel du ministère public devant une formation de cinq membres de la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli à l'unanimité: (1981), 59 C.C.C. (2d) 97, 122 D.L.R. (3d) 655, 32 O.R. (2d) 641, 23 C.R. (3d) 228, 10 M.V.R. 59. La Cour d'appel a ordonné que l'affaire soit renvoyée devant le juge de première instance pour qu'il examine la question de savoir si les tentatives de l'appelant de se conformer à la demande étaient réelles ou simulées.

L'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour.

II. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions:

1) Dans les circonstances, l'agent de police avait-il le pouvoir, en vertu de la loi ou de la *common law*, de demander à l'appelant d'arrêter son véhicule à moteur?

2) Dans la négative, l'appelant peut-il être déclaré coupable d'avoir omis ou refusé, sans excuse légitime, de fournir un échantillon de son haleine?

J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement rédigés par le juge Le Dain et je conviens avec lui, pour les motifs qu'il a donnés que les agents de police n'agissent légalement que lorsqu'ils exercent des pouvoirs qui leur sont conférés en vertu de la loi ou de la *common law*. L'obéissance apparemment volontaire d'un citoyen à la demande d'un policier d'arrêter son véhicule à moteur ne peut modifier le fondement juridique qui doit justifier un tel acte de la police lorsqu'il est contesté dans des procédures ultérieures.

Compte tenu du caractère impérieux et coercitif des demandes des policiers, l'obéissance à l'exer-

officer's exercise of apparent authority, such as a demand to stop at a roadblock, cannot be characterized as voluntary or consensual unless it was clear to the person at the time that he was free to refuse to comply.

III. Lawfulness of Random Vehicle Stops

A. *Statutory Authority*

The R.I.D.E. program was not, at the time the appellant was stopped, expressly authorized by statute, either federal or provincial. I agree with Le Dain J. that none of the provincial statutory provisions relied upon can be interpreted to grant police officers authority to request a motorist stop for the purposes of the R.I.D.E. program. In particular, s. 14 of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, as amended by 1979 (Ont.), c. 57, s. 2 (now R.S.O. 1980, c. 198), does not provide statutory authority for the signal to stop. It is unnecessary to express any opinion as to the constitutional validity of s. 14. Section 14 is not being applied to confer authority to make a random vehicle stop for the purpose contemplated by the R.I.D.E. program. The constitutional question set in this case need not therefore be answered.

B. *Common Law Authority*

With respect, I am unable to agree with Le Dain J. that the general duties of police officers provide the foundation for common law authority to stop a motor vehicle for the purpose and in the manner contemplated by the R.I.D.E. program.

It has always been a fundamental tenet of the rule of law in this country that the police, in carrying out their general duties as law enforcement officers of the state, have limited powers and are only entitled to interfere with the liberty or property of the citizen to the extent authorized by law. Laskin C.J. dissenting, in *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56, made the point at pp. 64-65:

cice d'un pouvoir apparent d'un agent de police, comme la demande d'arrêter à un barrage routier, ne peut être qualifiée de volontaire ou de consensuelle à moins que la personne n'ait su clairement à ce moment-là qu'elle était libre de refuser d'obéir.

III. Le caractère légal des arrêts de véhicules au hasard

A. *Le pouvoir en vertu de la loi*

Le programme R.I.D.E. n'était pas, au moment où on a demandé à l'appelant d'arrêter son véhicule, expressément autorisé par une loi fédérale ou provinciale. Je suis d'accord avec le juge Le Dain pour dire qu'aucune des dispositions législatives provinciales sur lesquelles on s'est fondé ne peut être interprétée de manière à conférer aux agents de police le pouvoir de demander à un automobiliste d'arrêter son véhicule pour les fins du programme R.I.D.E. En particulier, l'art. 14 du *Code de la route*, S.R.O. 1970, chap. 202 modifié par 1979 (Ont.), chap. 57, art. 2 (maintenant L.R.O. 1980, chap. 198), ne confère pas le pouvoir de faire signe d'arrêter. Par conséquent, il n'est nécessaire ni d'exprimer une opinion sur la constitutionnalité de l'art. 14 puisqu'il n'est pas appliqué pour conférer le pouvoir d'arrêter des véhicules au hasard pour les fins du programme R.I.D.E., ni de répondre à la question constitutionnelle qui est posée en l'espèce.

B. *Le pouvoir en vertu de la common law*

Avec égards, je ne puis partager l'opinion du juge Le Dain que les devoirs généraux des agents de police constituent le fondement de leur pouvoir en vertu de la *common law* de faire arrêter un véhicule à moteur pour les fins du programme R.I.D.E. et de la manière prévue par celui-ci.

On a toujours considéré, comme principe fondamental de la primauté du droit dans ce pays, que dans l'accomplissement de leurs devoirs généraux à titre d'agents de l'État chargés de l'application de la loi, les policiers ont des pouvoirs limités et n'ont le droit de porter atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété que dans la mesure autorisée par la loi. Le juge en chef Laskin, dissident, dans l'arrêt *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56, a exprimé cette opinion aux pp. 64 et 65:

Far more important, however, is the social and legal, and indeed, political, principle upon which our criminal law is based, namely, the right of an individual to be left alone, to be free of private or public restraint, save as the law provides otherwise. Only to the extent to which it so provides can a person be detained or his freedom of movement arrested.

Absent explicit or implied statutory authority, the police must be able to find authority for their actions at common law. Otherwise they act unlawfully.

Martin J.A., in the case at bar, accurately summarized the rights of the citizen and the power of the police as follows:

> In carrying out their general duties, the police have limited powers, and they are entitled to interfere with the liberty and property of the citizen only where such interference is authorized by law. It is, of course, a constitutional principle that the citizen has a right not to be subjected to imprisonment, arrest, or physical restraint that is not justified by law, and every invasion of the property of the citizen is a trespass unless legally justified .... On the other hand, when a police officer is trying to discover whether, or by whom, an offence has been committed, he is entitled to question any person, whether suspected or not, from whom he thinks useful information may be obtained. Although a police officer is entitled to question any person in order to obtain information with respect to a suspected offence, he has no lawful power to compel the person questioned to answer. Moreover, a police officer has no right to detain a person for questioning or for further investigation. No one is entitled to impose any physical restraint upon the citizen except as authorized by law, and this principle applies as much to police officers as to anyone else. Although a police officer may approach a person on the street and ask him questions, if the person refuses to answer the police officer must allow him to proceed on his way, unless, of course, the officer arrests him on a specific charge or arrests him pursuant to s. 450 of the *Code* where the officer has reasonable and probable grounds to believe that he is about to commit an indictable offence. [Authorities omitted.]

The common law duties of police have been described as the preservation of the peace, the prevention of crime and the protection of life and

Toutefois, beaucoup plus important est le principe social, juridique et même politique sur lequel notre droit criminel est fondé, c'est-à-dire, le droit d'un individu à vivre en paix, à être libre de contrainte de nature privée ou publique, sauf dispositions contraires de la loi. Et c'est seulement dans la mesure où de pareilles dispositions de la loi existent qu'une personne peut être détenue ou qu'on peut supprimer sa liberté de mouvement.

En l'absence de pouvoir explicite ou implicite fondé sur la loi, la police doit être en mesure de trouver le pouvoir de poser ses actes dans la *common law*. Autrement, elle agit illégalement.

En l'espèce, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a résumé de façon précise les droits du citoyen et les pouvoirs de la police:

> [TRADUCTION] Dans l'accomplissement de leurs devoirs généraux, les agents de police ont des pouvoirs limités et n'ont le droit de porter atteinte à la liberté personnelle et à la propriété que lorsque cette atteinte est autorisée par la loi. Il est reconnu évidemment, comme principe constitutionnel, que le citoyen a le droit de ne pas être soumis à l'emprisonnement, à l'arrestation, ou à des contraintes physiques qui ne sont pas justifiés par la loi et que toute invasion de la propriété d'un citoyen constitue une atteinte à la possession à moins qu'elle n'ait été justifiée par la loi ... Par ailleurs, lorsqu'un agent de police tente de découvrir si une infraction a été commise ou par qui elle a été commise, il a le droit d'interroger toute personne, suspecte ou non, de qui il croit pouvoir obtenir des renseignements utiles. Bien qu'il ait le droit d'interroger toute personne pour obtenir des renseignements relatifs à une infraction présumée, un agent de police n'a pas légalement le pouvoir d'obliger la personne interrogée à répondre. De plus, un agent de police n'a pas le droit de détenir une personne pour l'interroger ou pour mener une enquête. Nul n'a le droit d'imposer une contrainte physique à un citoyen à l'exception de ce qui est autorisé par la loi et ce principe s'applique autant aux agents de police qu'à n'importe qui d'autre. Un agent de police peut aborder une personne dans la rue et lui poser des questions, mais si la personne refuse de lui répondre, l'agent doit la laisser poursuivre sa route à moins, évidemment, qu'il ne l'arrête en vertu d'une accusation précise ou en vertu de l'art. 450 du *Code* lorsqu'il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle est sur le point de commettre un acte criminel. [Jurisprudence non citée.]

Les devoirs qu'a la police selon la *common law* ont été décrits comme visant la préservation de la paix, la prévention du crime et enfin la protection

property; from this latter duty flows the duty to control traffic on the public roads. A statutory statement of the traditional common law duties of the police may be found in s. 57 of the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381.

I do not think it is open to question that action to detect and prevent people from driving while impaired by alcohol, an offence under the *Criminal Code*, falls within the general duties of the police described above. It is, however, necessary to distinguish the duties of police officers from the power, or lawful authority, they possess to execute those duties. The fact that a police officer has a general duty to prevent crime and protect life and property does not mean that he or she can use any or all means for achieving these ends. The question raised by this appeal is whether the police have the power at common law, in other words the lawful authority, to execute their general duties by means of random stops of motorists when they have no reason to believe, prior to the stop, that the motorist has committed, is committing or will commit a criminal offence. In my opinion, they possess no such authority.

The distinction between the scope of a police officer's duties and the ambit of his or her power is well stated by L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), at p. 29:

> The police have long functioned under a regime of wide duties but limited powers. That is to say, that while they are under general duties to prevent crime, and breaches of the peace and to detect criminals, they do not have all those powers which, it might be thought, would be reasonably necessary for them to do so. Historically, there is no warrant for an ancillary powers doctrine of this sort. Police interferences with individual liberty must, if they are to be valid, be founded upon some rule of positive law.

In the criminal law, the rules and principles relating to arrest establish justifiable limits upon a

de la vie des personnes et des biens, dont découle l'obligation de surveiller la circulation sur les routes. L'article 57 de la *Police Act*, R.S.O. 1980, chap. 381, constitue une codification législative des devoirs traditionnels de la police selon la *common law*.

Je ne crois pas qu'il soit possible de douter que l'acte qui consiste à découvrir les personnes aux facultés affaiblies et à les empêcher de conduire dans cet état, ce qui constitue une infraction selon le *Code criminel*, s'inscrit dans le cadre des devoirs généraux de la police que je viens de décrire. Toutefois, il est nécessaire d'établir une distinction entre les devoirs des agents de police et le pouvoir ou la compétence légale qu'ils possèdent pour accomplir ces devoirs. Le fait qu'un agent de police a le devoir général de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens ne signifie pas qu'il peut utiliser tous les moyens pour atteindre ces objectifs. La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si les agents de police ont le pouvoir en vertu de la *common law*, en d'autres termes la compétence légale, d'accomplir leurs devoirs généraux en arrêtant des automobilistes au hasard lorsqu'ils n'ont aucune raison de croire, avant de lui faire signe d'arrêter, que l'automobiliste a commis, est en train de commettre ou commettra une infraction criminelle. À mon avis, ils n'ont pas ce pouvoir.

La distinction qui existe entre l'étendue des devoirs d'un agent de police et la portée de ses pouvoirs est bien énoncée par L. H. Leigh dans *Police Powers in England and Wales* (1975), à la p. 29:

> [TRADUCTION] La police a longtemps fonctionné selon un régime de devoirs étendus mais de pouvoirs limités. C'est-à-dire que même s'ils ont le devoir général de prévenir le crime et les atteintes à la paix publique et de découvrir les criminels, les agents de police n'ont pas tous les pouvoirs qui, pourrait-on penser, seraient raisonnablement nécessaires pour leur permettre de le faire. Historiquement, rien ne justifie une telle doctrine des pouvoirs accessoires. Les atteintes que la police porte à la liberté individuelle doivent, pour être acceptables, être fondées sur une règle quelconque de droit positif.

En droit criminel, les règles et les principes relatifs à l'arrestation établissent des limites justi-

citizen's liberty. The basic powers of a private citizen or a police officer to arrest without warrant are found in ss. 449 and 450 of the *Criminal Code*. Additional powers of arrest without warrant also exist under various federal and provincial statutes in relation to specific offences. See, R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (3rd ed. 1978), at p. 31.

At common law, police possessed authority to arrest without warrant (a) where they reasonably suspected (i) a felony had been committed and (ii) the party to be arrested was guilty of the felony or (b) to prevent the commission of a felony. *Samuel v. Payne* (1780), 1 Doug K.B. 359, 99 E.R. 230; *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573 (H.L.); Smith and Hogan, *Criminal Law* (1965), at pp. 278-79; Butler and Garsia, *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice* (36th ed. 1966), at paragraph 2808.

Short of arrest, the police have never possessed legal authority at common law to detain anyone against his or her will for questioning, or to pursue an investigation. *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195, at p. 203; *Albert v. Lavin*, [1981] 3 All E.R. 878 (H.L.); *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414 (C.A.), at p. 419; Leigh, *supra*, at p. 29; Devlin, *The Criminal Prosecution in England* (1958), at p. 82; Honsberger, "The Power of Arrest and the Duties and Rights of Citizens and the Police," [1963] *L.S.U.C. Special Lectures: Arrest and Interrogation* 1; Cohen, "The Investigation of Offences and Police Powers" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 549; Lanham, "Arrest, Detention and Compulsion," [1974] *Crim. L.R.* 288, at p. 289; Bailey and Birch, "Recent Developments in the Law of Police Powers," [1982] *Crim. L.R.* 475, at p. 481.

R. v. Waterfield, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), is often relied upon as enunciating the test for the common law basis of police power. The English Court of Appeal stated at p. 661:

> In the judgment of this court it would be difficult, and in the present case it is unnecessary, to reduce within

fiables à la liberté d'un citoyen. Les articles 449 et 450 du *Code criminel* énoncent le pouvoir fondamental d'un simple citoyen ou d'un agent de police d'effectuer une arrestation sans mandat. Des pouvoirs supplémentaires d'arrestation sans mandat existent également en vertu de diverses lois fédérales et provinciales relativement à des infractions précises. Voir, R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (3rd ed. 1978), à la p. 31.

En *common law*, un agent de police a le pouvoir d'effectuer une arrestation sans mandat a) lorsqu'il a des raisons de soupçonner (i) qu'un crime a été commis et (ii) que la personne qui doit être arrêtée est coupable du crime ou b) pour empêcher la perpétration d'un crime. *Samuel v. Payne* (1780), 1 Doug. K.B. 359, 99 E.R. 230; *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573 (H.L.); Smith et Hogan, *Criminal Law* (1965), aux pp. 278 et 279; Butler et Garsia, *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice* (36th ed. 1966), au paragraphe 2808.

Sauf dans le cas d'une arrestation, l'agent de police n'a jamais eu la compétence légale en *common law* pour détenir une personne contre son gré pour l'interroger ou pour mener une enquête. *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195, à la p. 203; *Albert v. Lavin*, [1981] 3 All E.R. 878 (H.L.); *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414 (C.A.), à la p. 419; Leigh, précité, à la p. 29; Devlin, *The Criminal Prosecution in England* (1958), à la p. 82; Honsberger, «The Power of Arrest and the Duties and Rights of Citizens and the Police», [1963] *L.S.U.C. Special Lectures: Arrest and Interrogation* 1; Cohen, «The Investigation of Offences and Police Powers» (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 549; Lanham, «Arrest, Detention and Compulsion», [1974] *Crim. L.R.* 288, à la p. 289; Bailey et Birch, «Recent Developments in the Law of Police Powers», [1982] *Crim. L.R.* 475, à la p. 481.

L'arrêt *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), est souvent invoqué comme énonçant le critère du fondement en *common law* des pouvoirs de la police. La Cour d'appel anglaise a affirmé à la p. 661:

> [TRADUCTION] Il serait difficile, de l'avis de cette Cour, d'enfermer en des limites rigoureuses les termes

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.

Waterfield has been applied by this Court in *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631, and *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443, and in two English cases of note, *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233 (Q.B.D.), and *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682 (Q.B.D.)

I had occasion to review the *Waterfield*, *Stenning* and *Knowlton* cases recently in my dissenting reasons in the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697. As I noted, at p. 717, these 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.

In the *Wiretap Reference* it was argued, in reliance upon *Waterfield*, that the common law recognizes certain powers inherent in the execution of a police officer's duty and that these powers would, in the circumstances, permit the police to engage in acts necessary to the fulfilment of their duty even though they involved an otherwise unlawful interference with a person's liberty or property. After noting that the police have never been entitled to exercise a general right of entry as

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.

L'arrêt *Waterfield* a été appliqué par cette Cour dans les arrêts *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443, ainsi que dans deux arrêts anglais importants, *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233 (Q.B.D.), et *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682 (Q.B.D.)

Récemment, j'ai eu l'occasion d'examiner les arrêts *Waterfield*, *Stenning* et *Knowlton* dans les motifs de dissidence que j'ai rédigés dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697. Comme je l'ai souligné à la p. 717, ces affaires 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.

Dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, on a fait valoir, en se fondant sur l'arrêt *Waterfield*, que la *common law* reconnaît l'existence de certains pouvoirs inhérents à l'exécution des fonctions de policier et que ces pouvoirs permettaient, dans les circonstances, aux policiers d'accomplir les actes nécessaires à l'exécution de leur devoir, même s'ils comportaient une atteinte par ailleurs illégale à la liberté ou à la propriété individuelle. Après avoir souligné que les pouvoirs accordés aux

part of the powers accorded them at common law, I stated, in dissenting reasons, that *Waterfield* does not stand for the proposition that the power of entry to private property for the purpose of installing a listening device can arise simply by virtue of a police officer's general duty to detect crime and enforce the law.

I concluded that the *Waterfield* test provides no support for police conduct, where the conduct is unlawful at common law (at pp. 718-19):

> 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.
>
> . . .
>
> The fact that police officers could be described as acting within the general scope of their duties to 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 the lawful execution of their duty at the time of the conduct in question.
>
> (Emphasis added.)

A police officer is not empowered to execute his or her duty by unlawful means. The public interest in law enforcement cannot be allowed to override the fundamental principle that all public officials, including the police, are subject to the rule of law. To find that arbitrary police action is justified simply because it is directed at the fulfilment of police duties would be to sanction a dangerous exception to the supremacy of law. It is the function of the legislature, not the courts, to authorize arbitrary police action that would otherwise be unlawful as a violation of rights traditionally protected at common law.

policiers en *common law* n'ont jamais compris un droit général d'entrer dans des lieux, j'ai affirmé, dans mes motifs de dissidence, que l'arrêt *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 le crime et d'appliquer la loi.

J'ai conclu que le critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield* ne permet pas de justifier la conduite de la police lorsque cette conduite est illégale en *common law* (aux pp. 718 et 719):

> 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.
>
> . . .
>
> Même si on peut prétendre qu'un policier agit dans le cadre général de son devoir d'enquêter sur 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.
>
> (C'est moi qui souligne.)

Un agent de police n'est pas habilité à faire son devoir par des moyens illégaux. On ne peut permettre que l'intérêt public à ce que la loi soit appliquée l'emporte sur le principe fondamental portant que tous les fonctionnaires publics, y compris les policiers, sont assujettis à la primauté du droit. Conclure qu'un acte arbitraire de la police est justifié simplement parce qu'il vise à permettre à la police d'accomplir son devoir reviendrait à sanctionner une dangereuse exception à la suprématie de la loi. Il incombe au législateur et non pas aux tribunaux d'autoriser un acte arbitraire de la police qui serait par ailleurs illégal à titre de violation des droits qui sont traditionnellement protégés en *common law*.

Since police lack legal authority to detain a person for questioning or for purposes of investigation at common law, even on suspicion, short of arrest, I am unable to find any basis for the power to stop and detain a motorist asserted in the circumstances of this case.

It is vital to characterize correctly the powers the police have exercised here and not allow them to be obscured by the desirable objective the R.I.D.E. program is designed to attain. The police are stopping motorists on an entirely arbitrary basis to question them and determine if they have been drinking. As Professor Cohen notes in "The Investigation of Offences and Police Powers", *supra*, at p. 562, note 47: "The exercise is no less random because it requires the procedure to be carried out in specific locations noted for alcohol-related accidents or frequent impaired driving. It is random insofar as it relates to each stopped motorist."

As stated above, the police had no grounds to reasonably suspect that the appellant had committed, was committing or was about to commit a criminal offence before he was requested to stop. Indeed, the police did not observe anything suspicious or improper about the appellant's driving or the condition of his car. The only reason for the random stop of the appellant was the fact that he happened to be passing through a location where the police believed there was a high incidence of drinking and driving. It is inescapable that, in essence, the police stopped and detained the appellant arbitrarily to investigate whether he might be committing a criminal offence.

In my opinion, the police were not authorized to stop the appellant at random for the purposes of the R.I.D.E. program. A random stop of a motorist is indistinguishable from detention for questioning or investigation against a person's will, something the courts have long recognized that police lack the power to do at common law. The vice is increased and the invasion of individual autonomy

Étant donné qu'en *common law*, tant qu'il n'y a pas d'arrestation, la police n'a pas le pouvoir légal de détenir une personne pour l'interroger ou à des fins d'enquête même si elle a des soupçons, je ne saurais trouver de justification au pouvoir invoqué dans les circonstances de l'espèce de faire stopper un véhicule et de détenir son conducteur.

Il est essentiel de bien caractériser les pouvoirs que l'agent de police a exercés en l'espèce et d'éviter qu'ils soient masqués par l'objectif souhaitable que vise le programme R.I.D.E. Les agents de police arrêtent des automobilistes d'une façon purement arbitraire pour les interroger et déterminer s'ils ont bu. Comme le souligne le professeur Cohen dans «The Investigation of Offences and Police Powers», précité, à la p. 562, note 47: [TRADUCTION] «Cet exercice n'est pas moins fait au hasard pour le motif qu'il exige que la procédure se déroule à des endroits précis qui se distinguent par les accidents causés par l'alcool qui y surviennent ou par le nombre élevé de conducteurs aux facultés affaiblies qui y passent. Il est fait au hasard dans la mesure où il se rapporte à chacun des automobilistes à qui on demande de s'arrêter».

Comme je l'ai mentionné précédemment, l'agent de police n'avait aucune raison de soupçonner que l'appelant avait commis, était en train de commettre ou était sur le point de commettre un acte criminel avant de lui demander de s'arrêter. En fait, l'agent n'avait rien observé de suspect ou d'anormal dans la conduite de l'appelant ou dans l'état de son automobile. L'arrêt au hasard de l'appelant s'explique par le seul fait qu'il a circulé à un endroit où, selon ce que croyait la police, passait un nombre élevé de conducteurs aux facultés affaiblies. Il est certain que la police a essentiellement arrêté et détenu l'appelant d'une manière arbitraire pour savoir s'il pouvait être en train de commettre un acte criminel.

Je suis d'avis que la police n'avait pas le pouvoir d'arrêter l'appelant au hasard aux fins du programme R.I.D.E. L'arrêt au hasard d'un automobiliste correspond à une détention pour interrogatoire ou pour une enquête contre la volonté d'une personne, ce que les tribunaux ont depuis longtemps jugé comme ne ressortissant pas aux pouvoirs des policiers en vertu de la *common law*.

magnified when the individual is detained, not under any suspicion directed at the driver personally, but on the simple chance of where he or she happens to be driving. To conclude that this action of the police was authorized would run contrary to the long-standing protection accorded individual liberty by the common law and erode the individual's fundamental right to be free from arbitrary interference.

With respect, the majority of the Court departs firm ground for a slippery slope when they authorize an otherwise unlawful interference with individual liberty by the police, solely on the basis that it is reasonably necessary to carry out general police duties. The objection to a random stop made without any grounds for suspicion or belief that the particular driver has committed or is committing an offence goes far beyond the unpleasant psychological effects produced for the innocent driver. Even if these would tend to be minimized by the well-publicized nature of the R.I.D.E. program, the erosion of individual liberty with its ultimately detrimental effect on the freedom of all members of society would remain.

Furthermore, the fact that driving a motor vehicle is a licensed activity subject to regulation and control in the interests of safety is irrelevant to police power if the conditions for licensing have been met and are adhered to; the curtailment of liberty by the police in no way flows from the fact of licensing or any other regulation. The right to circulate on the highway is not limited to freedom from unreasonable interference by the police; it exists unfettered except in so far as it is curtailed by law.

The conclusion that random stops by police under the R.I.D.E. program are illegal at common law is supported by academic comment on the point. Professor Cohen in "The Investigation of Offences and Police Powers", *supra*, has stated at p. 562:

L'abus est encore pire et l'atteinte à l'autonomie individuelle est amplifiée lorsque le conducteur est détenu non par suite d'un soupçon se rapportant à lui personnellement, mais uniquement en raison de l'endroit où il se trouve à conduire. Conclure que cette action de la police était permise irait à l'encontre de la protection accordée depuis longtemps à la liberté individuelle par la *common law* et aurait pour effet de miner le droit fondamental de chaque personne d'être protégée contre les atteintes arbitraires.

Avec égards, la Cour à la majorité s'aventure sur un terrain glissant lorsqu'elle autorise la police à commettre une atteinte par ailleurs illégale à la liberté individuelle, pour le seul motif que cela est raisonnablement nécessaire à l'accomplissement des devoirs généraux des policiers. L'objection à un arrêt au hasard effectué sans aucune raison de soupçonner ou de croire que le conducteur en question a commis ou est en train de commettre une infraction va beaucoup plus loin que les effets psychologiques déplaisants subis par le conducteur innocent. Même si ces effets tendent a être minimisés par la grande publicité donnée à la nature du programme R.I.D.E., il reste qu'il y a diminution de la liberté individuelle avec l'effet préjudiciable que cela a finalement sur la liberté de tous les membres de la société.

En outre, le fait que la conduite d'un véhicule à moteur soit une activité qui nécessite un permis et qui est assujettie à une réglementation et à un contrôle pour favoriser la sécurité n'a rien à voir avec les pouvoirs de la police si les conditions du permis ont été remplies et sont respectées; ni l'octroi de permis, ni un autre règlement n'accordent aux policiers le pouvoir de réduire ainsi la liberté. Le droit de circuler sur une route ne se limite pas à la protection contre toute entrave déraisonnable exercée par la police; il est absolu sauf dans la mesure où il est restreint par la loi.

La doctrine appuie la conclusion que les arrêts effectués au hasard par les agents de police dans le cadre du programme R.I.D.E. sont illégaux en *common law*. Le professeur Cohen, dans «The Investigation of Offences and Police Powers», précité, affirme à la p. 562:

In theory, then, the police have no general power which permits them to stop and detain individuals *at random*, whether such action be for the purpose of conducting a search, proceeding with an interrogation, or compelling citizens to identify themselves. The exercise of the power must pertain to a specific investigation and be based upon reasonable grounds, or it must be expressly and specifically authorized by legislation. These constraints are the mechanism whereby the state ensures that official action will not be arbitrary.

Viewed in this fashion, an administrative scheme to validate random discretionary intrusions upon individual liberty such as those "authorized" under Ontario's R.I.D.E. programme cannot be characterized as other than arbitrary. No legislation expressly conferred a power upon police officers to stop motor vehicles at random in order to search out intoxicated motorists. A laudable social purpose is not enough to clothe the exercise with legality.

See also Humphrey, "Abuse of Their Powers by the Police," [1979] *L.S.U.C. Special Lectures: Abuse of Power* 557; Honsberger, "The Power of Arrest and the Duties and Rights of Citizens and the Police," *supra*, at p. 25.

It follows from what I have said that the appellant, when requested to stop his motor vehicle by a signal from the police officer, was under no duty to stop and submit to investigation: see *Moore v. The Queen*, *supra*, *Rice v. Connolly*, *supra*, and *Hoffman v. Thomas*, *supra*. The absence of a duty to stop turns upon the fact that, in the circumstances of this case, the police lacked lawful authority, either statutory or common law, for the request to stop.

It would be a mistake, however, to interpret this opinion as suggesting that motorists or other members of the public are free to disregard the directions of police officers. As Maloney J. noted, there are innumerable valid reasons, perhaps unapparent at the time, for which the police may quite properly stop a motor vehicle or a person, both under statute and at common law. Even where a member of the public questions the authority of the police, it will generally be in the interests of public order and all concerned that he or she obey the police command. Any doubt which remains may be

[TRADUCTION] En théorie, alors, la police n'a pas le pouvoir général d'arrêter et de détenir des personnes *au hasard*, que ce soit dans le but d'effectuer une recherche, de procéder à un interrogatoire ou de forcer les citoyens à s'identifier. L'exercice du pouvoir doit se rapporter à une enquête précise et se fonder sur des motifs raisonnables, ou bien il doit être expressément et précisément autorisé par la loi. Ces limites constituent le mécanisme par lequel l'État s'assure que les actes des représentants de la loi ne seront pas arbitraires.

Vu sous cet angle, on ne peut que qualifier d'arbitraire un plan administratif qui sanctionne des atteintes discrétionnaires faites au hasard à la liberté individuelle comme celles qui sont «permises» dans le cadre du programme R.I.D.E. de l'Ontario. Aucune loi ne confère expressément aux agents de police le pouvoir de faire stopper au hasard des véhicules à moteur afin de découvrir des conducteurs en état d'ébriété. Un objet social louable ne suffit pas à revêtir ces actes d'un caractère légal.

Voir aussi Humphrey, «Abuse of Their Powers by the Police», [1979] *L.S.U.C. Special Lectures: Abuse of Power* 557; Honsberger, «The Power of Arrest and the Duties and Rights of Citizens and the Police», précité, à la p. 25.

Il découle de ce que j'ai dit que, lorsque l'agent de police lui a fait signe de stopper son véhicule à moteur, l'appelant n'était nullement obligé de s'arrêter et de se soumettre à une enquête: voir les arrêts *Moore c. La Reine*, *Rice v. Connolly* et *Hoffman v. Thomas*, précités. L'absence d'obligation de s'arrêter repose sur le fait que, dans les circonstances de l'espèce, l'agent de police n'avait pas le pouvoir légal, que ce soit en vertu de la loi ou en vertu de la *common law*, de demander d'arrêter.

Cependant, il serait erroné d'interpréter cette opinion comme voulant dire que les automobilistes ou les autres citoyens sont libres de passer outre aux ordres des agents de police. Comme le juge Maloney l'a souligné, il existe d'innombrables raisons valables, peut-être non manifestes à ce moment-là, pour lesquelles un agent de police peut tout à fait à juste titre demander à un automobiliste ou à une personne de s'arrêter, à la fois en vertu de la loi et en vertu de la *common law*. Même si un citoyen doute de la compétence de l'agent de police, il est en général dans l'intérêt de

resolved in later proceedings, if necessary. Society as a whole bears responsibility for the maintenance of law and order; co-operation between the public and the police is essential to the effective fulfilment of the already difficult tasks performed by the police.

I conclude that, without validly enacted legislation to support them, the random stops by the police under the R.I.D.E. program are unlawful. In striving to achieve one desirable objective, the reduction of the death and injury that occurs each year from impaired driving, we must ensure that other, equally important, social values are not sacrificed. Individual freedom from interference by the state, no matter how laudable the motive of the police, must be guarded zealously against intrusion. Ultimately, this freedom is the measure of everyone's liberty and one of the corner-stones of the quality of life in our democratic society.

IV. The Charge Under Section 234.1(2)

Since, in my view, the random vehicle stop was unlawful for lack of statutory or common law authority, it is necessary to consider whether the appellant may nonetheless be convicted of the offence under s. 234.1(2) of the *Criminal Code* with which he was charged. Subsections 234.1(1) and (2) read:

234.1 (1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved roadside screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indict-

l'ordre public et de toutes les personnes intéressées qu'il obtempère à l'ordre de l'agent. Si le doute persiste, il pourra être dissipé dans des procédures ultérieures, si nécessaire. C'est la société en général qui est responsable du maintien de l'ordre public; la coopération entre le grand public et les forces policières est essentielle à l'accomplissement efficace des tâches déjà difficiles qui incombent à ces dernières.

Je conclus qu'en l'absence d'une loi habilitante validement adoptée les arrêts faits au hasard par la police dans le cadre du programme R.I.D.E. sont illégaux. En s'efforçant de réaliser un objectif souhaitable, savoir la réduction des décès et des blessures qu'entraîne chaque année la conduite avec facultés affaiblies, nous devons prendre garde de ne pas sacrifier d'autres valeurs sociales également importantes. Aussi louable que soit le mobile des policiers, il faut continuer de protéger avec vigueur les citoyens contre toute entrave exercée par l'État. En définitive, cette protection détermine la liberté de tous et est une des pierres angulaires de la qualité de la vie dans notre société démocratique.

IV. L'accusation portée en vertu du paragraphe 234.1(2)

Puisque, à mon avis, l'arrêt de véhicules au hasard était illégal en raison de l'absence de pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law*, il faut examiner si l'appelant peut quand même être déclaré coupable de l'infraction décrite au par. 234.1(2) du *Code criminel*, dont il est accusé. Les paragraphes 234.1(1) et (2) sont ainsi conçus:

234.1 (1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, refuse de donner l'échantillon prévu au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur

able offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(*a*) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(*b*) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(*c*) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

déclaration sommaire de culpabilité et est passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

On appeal to the Ontario Supreme Court, Maloney J. held that the random stop was unlawful. In his opinion, this gave the appellant a reasonable excuse for failing to comply with the s. 234.1(2) demand. His conclusion, reached after reviewing the relevant authorities, including *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.R.C. 183, and *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.R.C. 385, is best expressed in his own words:

After anxious consideration I hold that in the circumstances of this case, in which the police officer made a wholly arbitrary and random stop as part of the R.I.D.E. programme, there exists a reasonable excuse for failing to comply with the demand made under s. 234.1 of the *Criminal Code*. The best of intentions on the part of the police cannot authorize an act which is not otherwise permitted in law. I have found that the stop involved an unjustified interference with the personal liberty of the accused. The police officer was acting in excess of his powers and was not acting in the execution of his duty when he required the accused to stop his motor vehicle. A refusal to conclude that such circumstances afford a reasonable excuse within the meaning of s. 234.1(2) of the *Criminal Code* would rob these findings of any legal significance and would result in mere lip service being paid to the right of a law abiding citizen who is above reproach to peacefully go about his own affairs free from being stopped, questioned and interfered with by the police for no apparent reason.

Lors de l'appel devant la Cour suprême de l'Ontario, le juge Maloney a statué que l'arrêt au hasard était illégal. À son avis, cela fournissait à l'appelant une excuse raisonnable pour refuser d'obtempérer à la demande faite en vertu du par. 234.1(2). La conclusion à laquelle il arrive après avoir examiné la jurisprudence pertinente, dont les arrêts *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183, et *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385, est la mieux exprimée dans ses propres termes:

[TRADUCTION] Après un examen minutieux, j'estime que, dans les circonstances de l'espèce où l'agent de police a fait arrêter des véhicules d'une manière totalement arbitraire et au hasard dans le cadre du programme R.I.D.E., il existe une excuse raisonnable pour refuser d'obtempérer à la demande faite en vertu de l'art. 234.1 du *Code criminel*. Bien que les policiers aient été animés des meilleures intentions, cela ne peut leur permettre d'accomplir un acte qui, par ailleurs, n'est pas autorisé par la loi. J'ai conclu que l'arrêt du véhicule de l'accusé a comporté une entrave injustifiée à sa liberté personnelle. L'agent de police excédait ses pouvoirs et n'agissait pas dans l'exécution de son devoir lorsqu'il a demandé à l'accusé de stopper son véhicule à moteur. Refuser de conclure que ces circonstances fournissent une excuse raisonnable au sens du par. 234.1(2) du *Code criminel* enlèverait à ces conclusions toute importance sur le plan juridique et aurait pour résultat de ne reconnaître que pour la forme le droit d'un citoyen respectueux des lois et sans reproche de vaquer en paix à ses occupations sans être arrêté, interrogé ou entravé par la police pour aucune raison apparente.

In the Ontario Court of Appeal, Martin J.A. dealt briefly with the charge under s. 234.1(2). He held that the demand to provide a breath sample was validly made and therefore the appellant had no reasonable excuse for failure to comply. This

En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Martin a examiné brièvement l'accusation portée en vertu du par. 234.1(2). Il a statué que la demande d'échantillon d'haleine a été faite validement et que, par conséquent, l'appelant n'avait aucun

conclusion followed from his earlier conclusion that the police officer, in enforcing the R.I.D.E. program, was lawfully carrying out his general duties because the appellant had stopped voluntarily.

The appellant argues that, absent statutory and common law authority to stop motor vehicles at random, a motorist who has been stopped at a random spot check has, in law, a reasonable excuse for failing or refusing to supply a sample of his breath within the meaning of s. 234.1(2). The appellant's submission is that the police officer lacked reasonable and probable cause to make a demand for a sample of breath and this constituted a reasonable excuse.

The respondent replies that, even absent statutory or common law authority for the random stop, the appellant may still be found guilty for failing or refusing to comply with the s. 234.1(2) demand. In particular, the Crown submits that the appellant had no reasonable excuse for failing or refusing to comply with the demand. While the stop may have been random, the demand was not. Section 234.1(1) speaks of a reasonable suspicion of alcohol in the body, not reasonable and probable cause for the demand. The relevant facts are that as a result of smelling alcohol on the accused's breath, the officer formed a reasonable suspicion that the accused, who was then driving or in care or control of his motor vehicle, had alcohol in his body. Furthermore, the respondent urges, there is no requirement, as there is in the English road traffic legislation, that the suspicion of alcohol in the body exist prior to the vehicle being stopped, bearing in mind the wording of s. 234.1(1): "whether it [the motor vehicle] is in motion or not".

In my opinion, this case is indistinguishable in principle from the cogent and persuasive decision of the House of Lords in *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753, and should be resolved in the same manner. The Law Lords concluded that the police officer was not acting lawfully when he

motif raisonnable de ne pas y obtempérer. Cette conclusion faisait suite à celle que l'agent de police, en appliquant le programme R.I.D.E., accomplissait légalement ses devoirs généraux parce que l'appelant avait arrêté volontairement son véhicule.

L'appelant prétend qu'en l'absence du pouvoir, en vertu de la loi ou de la *common law*, d'arrêter au hasard des véhicules à moteur, un automobiliste arrêté au hasard à un point de vérification a, en droit, une excuse raisonnable au sens du par. 234.1(2) pour refuser de fournir un échantillon d'haleine. Selon l'appelant, l'agent de police n'avait aucun motif raisonnable et probable de faire la demande d'échantillon d'haleine, et cela constitue une excuse raisonnable.

L'intimée réplique que, même en l'absence du pouvoir, en vertu de la loi ou de la *common law*, d'arrêter un véhicule au hasard, l'appelant peut tout de même être déclaré coupable de refus ou d'omission d'obtempérer à la demande fondée sur le par. 234.1(2). Plus particulièrement, le ministère public prétend que l'appelant n'avait aucune excuse raisonnable pour omettre ou refuser d'obtempérer à la demande. Bien que l'arrêt ait pu être effectué au hasard, la demande, elle, ne l'a pas été. Le paragraphe 234.1(1) parle de raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang, et non d'un motif raisonnable et probable pour effectuer la demande. En l'espèce, l'odeur d'alcool dans l'haleine de l'accusé a fait naître chez l'agent un soupçon raisonnable que l'accusé, qui conduisait alors un véhicule à moteur, ou l'avait sous sa garde, avait de l'alcool dans le sang. De plus, l'intimée invoque qu'il n'est pas nécessaire, comme cela l'est dans la loi de la circulation routière britannique, que le soupçon de présence d'alcool dans le sang existe avant que le véhicule ait été arrêté, et ce, en raison du libellé du par. 234.1(1): «du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt».

À mon avis, la présente affaire ne diffère pas en principe de la décision logique et convaincante rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753, et elle doit être tranchée de la même manière. Les lords juges ont conclu que l'agent de police agissait

required Beardmore to undergo the breath test, since the *Road Traffic Act 1972* (U.K.), which empowered the police officer to request the sample, did not expressly empower him to trespass to make the demand. Thus, the requirement to provide a sample of breath had not been lawfully made and was invalid. As a result, Beardmore could not be convicted of refusal. See page 756 *per* Lord Diplock; pp. 759-60 *per* Lord Edmund-Davies.

In the case at bar, the random stop was not authorized by statute, either federal or provincial. I have already given my reasons for concluding it was equally unauthorized at common law and that the police officer could not have been acting in the lawful execution of his duty. While I have not considered whether the conduct of a police officer who detains a motorist under the R.I.D.E. could be characterized as tortious, as the conduct of the police was considered to be in *Morris v. Beardmore*, it was nonetheless unlawful, due to the absence of legal authority.

In my opinion, applying the reasoning of the House of Lords in *Morris v. Beardmore*, the demand for a sample of breath was not lawfully made because the police officer, having randomly stopped the appellant and arbitrarily detained him, was not acting lawfully at the time of the demand. Accordingly, the demand under s. 234.1(1) was invalid and the appellant cannot be convicted of failing or refusing, without reasonable excuse, to comply with a demand for a sample of breath contrary to s. 234.1(2).

It is not necessary to examine the question of reasonable excuse under s. 234.1(2) or the authorities on the point in this Court: see *Brownridge v. The Queen*, *supra*; *Rilling v. The Queen*, *supra*; and *Taraschuk v. The Queen*, *supra*. The demand in the present case was unlawful and invalid. The most fundamental condition for the section's operation, namely, that the police officer be acting lawfully in the execution of his duty at the time of the demand, is absent and the appellant need not adduce any excuse for failing to comply. See

illégalement lorsqu'il a demandé à Beardmore de se soumettre à un test d'haleine puisque la *Road Traffic Act 1972* (U.K.), qui l'habilitait à demander un échantillon, ne lui permettait pas expressément d'entrer illégalement sur la propriété d'autrui pour faire la demande. Ainsi, la demande de fournir un échantillon d'haleine n'avait pas été faite légalement et était invalide. En conséquence, Beardmore ne pouvait être déclaré coupable de refus. Voir à la page 756, lord Diplock; pp. 759 et 760, lord Edmund-Davies.

En l'espèce, l'arrêt au hasard n'était pas autorisé par une loi, que ce soit une loi fédérale ou une loi provinciale. J'ai déjà donné les motifs pour lesquels j'ai conclu que cela n'était pas non plus autorisé en *common law* et que l'agent de police ne pouvait avoir agi dans l'exécution légale de son devoir. Bien que je n'aie pas examiné si la conduite d'un agent de police qui détient un automobiliste dans le cadre du programme R.I.D.E. peut être qualifiée de délictueuse, comme la conduite du policier l'a été dans l'arrêt *Morris v. Beardmore*, elle était néanmoins illégale en raison de l'absence de pouvoir légal.

À mon avis, si l'on applique le raisonnement de la Chambre des lords dans l'arrêt *Morris v. Beardmore*, la demande d'échantillon d'haleine n'a pas été faite légalement parce que l'agent de police, en arrêtant l'appelant au hasard et en le détenant d'une manière arbitraire, n'agissait pas légalement au moment de la demande. Par conséquent, la demande fondée sur le par. 234.1(1) était invalide et l'appelant ne peut être déclaré coupable d'avoir refusé, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à une demande d'échantillon d'haleine, contrairement au par. 234.1(2).

Il n'est pas nécessaire d'examiner la question de l'excuse raisonnable prévue au par. 234.1(2) ni les arrêts de cette Cour sur cette question: voir les arrêts *Brownridge c. La Reine*, *Rilling c. La Reine* et *Taraschuk c. La Reine*, précités. La demande en l'espèce était illégale et invalide. La condition la plus fondamentale pour appliquer l'article, c.-à-d. que l'agent de police agisse légalement dans l'exécution de son devoir au moment de la demande, est donc absente et l'appelant n'a pas à fournir d'excuse pour avoir refusé d'y obtempérer. Voir l'arrêt

Morris v. Beardmore, *supra*, at p. 764 *per* Lord Scarman; also Lord Edmund-Davies at p. 761 and Lord Roskill at pp. 766-67.

The charge under s. 234.1(2) should be dismissed.

V. Conclusion

I would allow the appeal and restore the appellant's acquittal. The appellant should have his costs in the Ontario Supreme Court, as ordered by Maloney J., on a solicitor and client basis. He should also have his costs in the Ontario Court of Appeal and in this Court on both the application for leave to appeal and on the appeal.

The judgment of McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises the following questions:

1. Whether the random stop by a police officer of the appellant's motor vehicle, as part of a program to reduce impaired driving, was unlawful as having been made without statutory or common law authority, despite the appellant's compliance with the signal to stop, and

2. If so, whether the unlawful character of the stop required the dismissal of the charge that the appellant failed or refused, without reasonable excuse, to comply with the demand, made after he stopped and was engaged in conversation by the police officer, that he provide a sample of breath into a roadside screening device, pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code*.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on May 19, 1981, 59 C.C.C. (2d) 97, 122 D.L.R. (3d) 655, 32 O.R. (2d) 641, 23 C.R. (3d) 228, 10 M.V.R. 59, allowing an appeal from the judgment of Maloney J. on December 19, 1980, 55 C.C.C. (2d) 97, 118 D.L.R. (3d) 425, 30 O.R. (2d) 555, 23 C.R. (3d) 203, 8 M.V.R. 142, which dismissed an appeal by way of stated case from the judgment of Provincial Court Judge Charles on May 15, 1980, 55 C.C.C. (2d) 98, 118 D.L.R. (3d) 427, 30 O.R. (2d) 557, 15 C.R. (3d) 261, 6 M.V.R. 233, acquitting the appellant of the charge of failing or refusing, without reasonable excuse, to comply

Morris v. Beardmore, précité, à la p. 764, lord Scarman; voir aussi lord Edmund-Davies à la p. 761 et lord Roskill aux pp. 766 et 767.

L'accusation portée en vertu du par. 234.1(2) est rejetée.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement de l'appelant. L'appelant a droit à ses dépens en Cour suprême de l'Ontario comme entre avocat et client, ainsi que l'a ordonné le juge Maloney. Il a également droit à ses dépens en Cour d'appel de l'Ontario et en cette Cour tant pour la demande d'autorisation de pourvoi que pour le pourvoi lui-même.

Version française du jugement des juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

LE JUGE LE DAIN—Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

1. L'arrêt du véhicule de l'appelant, fait au hasard par un agent de police dans le cadre d'un programme de promotion de la sobriété au volant, est-il illégal parce qu'il n'existe aucun pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law* à cet égard même si l'appelant a obéi au signal d'arrêt? et

2. Dans l'affirmative, le caractère illégal de l'arrêt exige-t-il le rejet de l'accusation portée contre l'appelant d'avoir omis ou refusé, sans excuse raisonnable, après s'être arrêté et avoir engagé la conversation avec l'agent de police, de fournir un échantillon d'haleine pour une analyse sur place au moyen d'un alcootest conformément au par. 234.1(1) du *Code criminel*?

Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 19 mai 1981, 59 C.C.C. (2d) 97, 122 D.L.R. (3d) 655, 32 O.R. (2d) 641, 23 C.R. (3d) 228, 10 M.V.R. 59, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Maloney rendue le 19 décembre 1980, 55 C.C.C. (2d) 97, 118 D.L.R. (3d) 425, 30 O.R. (2d) 555, 23 C.R. (3d) 203, 8 M.V.R. 142, laquelle rejetait un appel par voie d'exposé de cause d'une décision du juge Charles de la Cour provinciale rendue le 15 mai 1980, 55 C.C.C. (2d) 98, 118 D.L.R. (3d) 427, 30 O.R. (2d) 557, 15 C.R. (3d) 261, 6 M.V.R. 233; ce dernier avait acquitté l'appelant de l'accusation d'avoir omis ou

with a demand to supply a sample of breath, contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.

Subsections (1) and (2) of s. 234.1 of the *Criminal Code* provide:

234.1 (1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(*a*) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(*b*) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(*c*) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

I

On February 4, 1980 the appellant was signalled by a police officer to stop his vehicle. The stop was ordered, not because of the manner in which the appellant was driving or because of reasonable suspicion that he had alcohol in his body or reasonable and probable grounds for believing that he had committed or was committing a criminal offence, but as part of a random vehicle stop program referred to as "R.I.D.E." and described in the stated case as follows:

The R.I.D.E. programme involves police officers going to a location where they believe there has been a high incidence of impaired driving or alcohol-related accidents. Vehicles are requested to pull over on a random basis. Drivers are asked to produce valid driver's

refusé, sans excuse raisonnable, de se conformer à une demande de donner un échantillon d'haleine, en contravention du par. 234.1(2) du *Code criminel*.

Les paragraphes (1) et (2) de l'art. 234.1 du *Code criminel* sont ainsi conçus:

234.1 (1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcootest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, refuse de donner l'échantillon prévu au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et est passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

I

Le 4 février 1980, un agent de police a fait signe à l'appelant d'arrêter son véhicule. Il n'a pas ordonné d'arrêter à cause de la façon dont l'appelant conduisait ou parce qu'il avait des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang de l'appelant, ni à cause de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'il avait commis ou était en train de commettre une infraction criminelle, mais dans le cadre d'un programme d'arrêt de véhicules au hasard appelé «R.I.D.E.» et décrit dans l'exposé de cause de la façon suivante:

[TRADUCTION] Dans l'application du programme R.I.D.E, les agents de police choisissent un endroit où ils croient qu'il y a un nombre élevé de conducteurs aux facultés affaiblies ou d'accidents causés par l'alcool. Ils arrêtent des conducteurs de véhicules choisis au hasard.

licences. Police officers are also told to ask for proof of insurance, note the condition of the vehicle and the driver.

R.I.D.E. officers are equipped with approved roadside screening devices to permit them to make demands for breath pursuant to s. 234.1 of the Criminal Code if they form the requisite grounds for a demand under that section. The device used here was an A.L.E.R.T. device.

The R.I.D.E. programme was started a few years ago in Etobicoke. R.I.D.E. originally stood for Reduce Impaired Driving in Etobicoke. In the last year it has been expanded across the Province of Ontario.

The R.I.D.E. programme's principal aim is to detect, deter and reduce impaired driving. Although police officers ask for valid driver's licences, they only do so to initiate conversation or contact to detect the drinking driver that they may not otherwise be able to detect.

On the 4th day of February, 1980, at 9:01 p.m., P.C. Feeney signalled the accused to stop his vehicle. There was nothing improper about the accused's driving or his vehicle. The only reason he was stopped was as part of the R.I.D.E. programme.

What took place after the appellant was signalled to stop his vehicle is indicated in the following findings of fact by the Provincial Court judge, as set out in the stated case:

The accused voluntarily complied with the request to stop his vehicle.

The officer asked the accused for his driver's licence. While the two were speaking, the officer smelled a strong odour of alcohol on the accused's breath.

As the result of smelling the alcohol on the accused's breath, the officer then formed a reasonable suspicion that the accused, who was then driving or in care or control of his motor vehicle, had alcohol in his body.

Prior to smelling the alcohol on the breath while checking the licence, the officer had no reason to suspect that the accused had alcohol in his body.

The officer then made a properly worded demand for a sample of breath to be provided for testing on the A.L.E.R.T. device.

On leur demande de présenter leur permis de conduire. Des agents de police ont aussi instruction de demander une preuve d'assurance, de prendre note de l'état du véhicule et de celui du conducteur.

Les agents affectés au programme R.I.D.E. disposent d'alcootests approuvés de manière à pouvoir demander un échantillon d'haleine conformément à l'art. 234.1 du Code criminel s'ils estiment avoir des motifs de faire une telle demande en vertu de cet article. Les appareils utilisés sont du type A.L.E.R.T.

Le programme R.I.D.E. a été lancé il y a quelques années à Etobicoke. R.I.D.E. veut dire *Reduce Impaired Driving in Etobicoke* (S.AUV.E., Sobriété au volant à Etobicoke). Au cours de la dernière année, on l'a étendu à l'ensemble de l'Ontario.

L'objectif principal du programme R.I.D.E. est de déceler, décourager et diminuer la conduite avec facultés affaiblies. Bien que les agents de police demandent de présenter un permis de conduire, ils ne le font que pour engager la conversation ou prendre contact avec le conducteur et déceler s'il a bu, ce qu'ils ne pourraient peut-être pas faire autrement.

Le 4 février 1980, à 21 h 01, P.C. Feeney a fait signe à l'accusé d'arrêter son véhicule. Ni la façon de conduire de l'accusé, ni son véhicule ne présentaient d'indice d'irrégularité. Le seul motif de lui demander d'arrêter était l'application du programme R.I.D.E.

Ce qui s'est produit après qu'on eut fait signe à l'appelant d'arrêter son véhicule est relaté dans les conclusions de fait du juge de la Cour provinciale qui les énonce dans l'exposé de cause:

[TRADUCTION] L'accusé a volontairement acquiescé à la demande d'arrêter son véhicule.

L'agent de police a demandé le permis de conduire à l'accusé. Pendant la conversation, l'agent a senti une forte odeur d'alcool dans l'haleine de l'accusé.

L'odeur d'alcool dans l'haleine de l'accusé a fait naître chez l'agent le soupçon raisonnable que l'accusé, qui conduisait alors un véhicule automobile ou l'avait sous sa garde, avait de l'alcool dans le sang.

Avant de sentir l'alcool dans l'haleine de l'accusé, au moment de la vérification du permis de conduire, l'agent n'avait aucun motif de croire que l'accusé avait de l'alcool dans le sang.

L'agent a alors formulé, en termes appropriés, une demande d'échantillon d'haleine pour le vérifier sur un appareil de type A.L.E.R.T.

The officer, after having satisfied himself that the device was operating properly, instructed the accused how he should blow air into the device.

The accused made four attempts to blow into the device, all of which were insufficient to give a proper reading of fail, pass or warn.

The accused was then issued an appearance notice at the scene in regards to a charge of failing or refusing to comply with a roadside demand pursuant to s. 234.1(2) of the Criminal Code. The accused left the scene at 9:25 p.m.

Up until the time of the alleged failure or refusal to comply with the roadside demand, the officer had no reason to believe on reasonable and probable grounds that the accused had committed, or was committing, an offence under any statute, provincial or federal.

At no time was the accused under arrest.

The Provincial Court judge held that the police officer had neither statutory nor common law authority to signal the appellant to stop; that at the time he made the s. 234.1(1) demand he did not have the reasonable suspicion required by that provision since he had acquired the suspicion as a result of an unauthorized act; and that since the appellant was not a person upon whom a s. 234.1(1) demand could be made, the appellant's failure to comply with the demand was not an offence.

In the Supreme Court of Ontario, Maloney J. also held that there was neither statutory nor common law authority for the signal to stop, but the effect of this lack of authority, in his view, was to give the appellant reasonable excuse for the failure or refusal to comply with the demand for a sample of breath.

In allowing the appeal from the judgment of Maloney J. and setting aside the acquittal of the appellant, the Ontario Court of Appeal, in a unanimous judgment delivered by Martin J.A., held that the voluntary compliance of the appellant with the signal to stop made it immaterial whether the officer was exercising a police power for which there was statutory or common law authority, or was merely exercising a legal liberty—that is, doing something which he might do

Après s'être assuré que l'appareil fonctionnait normalement, l'agent a indiqué à l'accusé comment il devait souffler dans l'appareil.

L'accusé a soufflé dans l'appareil à quatre reprises sans qu'aucun essai n'indique un des résultats possibles (échec, réussite, avertissement).

L'agent lui a remis, sur place, un avis de comparution relativement à une accusation d'avoir omis ou refusé de fournir un échantillon pour analyse sur place par application du par. 234.1(2) du Code criminel. L'accusé a quitté les lieux à 21 h 25.

Jusqu'au moment de l'allégation d'omission ou de refus de se conformer à une demande d'échantillon sur place, l'agent n'avait aucun motif raisonnable et probable de croire que l'accusé avait commis ou était en train de commettre une infraction à une loi provinciale ou fédérale quelconque.

À aucun moment, l'accusé n'a été en état d'arrestation.

Le juge de la Cour provinciale a conclu que ni la loi ni la *common law* ne donnait à l'agent de police le pouvoir de faire arrêter l'appelant, qu'au moment où il a fait la demande conformément au par. 234.1(1), il n'avait pas les soupçons raisonnables exigés par le paragraphe puisqu'il a acquis ces soupçons par suite d'un acte non autorisé et que, puisque l'appelant n'était pas une personne à qui on pouvait faire la demande prévue au par. 234.1(1), l'omission de ce dernier d'obtempérer à la demande ne constituait pas une infraction.

En Cour suprême de l'Ontario, le juge Maloney a également conclu que ni la loi ni la *common law* n'accordait le pouvoir de faire un signal d'arrêt, mais qu'à son avis cette absence de pouvoir avait pour effet de fournir à l'appelant une excuse raisonnable pour refuser ou omettre d'obtempérer à la demande d'échantillon d'haleine.

En accueillant l'appel de la décision du juge Maloney et en infirmant l'acquittement de l'accusé, la Cour d'appel de l'Ontario, dans un arrêt unanime rédigé par le juge Martin, a statué que l'obéissance volontaire de l'appelant au signal d'arrêt enlève toute importance à la question de savoir si l'agent exerçait un pouvoir de police que la loi ou la *common law* conférait ou si l'agent exerçait une simple faculté juridique, c'est-à-dire qu'il a fait ce qu'il pouvait faire sans enfreindre de règle

without any breach of law. The Court concluded that in signalling the appellant to stop the police officer was not committing a crime or a tort, and that since the officer had reasonable suspicion at the time the s. 234.1(1) demand was made that the appellant had alcohol in his blood and had not placed himself in a position to make the demand by the commission of a crime or a tort, the demand was valid.

II

The appeal therefore involves consideration of the legal foundation of police action, where the issue is the effect of an allegedly unlawful act on the validity of subsequent action and where there has been compliance with the allegedly unlawful act.

Martin J.A. appears to have taken the view that it was unnecessary in this case to decide whether there was statutory or common law authority for the signal to stop because that would only be relevant if there was an issue as to whether a refusal to comply with the signal to stop would have constituted the offence of wilful obstruction of a police officer in the execution of his duty, contrary to s. 118 of the *Criminal Code*. He did consider the submissions as to whether there was statutory or common law authority for the signal to stop and did make certain observations on the nature and legal foundation of police powers, but he relied in the end, as I have indicated, on the view that because of the voluntary compliance of the appellant with the signal to stop it was sufficient that the police officer was exercising a legal liberty involving no breach of law in the sense that it was neither criminal nor tortious.

With respect to the distinction between a police power and a legal liberty Martin J.A. said, with particular reference to the leading case of *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.):

> It is important to correctly characterize what occurred here. The respondent was signalled or requested to stop and he complied with the request. A distinction must be made between a legal liberty, that is,

de droit. La Cour d'appel a conclu qu'en faisant un signal d'arrêt à l'appelant, l'agent de police n'a commis aucune infraction ou acte dommageable et que, puisque l'agent avait, au moment où il a fait la demande en vertu du par. 234.1(1), des raisons de soupçonner que l'appelant avait de l'alcool dans le sang, et puisque l'agent ne s'était pas mis dans une situation où il commettait une infraction ou un acte dommageable en faisant la demande, celle-ci était valide.

II

Le pourvoi porte donc sur le fondement juridique de l'acte du policier, la question précise étant de déterminer l'effet d'un acte qu'on prétend illégal sur la validité d'un acte postérieur lorsqu'il y a eu obéissance à l'acte qu'on prétend illégal.

Le juge Martin paraît avoir été d'avis qu'il était inutile en l'espèce de décider s'il existait un pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law* pour faire un signal d'arrêt au véhicule parce que la question ne serait pertinente que s'il s'agissait de décider si le refus de se conformer au signal d'arrêt constituait l'infraction qui consiste à entraver volontairement un agent de la paix dans l'exécution de son devoir, contrairement à l'art. 118 du *Code criminel*. Il s'est penché sur les plaidoiries qui visaient à déterminer s'il existait un pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law* qui permettait de faire arrêter un véhicule et il a fait certaines observations sur la nature et le fondement juridique des pouvoirs de la police, mais en définitive il s'est fondé, comme je l'ai déjà mentionné, sur l'opinion que, puisque l'appelant s'est volontairement conformé au signal d'arrêt, il suffisait que l'agent de police ait exercé une faculté juridique qui ne comportait aucune violation de la loi dans le sens qu'elle n'était ni criminelle ni délictueuse.

Quant à la distinction entre un pouvoir de la police et une faculté juridique, le juge Martin dit, en insistant sur l'arrêt de principe *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.):

> [TRADUCTION] Il est important de bien qualifier ce qui s'est produit en l'espèce. L'intimé a reçu le signal ou la demande de s'arrêter et y a obéi. Il faut distinguer entre une faculté juridique, c'est-à-dire quelque chose

something that a person may do without breach of the law, and a legal right, which the law will enforce, to do something or not to be prevented from doing something. In everyday speech the word "right" is sometimes used to connote rights in the strict sense as well as legal liberties: see *Thorne v. Motor Trade Ass'n*, [1937] A.C. 797 (H.L.) *per* Lord Wright at pp. 821-3. The action of the police officer here on the facts found by the stated case was neither criminal nor tortious. Professor P.J. Fitzgerald, the distinguished editor of the 12th edition of *Salmond on Jurisprudence* (1966), argues that it is not clear that the actions of the police officers in *R. v. Waterfield*, *supra*, were either criminal or tortious: (see "*The Arrest of a Motor-Car*" by P.J. Fitzgerald, [1965] *Crim.L.Rev.* 23). He suggests that the police officer had a legal liberty to stand in front of the appellant's car and signal him to stop. The driver, Lynn, however, had a legal liberty to move forward. He further suggests that the accused in *R. v. Waterfield*, *supra*, may have been guilty of an assault in using excessive force in maintaining his liberty to drive the car away. Whatever the true view may be, on the facts of that case, manifestly it could not be said that if the police officers had requested Waterfield to leave his car in order to permit them to examine it, and Waterfield had complied with the request, that there had been an unjustifiable exercise of police power.

With great respect, I do not think that the issue of the lawfulness of the signal to stop in this case can be properly disposed of by reliance on the notion of legal liberties which a police officer as an individual enjoys in company with other citizens. For reasons which I shall indicate, I do not think that the appellant's compliance with the signal to stop altered the legal basis on which it must be justified. In my opinion, police officers, when acting or purporting to act in their official capacity as agents of the state, only act lawfully if they act in the exercise of authority which is either conferred by statute or derived as a matter of common law from their duties. The reason for this is the authoritative and coercive character of police action. An individual knows that he or she may ignore with impunity the signal to stop of another private individual. That is not true of a direction or demand by a police officer. It is for this reason, in my opinion, that the actions of

qu'une personne peut faire sans enfreindre la loi, et un droit juridique, que la loi sanctionne, de faire quelque chose ou de ne pas être empêché de le faire. Dans le langage ordinaire, le mot «droit» s'emploie parfois pour signifier des droits au sens strict aussi bien que des facultés juridiques: voir *Thorne v. Motor Trade Ass'n*, [1937] A.C. 797 (H.L.), lord Wright aux pp. 821 à 823. L'acte de l'agent de police, en l'espèce, selon les faits que contient l'exposé de cause, ne constituait ni une infraction ni un acte dommageable. Le professeur P.J. Fitzgerald, éditeur de la 12e édition de *Salmond on Jurisprudence* (1966), soutient qu'il n'est pas manifeste que les gestes des agents de police, mentionnés dans l'arrêt *R. v. Waterfield*, précité, constituaient des infractions ou des actes dommageables (voir «The Arrest of a Motor-Car» par P.J. Fitzgerald, [1965] *Crim.L.Rev.* 23). Il suggère que l'agent de police avait une faculté juridique de se placer devant la voiture de l'appelant et de lui faire signe d'arrêter. Le conducteur Lynn avait cependant la faculté juridique d'avancer. Il suggère aussi que l'accusé dans l'arrêt *R. v. Waterfield*, précité, aurait pu être coupable de voies de fait s'il avait utilisé une force excessive pour exercer sa faculté de quitter les lieux dans sa voiture. Quoi qu'il en soit véritablement, selon les faits de l'espèce, on ne peut manifestement soutenir que, si les agents de police avaient exigé de Waterfield qu'il quitte sa voiture pour leur permettre d'en faire l'examen et si Waterfield avait obéi à l'ordre, il y aurait eu un exercice injustifié du pouvoir de la police.

Avec égards, je ne crois pas qu'on puisse déterminer la légalité du signal d'arrêt en l'espèce en faisant appel à la notion de faculté juridique que possède un agent de police en tant qu'individu comme tous les autres citoyens. Pour les motifs que je donnerai plus loin, je ne crois pas que l'obéissance de l'appelant au signal d'arrêt ait modifié le fondement juridique qui peut le justifier. À mon avis, lorsque les agents de police agissent ou sont censés agir à titre officiel en tant qu'agents de l'État, ils n'agissent légalement que s'ils exercent un pouvoir qu'ils possèdent en vertu d'une loi ou qui découle de leurs fonctions par l'effet de la *common law*. Le motif de cet état de choses tient au caractère autoritaire et coercitif des actes de la police. Une personne sait qu'elle peut impunément ne pas tenir compte du signal d'arrêt donné par une autre personne. Il n'en va pas de même de la demande ou de l'ordre d'un agent de police. C'est pour ce motif, à mon avis,

police officers must find legal justification in statutory or common law authority. The ambit of their authority, as distinct from their liability, is not to be determined by the limits of criminal or civil responsibility. Police action may be unlawful for lack of statutory or common law authority although neither criminal nor tortious. The issue in the present case may be likened to one of *vires*. The contention is that the allegedly unauthorized and hence unlawful nature of the signal to stop affected the validity of the subsequent demand for a sample of breath.

This issue cannot be affected, in my opinion, by the appellant's compliance with the signal to stop. A person should not be prevented from invoking a lack of statutory or common law authority for a police demand or direction by reason of compliance with it in the absence of a clear indication from the police officer that the person is free to refuse to comply. Because of the intimidating nature of police action and uncertainty as to the extent of police powers, compliance in such circumstances cannot be regarded as voluntary in any meaningful sense. The possible criminal liability for failure to comply constitutes effective compulsion or coercion. It is, moreover, in the interest of public order that a person should comply with the signal to stop of a police officer. In some cases such a signal may be for the protection of the individual, as, for example, to give a warning of some danger. A person should not be penalized for compliance with a signal to stop by having it treated as a waiver or renunciation of rights, or as supplying a want of authority for the stop.

III

The statutory provision that was relied on as a basis of authority for the signal to stop in this case is s. 14 of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, which, as amended by 1979 (Ont.), c. 57, s. 2, provides:

14. (1) Every operator of a motor vehicle shall carry his licence with him at all times while he is in charge of

que les actes des agents de police doivent trouver une justification juridique dans les pouvoirs découlant de la loi ou de la *common law*. L'étendue de leur pouvoir, par opposition à celle de leur responsabilité, ne se détermine pas par les limites de la responsabilité civile ou criminelle. Les actes de la police peuvent être illégaux parce qu'il n'existe pas de pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law* à cet égard, bien qu'ils ne soient ni criminels ni délictueux. La question en l'espèce peut se rapprocher d'une question d'attribution. On soutient que comme le signal d'arrêt n'aurait pas été autorisé et est par conséquent illégal, cela porte atteinte à la validité de la demande postérieure d'échantillon d'haleine.

À mon avis, l'obéissance de l'appelant au signal d'arrêt ne change rien à cette question. Nul ne devrait être privé d'invoquer que le policier n'avait pas le pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law* de demander ou d'ordonner quelque chose parce qu'elle a obéi, s'il n'y a pas eu d'indication claire de la part du policier que la personne est libre de refuser d'obéir. À cause de la nature intimidante des actes de la police et de l'incertitude quant à l'étendue de ses pouvoirs, on ne peut considérer comme volontaire, au vrai sens du terme, l'obéissance à un ordre dans de telles circonstances. La responsabilité criminelle qui peut découler de la désobéissance constitue une contrainte ou coercition réelle. De plus, il est dans l'intérêt de l'ordre public qu'on obéisse au signal d'arrêt fait par un agent de police. Dans certains cas, un tel signal peut viser à protéger la personne s'il s'agit par exemple de l'aviser d'un danger. On ne devrait pas pénaliser quelqu'un pour avoir obéi à un signal d'arrêt en considérant cette obéissance comme une renonciation à des droits ou comme une couverture de l'absence de pouvoir pour intimer l'ordre d'arrêter.

III

La disposition législative invoquée comme fondement du pouvoir de faire arrêter un véhicule en l'espèce est l'art. 14 du *Code de la route*, S.R.O. 1970, chap. 202, modifié par 1979 (Ont.), chap. 57, art. 2, qui est ainsi conçu:

14. (1) Tout conducteur d'un véhicule à moteur doit porter sur lui en tout temps son permis de conduire

a motor vehicle and shall surrender the licence for reasonable inspection upon the demand of a constable or officer appointed for carrying out the provisions of this Act.

(2) Every person who is unable or refuses to surrender his licence in accordance with subsection 1 shall, when requested by a constable, give reasonable identification of himself and, for the purposes of this subsection, the correct name and address of such person shall be deemed to be reasonable identification.

lorsqu'il fait usage de ce véhicule à moteur, et il doit présenter le permis à la demande d'un policier ou d'un fonctionnaire qui désire l'examiner et qui est nommé pour faire appliquer les dispositions de la présente loi.

(2) Quiconque est incapable de présenter son permis ou refuse de le faire conformément au paragraphe (1) lorsqu'un policier le lui demande, doit s'identifier de façon suffisante et, aux fins du présent paragraphe, le nom et l'adresse exacts de cette personne sont réputés constituer une identité suffisante.

It should perhaps be noted that counsel for the respondent conceded in this Court, as he apparently did in the Court of Appeal, that he no longer relied, as a statutory basis for an implied power to stop a motor vehicle for the purpose contemplated by the R.I.D.E. program, on s. 86(1) of *The Highway Traffic Act*, which confers a power on a police officer to direct traffic "according to his discretion" and imposes a duty to obey such directions.

Il y a peut-être lieu de signaler que le procureur de l'intimée a reconnu en cette Cour, comme il paraît l'avoir fait en Cour d'appel, qu'il n'invoque plus, comme fondement législatif du pouvoir implicite d'arrêter un véhicule automobile pour les fins du programme R.I.D.E., le par. 86(1) du *Code de la route*, lequel accorde à un agent de police le pouvoir de diriger la circulation [TRADUCTION] «à son gré» et impose l'obligation de se conformer à ces ordres.

Section 14 of the Ontario *Highway Traffic Act* imposes a duty upon the driver of a motor vehicle to surrender his or her licence for inspection upon demand. It was argued that there arises by implication from the driver's duty a power in a police officer to stop a motor vehicle for the purpose of inspecting a licence. I question whether such a power can be derived as a matter of statutory construction from the duty of the motorist. Implied powers are derived by implication from the powers expressly conferred by statute on an authority. Section 27(*b*) of *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225, provides: "In every Act, unless the contrary intention appears ... where power is given to a person, officer or functionary to do or to enforce the doing of an act or thing, all such powers shall be understood 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". This is a statutory embodiment of the rule stated in *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 36, para. 657: "The powers conferred by an enabling statute include not only such as are expressly granted but also, by implication, all powers which are reasonably necessary for the accomplishment of the object intended to be secured". Section 14 of *The Highway Traffic Act*

L'article 14 du *Code de la route* de l'Ontario impose au conducteur d'un véhicule automobile l'obligation de présenter son permis sur demande. On a soutenu qu'à cette obligation du conducteur correspond implicitement un pouvoir de l'agent de police d'arrêter un véhicule automobile dans le but de demander la présentation du permis pour inspection. Je doute que, par interprétation législative, on puisse conclure à l'existence d'un tel pouvoir à partir de l'obligation de l'automobiliste. Les pouvoirs implicites sont ceux qui découlent implicitement des pouvoirs accordés expressément par la loi aux autorités. L'alinéa 27*b*) de *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, chap. 225, prévoit que: [TRADUCTION] «Dans toute loi, à moins que le contexte ne s'y oppose ... le pouvoir de faire ou de faire faire une chose implique les pouvoirs accessoires nécessaires pour son accomplissement». C'est là l'expression législative de la règle énoncée dans *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 36, par. 657: [TRADUCTION] «Les pouvoirs accordés par une loi habilitante ne comprennent pas seulement les pouvoirs accordés expressément, mais également, par implication, tous les pouvoirs raisonnablement nécessaires pour atteindre l'objectif visé». L'article 14 du *Code de la route* ne vise pas à attribuer un pouvoir à un agent de police, mais

does not purport to confer a power on a police officer but rather imposes a duty on the individual driver. It may well be that such a duty necessarily implies a power to demand surrender of a licence for inspection, but whether such a power should extend by further implication to a power to stop a motor vehicle for such purpose is in my opinion doubtful. It would appear to involve an unusual extension of the rule of implied powers, as a matter of statutory construction. Such a power might exist as a matter of implication from the general nature of police duties, but that is a different basis. That is what I understand by common law authority for the exercise of police power. It may seem to come down to much the same thing in the end but the rule of statutory construction must not be distorted because of its application in a great variety of other statutory contexts. In any event, even assuming for the purposes of analysis that a power to stop a motor vehicle in order to demand surrender of a licence for inspection arises by implication from the terms of s. 14 of *The Highway Traffic Act*, and need not be grounded as a matter of common law on the general duties of police officers, it is a power that must be exercised for the purpose indicated in s. 14. It cannot be validly exercised for another purpose, using the purpose indicated in s. 14 as a subterfuge or pretext. In this case, it is clear from the findings of fact as set out in the stated case that while the police officer asked the appellant for his licence, the true purpose of the signal to stop was not to demand surrender of the licence for inspection but rather to determine whether there were grounds for a reasonable suspicion that the appellant had alcohol in his blood. That is clear from the following findings of fact: "Although police officers ask for valid driver's licences, they only do so to initiate conversation or contact to detect the drinking driver that they may not otherwise be able to detect" and "The only reason he was stopped was a part of the R.I.D.E. programme". I am, therefore, of the opinion that s. 14 of *The Highway Traffic Act* did not provide statutory authority for the signal to stop in the present case.

impose plutôt une obligation au conducteur. Il se peut qu'une telle obligation comprenne nécessairement le pouvoir d'exiger la présentation du permis pour inspection, mais, à mon avis, il n'est pas certain que ce pouvoir doive s'étendre, encore implicitement, au pouvoir d'arrêter un véhicule automobile à cette fin. Il semble qu'il y aurait là une extension inhabituelle de la règle des pouvoirs implicites en matière d'interprétation législative. Ce pouvoir peut exister, de façon implicite, à cause de la nature générale des obligations de la police, mais c'est là un fondement différent. C'est ce que je comprends par pouvoir en vertu de la *common law* relativement à l'exercice d'un pouvoir de police. En définitive, cela revient peut-être au même, mais il ne faut pas fausser la règle d'interprétation législative à cause de son application à un grand nombre d'autres contextes législatifs. De toute façon, même en présumant pour les fins de l'analyse que l'art. 14 du *Code de la route* confère implicitement le pouvoir d'arrêter un véhicule automobile dans le but de demander au conducteur la présentation du permis de conduire pour inspection, et qu'il n'est pas nécessaire de fonder ce pouvoir, en *common law*, sur les obligations générales des agents de police, il s'agit d'un pouvoir qui doit être exercé pour les fins mentionnées à l'art. 14. On ne peut l'exercer validement à une autre fin, en se servant du but indiqué à l'art. 14 comme prétexte ou subterfuge. En l'espèce, il est manifeste, d'après les conclusions de fait énoncées dans l'exposé de cause que, bien que l'agent de police ait demandé à l'appelant de présenter son permis pour inspection, le but véritable du signal d'arrêt n'était pas de demander la présentation du permis, mais plutôt de déterminer s'il y avait des motifs de soupçonner que l'appelant avait de l'alcool dans le sang. Cela ressort clairement de la conclusion de fait suivante: [TRADUCTION] «Bien que les agents de police demandent de présenter le permis de conduire, ils ne le font que pour engager la conversation ou prendre contact avec le conducteur et déceler s'il a bu, ce qu'ils ne pourraient peut-être pas faire autrement» et «Le seul motif de lui demander d'arrêter était l'application du programme R.I.D.E.» Je suis donc d'avis que l'art. 14 du *Code de la route* ne fournit pas de fondement législatif au signal d'arrêt en l'espèce.

In view of this conclusion, it is unnecessary to express an opinion as to the constitutional validity of s. 14, which counsel for the appellant contended would be put in issue if the section were construed to confer authority to make a random vehicle stop for the purpose contemplated by the R.I.D.E. program. It may be noted that s. 189*a*.—(1) of the *Highway Traffic Act*, as added by 1981 (Ont.), c. 72, s. 2, confers express authority on a police officer to stop a motor vehicle in the following terms: "A police officer, in the lawful execution of his duties and responsibilities, may require the driver of a motor vehicle to stop and the driver of a motor vehicle, when signalled or requested to stop by a police officer who is readily identifiable as such, shall immediately come to a safe stop".

IV

Reliance was also placed on the general duties of police officers as the foundation for a common law authority to stop a motor vehicle for the purpose contemplated by the R.I.D.E. program. A statutory statement of these duties is found in s. 55 of *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351, which provides:

> **55.** The members of police forces appointed under Part II, except assistants and civilian employees, are charged with the duty of preserving the peace, preventing robberies and other crimes and offences, including offences against the by-laws of the municipality, and apprehending offenders, and laying informations before the proper tribunal, and prosecuting and aiding in the prosecuting of offenders, and have generally all the powers and privileges and are liable to all the duties and responsibilities that belong to constables.

It has been held that at common law the principal duties of police officers are the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property, from which is derived the duty to control traffic on the public roads. See *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, at p. 419; *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682, at p. 685; *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 30, para. 206, p. 129.

The common law basis of police power has been derived from the nature and scope of police duty. Referring to the "powers associated with the

À cause de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'exprimer d'avis quant à la constitutionnalité de l'art. 14 qui, selon les prétentions du procureur de l'appelant, serait en litige si, suivant l'interprétation retenue, l'article attribuait le pouvoir d'arrêter les véhicules au hasard pour les fins du programme R.I.D.E. On peut noter que le par. 189*a*.—(1) du *Code de la route*, ajouté par 1981 (Ont.), chap. 72, art. 2, confère expressément à un agent de police le pouvoir d'arrêter un véhicule automobile: «Un agent de police, dans l'exercice légitime de ses fonctions, peut exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête. Si tel est le cas, le conducteur obtempère immédiatement à la demande de l'agent identifiable à première vue comme tel».

IV

On a aussi invoqué les obligations générales des agents de police comme fondement de leur pouvoir en vertu de la *common law* d'arrêter un véhicule automobile pour les fins du programme R.I.D.E. L'article 55 de *The Police Act*, R.S.O. 1970, chap. 351, qui constitue une codification législative de ces obligations, dispose:

> [TRADUCTION] **55.** Les membres des corps de police nommés en vertu de la Partie II, sauf les adjoints et les employés civils, ont l'obligation de maintenir la paix, de prévenir les vols et autres crimes et infractions, notamment les infractions aux règlements municipaux, d'appréhender les contrevenants et de porter des dénonciations devant le tribunal compétent, de poursuivre et d'aider à la poursuite des contrevenants. Ils ont de façon générale tous les pouvoirs et jouissent de tous les privilèges des agents de la paix et sont assujettis à toutes les obligations et à toutes les responsabilités de ces derniers.

On a soutenu que, selon la *common law*, les obligations principales des agents de police visent le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens, dont découle l'obligation de surveiller la circulation sur les routes. Voir *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, à la p. 419; *Johnson v. Phillips*, [1975] 3 All E.R. 682, à la p. 685; *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 30, par. 206, p. 129.

Le fondement en *common law* du pouvoir de la police a été tiré de la nature et de l'étendue des obligations de la police. Parlant des [TRADUC-

duty", Ashworth J. in *R. v. Waterfield*, *supra*, at pp. 661-62, laid down the test for the existence of police powers at common law, as a reflection of police duties, as follows:

> 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 recognized 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. To cite only one example, in *Davis v. Lisle* [1936] 2 All E.R. 213; [1936] 2 K.B. 434, it was held that even if a police officer had a right to enter a garage to make inquiries, he became a trespasser after the appellant had told him to leave the premises, and that he was not, therefore, acting thenceforward in the execution of his duty, with the result that the appellant could not be convicted of assaulting or obstructing him in the execution of his duty.

The test laid down in *Waterfield*, while generally invoked in cases in which the issue is whether a police officer was acting in the execution of his duties, has been recognized as being a test for whether the officer had common law authority for what he did. In *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233, the issue was whether a police constable had the power to direct a motorist to stop for the purpose of submitting to a traffic census. The appellant was charged with refusal to comply with a direction to stop given by a police constable in the execution of his duty. Applying the *Waterfield* test, which he referred to as being of "the greatest assistance", Lord Widgery C.J. affirmed that the

TION] «pouvoirs liés aux obligations», le juge Ashworth a, dans l'arrêt *R. v. Waterfield*, précité, aux pp. 661 et 662, énoncé de la façon suivante le critère de base de l'existence des pouvoirs de la police en *common law*, en tant que manifestation des obligations de la police:

> [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 relié à 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, lorsque le 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. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, dans l'arrêt *Davis v. Lisle*, [1936] 2 All E.R. 213, [1936] 2 K.B. 434, on a statué que, même si un agent de police a le droit de pénétrer dans un garage pour enquêter, il est devenu un intrus après que l'appelant lui eut dit de quitter les lieux et qu'il n'était donc pas là, dès lors, pour agir dans l'exécution de son devoir, ce qui a eu pour conséquence qu'on ne pouvait déclarer l'appelant coupable de voies de fait ou de l'avoir entravé dans l'exécution de son devoir.

Bien que le critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield* soit en général invoqué dans les affaires où il s'agit de déterminer si l'agent de police agissait dans l'exercice de ses devoirs, on reconnaît qu'il sert à déterminer si un agent avait le pouvoir en *common law* de faire ce qu'il a fait. Dans l'arrêt *Hoffman v. Thomas*, [1974] 2 All E.R. 233, il s'agissait de savoir si un constable avait le pouvoir d'ordonner à un automobiliste de s'arrêter pour le faire répondre à une enquête sur la circulation. L'appelant avait été accusé de refus d'obéir à un ordre de s'arrêter donné par un agent de police dans l'exercice de son devoir. Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield*, qu'il qualifie de

power to control traffic was a power to be exercised for the protection of life and property and held that the traffic census could not be related to this purpose. The direction did not therefore fall within the general scope of a police constable's duties under the first branch of the *Waterfield* test. Speaking in terms of police powers, Lord Widgery C.J. said at p. 238, "Accordingly it seems to me that neither at common law, nor by any statutory provisions to which we have been referred, had this police officer any right to direct the appellant to leave the motorway and go into the census area", and he spoke of the direction as a "signal which he had no power to make either at common law or by virtue of statute". The test laid down in *Waterfield* was treated as authoritative and applied by this Court in *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631, and in *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443, both cases in which the issue was whether a police officer was in the execution of his duty. In *Knowlton*, Fauteux C.J., delivering the judgment of the Court, said at p. 446, "Police duty and the use of powers associated with such duty are the sole matters in issue in this appeal", and he concluded at p. 448, "I cannot find in the record any evidence showing that Sergeant Grandish or other police officers resorted, on the occasion, to any unjustifiable use of the powers associated with the duty imposed upon them". Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), p. 33, refers to the decision in *Knowlton* as reflecting a movement towards "an ancillary powers doctrine which would enable the police to perform such reasonable acts as are necessary for the due execution of their duties." In the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, Dickson J. (as he then was), dissenting, considered the *Waterfield* test under the heading "The Common Law Powers of the Police", which he referred to as "powers inherent in the execution of a police officer's duty".

In applying the *Waterfield* test to the random stop of a motor vehicle for the purpose contemplat-

[TRADUCTION] «très utile», le juge en chef, lord Widgery, a affirmé que le pouvoir de surveiller la circulation est un pouvoir qui doit être exercé pour protéger la vie des personnes et la propriété et a statué que l'enquête sur la circulation ne pouvait se rattacher à cet objet. L'ordre n'appartenait donc pas au domaine général des fonctions d'un agent de police en vertu de la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield*. Parlant des pouvoirs de la police, le juge en chef Widgery dit à la p. 238: [TRADUCTION] «En conséquence, il me semble que cet agent de police n'avait, ni en vertu de la *common law*, ni en vertu d'aucun texte législatif qu'on nous a cité, le droit d'ordonner à l'appelant de quitter la route et de se diriger dans l'aire de recensement» et il qualifie l'ordre de [TRADUCTION] «signal qu'il n'avait pas le pouvoir de faire, ni en vertu de la *common law*, ni en vertu de la loi». Cette Cour a considéré le critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield* comme faisant autorité et l'a appliqué dans les arrêts *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443, deux affaires dans lesquelles il s'agissait de déterminer si un agent de police agissait dans l'accomplissement de son devoir. Dans l'arrêt *Knowlton*, le juge en chef Fauteux, qui a rédigé l'arrêt de la Cour, dit à la p. 446: «Le devoir de la police et l'exercice des pouvoirs reliés à ce devoir sont les seules questions en litige en l'espèce», et conclut à la p. 448: «Je ne puis trouver au dossier aucune preuve démontrant que le sergent Grandish ou d'autres agents de police ont fait, à cette occasion, un usage injustifié des pouvoirs reliés au devoir qui leur était imposé». Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), à la p. 33 dit de l'arrêt *Knowlton* qu'il manifeste une tendance vers [TRADUCTION] «une doctrine des pouvoirs accessoires qui permettrait aux policiers de faire les actes qui sont raisonnablement nécessaires au bon accomplissement de leurs devoirs». Dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, le juge Dickson (alors juge puîné) a examiné en dissidence le critère de l'arrêt *Waterfield* dans la partie de ses motifs intitulée «Les pouvoirs de la police en common law» qu'il qualifie de «pouvoirs inhérents à l'exécution des fonctions de policier».

Pour appliquer le critère de l'arrêt *Waterfield* à l'arrêt au hasard d'automobilistes pour les fins

ed by the R.I.D.E. program, it is convenient to refer to the right to circulate in a motor vehicle on the public highway as a "liberty". That is the way it was referred to in *Hoffman v. Thomas*, *supra*, and in *Johnson v. Phillips*, *supra*. In assessing the interference with this right by a random vehicle stop, one must bear in mind, however, that the right is not a fundamental liberty like the ordinary right of movement of the individual, but a licensed activity that is subject to regulation and control for the protection of life and property. Applying the *Waterfield* test, then, and using the word "liberty" in this qualified and special sense, it may be said that the random vehicle stop in this case was *prima facie* an unlawful interference with liberty since it was not authorized by statute. The first question, then, under the *Waterfield* test is whether the random stop fell within the general scope of the duties of a police officer under statute or common law. I do not think there can be any doubt that it fell within the general scope of the duties of a police officer to prevent crime and to protect life and property by the control of traffic. These are the very objects of the R.I.D.E. program, which is a measure to improve the deterrence and detection of impaired driving, a notorious cause of injury and death.

Turning to the second branch of the *Waterfield* test, it must be said respectfully that neither *Waterfield* itself nor most of the cases which have applied it throw much light on the criteria for determining whether a particular interference with liberty is an unjustifiable use of a power associated with a police duty. There is a suggestion of the correct test, I think, in the use of the words "reasonably necessary" in *Johnson v. Phillips*, *supra*. The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. Because of the seriousness of the problem of impaired driving, there can be no doubt about the importance and necessity of a program

visées par le programme R.I.D.E., il est utile de parler du droit de circuler en voiture sur la voie publique en tant que «faculté». C'est la façon dont on en a parlé dans les arrêts *Hoffman v. Thomas* et *Johnson v. Phillips*, précités. Pour évaluer l'entrave à ce droit causée par l'arrêt de véhicules au hasard, il faut se rappeler cependant que ce droit n'est pas une liberté fondamentale comme le droit ordinaire de circuler dont jouit une personne, mais une activité qui nécessite un permis, c'est-à-dire assujettie à une réglementation et à un contrôle en vue de la protection de la vie des personnes et de la propriété. Si on applique le critère de l'arrêt *Waterfield* et si on emploie le mot «faculté» dans ce sens spécial et restreint, on peut dire que l'arrêt d'un véhicule au hasard dans ce cas est, de prime abord, une atteinte illégale à la liberté puisqu'elle n'est pas permise par la loi. Ainsi la première question, en vertu du critère de l'arrêt *Waterfield*, est de savoir si l'arrêt au hasard entre dans le cadre général des devoirs d'un agent de police en vertu de la loi ou de la *common law*. Je ne crois pas qu'il puisse y avoir de doute qu'il entre dans le cadre général des devoirs d'un agent de police en vue de prévenir les infractions et de protéger la vie des personnes et la propriété par la surveillance de la circulation. Ce sont là les objets mêmes du programme R.I.D.E. qui vise à améliorer la détection de la conduite avec facultés affaiblies et à la décourager parce qu'elle est une cause notoire de blessures et de décès.

Pour ce qui est de la seconde partie du critère de l'arrêt *Waterfield*, il faut dire, avec égards, que ni l'arrêt *Waterfield* ni la plupart des autres arrêts qui l'ont appliqué n'apportent beaucoup de lumière sur les critères pour déterminer si une atteinte particulière à la liberté constitue un usage injustifié d'un pouvoir relié à un devoir de la police. L'arrêt *Johnson v. Phillips*, précité, suggère le bon critère, je crois, en employant l'expression [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire». L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte. Vu la gravité du problème de la conduite avec facultés affaiblies, l'importance et la nécessité d'un programme visant

to improve the deterrence of it. The right to circulate on the highway free from unreasonable interference is an important one, but it is, as I have said, a licensed activity subject to regulation and control in the interest of safety. The objectionable nature of a random stop is chiefly that it is made on a purely arbitrary basis, without any grounds for suspicion or belief that the particular driver has committed or is committing an offence. It is this aspect of the random stop that makes it capable of producing unpleasant psychological effects for the innocent driver. These effects, however, would tend to be minimized by the well-publicized nature of the program, which is a necessary feature of its deterrent purpose. Moreover, the stop would be of relatively short duration and of slight inconvenience. Weighing these factors, I am of the opinion that having regard to the importance of the public purpose served, the random stop, as a police action necessary to the carrying out of that purpose, was not an unreasonable interference with the right to circulate on the public highway. It was not, therefore, an unjustifiable use of a power associated with the police duty, within the *Waterfield* test. I would accordingly hold that there was common law authority for the random vehicle stop for the purpose contemplated by the R.I.D.E. program.

In view of this conclusion it is unnecessary for me to express an opinion as to whether, if the random vehicle stop were unlawful for lack of statutory or common law authority, its unlawful character would constitute a reasonable excuse, on the authority of the decision of the majority of this Court in *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, for the failure to comply with the s. 234.1(1) demand for a sample of breath, or would render such demand invalid, on the reasoning of the House of Lords in *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753.

I would accordingly dismiss the appeal. The appellant should have his costs in this Court on both the application for leave to appeal and on the appeal.

à la décourager ne font pas de doute. Le droit de circuler sur les routes sans entrave déraisonnable est important mais, comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit d'une activité qui nécessite un permis, assujettie à une réglementation et à un contrôle pour favoriser la sécurité. L'aspect condamnable de l'arrêt au hasard tient principalement à ce qu'il est fait de façon purement arbitraire, sans aucun motif de croire ou de soupçonner qu'un conducteur en particulier a commis ou est en train de commettre une infraction. C'est cet aspect de l'arrêt au hasard de véhicules qui est susceptible de produire des effets psychologiques déplaisants pour le conducteur innocent. Cependant, la grande publicité donnée à la nature du programme a tendance à minimiser ces effets en plus d'être un aspect nécessaire de son caractère dissuasif. De plus, l'arrêt est d'une durée relativement courte et ne cause pas beaucoup d'inconvénients. Compte tenu de ces facteurs, je suis d'avis que, à cause de l'importance de l'objet public poursuivi, l'arrêt de véhicules au hasard, en tant qu'action policière nécessaire à la réalisation de cet objet, n'est pas une entrave déraisonnable au droit de circuler sur la voie publique. Il ne constitue donc pas un emploi injustifiable d'un pouvoir relié à un devoir de la police, au sens du critère de l'arrêt *Waterfield*. Je conclus donc que la *common law* autorise l'arrêt de véhicules au hasard pour les fins visées par le programme R.I.D.E.

À cause de cette conclusion, il n'est pas nécessaire que j'exprime d'avis sur le point de savoir si, dans l'hypothèse où l'arrêt d'un véhicule au hasard est illégal faute de pouvoir en vertu de la loi ou de la *common law*, son caractère illégal fournirait une excuse raisonnable, conformément à l'arrêt antérieur de la majorité de cette Cour *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, de ne pas se conformer à une demande d'échantillon d'haleine faite par application du par. 234.1(1) ou rendrait cette demande invalide, selon le raisonnement de la Chambre des lords dans l'arrêt *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. L'appelant a droit à ses dépens en cette Cour tant pour la demande d'autorisation de pourvoi que pour le pourvoi lui-même.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. *and* BEETZ *and* CHOUINARD JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Morris Manning, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: John H. Evans, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON *et les juges* BEETZ *et* CHOUINARD *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant: Morris Manning, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: John H. Evans, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.

Paul A. Rousseau *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Paul A. Rousseau *Respondent.*

File Nos.: 17523 and 17530.

1984: December 11; 1985: July 31.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeal — Accused acquitted of conspiring and of obstructing justice — Crown's appeal limited to questions of law — No mistake of law — Logical conclusion by the trial judge — Criminal Code, s. 605(1)(a).

Criminal law — Extortion — Money requested without violence or menaces does not amount to extortion.

Appellant Rousseau was charged (1) with conspiring with a police officer to attempt to obstruct justice, (2) with attempted obstruction of justice, and (3) with extortion. The accused, a lawyer, represented three persons suspected of stealing and of receiving stolen goods; two of these persons worked for the security company responsible for protecting the businesses where the thefts occurred. The attempted obstruction of justice and the conspiracy arose from the fact that the accused allegedly agreed with the police officer responsible for the investigation that fewer charges be laid in return for money obtained from his clients. The accused allegedly committed the extortion through a request for $10,000, made to the lawyer of the security company, to avoid bad publicity for the company. The accused undertook to have the charges against the company's employees quietly dropped. The judge of the Court of Sessions of the Peace acquitted the accused on the three charges. He considered that the accused's guilt was not established beyond all reasonable doubt. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal on the first count only and found the accused guilty of conspiracy. Rousseau appealed the judgment of the Court of Appeal on the

Paul A. Rousseau *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

et entre

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Paul A. Rousseau *Intimé.*

N^os du greffe: 17523 et 17530.

1984: 11 décembre; 1985: 31 juillet.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appel — Accusé acquitté de complot et d'entrave à la justice — Appel du ministère public limité aux questions de droit — Aucune erreur de droit — Conclusion logique du juge du procès — Code criminel, art. 605(1)a).

Droit criminel — Extorsion — Somme d'argent demandée sans violence ou menaces ne constitue pas de l'extorsion.

L'appelant Rousseau a été accusé (1) d'avoir conspiré avec un policier pour tenter d'entraver la justice, (2) de tentative d'entrave à la justice et (3) d'extorsion. L'accusé, un avocat, représentait trois personnes impliquées dans des vols et des recels, dont deux travaillaient pour la compagnie de sécurité qui était responsable de la protection des commerces où les vols ont eu lieu. La tentative d'entrave à la justice et le complot tiennent du fait que l'accusé se serait entendu avec le policier chargé de l'enquête pour qu'il réduise le nombre des accusations, le tout moyennant le paiement par ses clients d'une somme d'argent. L'accusé aurait commis l'extorsion en demandant à l'avocat de la compagnie de sécurité une somme de 10 000 $ pour éviter toute mauvaise publicité à la compagnie. L'accusé s'engageait à faire régler discrètement les accusations portées contre les employés de la compagnie. Le juge de la Cour des sessions de la paix a acquitté l'accusé des trois chefs d'accusation. Le premier juge n'a pas été convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la poursuite quant au premier chef d'accusation seulement et a déclaré l'accusé coupable de complot. Rousseau en appelle de la

first count, and the Crown on the second and third counts.

Held: The appeal by Rousseau should be allowed. The appeal by the Crown should be dismissed.

The Court of Appeal erred in quashing the acquittal and in finding the accused guilty of conspiracy. The Crown's appeal, which was governed by s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*, was limited to grounds "that involved a question of law alone". The doubt entertained by the trial judge concerning the existence of a conspiracy had to be purely a matter of conjecture and have no basis whatever in the evidence for it to amount to an error of law. In the case at bar, the actions and statements of both the accused and the police officer supported the notion that such a conspiracy existed, but this was not the only logical possibility and one cannot say, as did the Court of Appeal, that "to consider any possibility other than the existence of a conspiracy between the accused and the police officer was purely conjectural". The trial judge was not convinced beyond all reasonable doubt of the existence of such a conspiracy. In view of the evidence adduced at trial, one cannot say that such a doubt amounts to an error of law.

The trial judge, moreover, did not err in finding that the accused's guilt was not established beyond all reasonable doubt on the count of attempted obstruction of justice. The doubt entertained by the judge is not purely a matter of conjecture and has basis in the evidence.

Finally, the fact that someone asks another person for a sum of money for committing an unlawful act which might be helpful to that other person does not constitute extortion within the meaning of s. 305 of the *Criminal Code*. The accused did not attempt to induce the security company to give him money by threats, accusations, menaces or violence.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 127(2) [as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 3; 1972 (Can.), c. 13, s. 8], 305(1), 423(1)(*d*), 605(1)(*a*).

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal[1] which dismissed an appeal by the Crown concerning the counts of attempted obstruction of justice and extortion, and allowed an appeal concerning the count of conspiracy.

[1] Que. C.A., No. 200-10-000102-819, January 20, 1983.

décision de la Cour d'appel relative au premier chef d'accusation; la poursuite en fait autant pour ce qui est du deuxième et du troisième.

Arrêt: Le pourvoi de Rousseau est accueilli. Le pourvoi du ministère public est rejeté.

La Cour d'appel a commis une erreur en cassant le verdict d'acquittement et en déclarant l'accusé coupable de complot. L'appel du ministère public, régi par l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*, est limité aux motifs «qui comportent une question de droit seulement». Pour que le doute entretenu par le juge du procès relativement à l'existence d'un complot équivaille à une erreur de droit, il faut que ce doute tienne de la pure conjecture et ne puisse trouver quelque appui dans la preuve. En l'espèce, même si les propos et le comportement de l'accusé et du policier se prêtent à l'hypothèse de l'existence d'un complot, cette hypothèse n'est pas la seule logique et on ne peut affirmer, comme l'a fait la Cour d'appel, «qu'envisager une hypothèse autre que l'existence du complot entre l'accusé et le policier tient de la pure conjecture». Le juge de première instance n'a pas été convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de ce complot. Compte tenu de la preuve soumise au procès, on ne peut dire qu'un tel doute équivaut à une erreur de droit.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur non plus en concluant que la preuve de la culpabilité de l'accusé n'avait pas été faite hors de tout doute raisonnable relativement au chef d'accusation de tentative d'entrave à la justice. Son doute ne tient pas de la pure conjecture et trouve appui dans la preuve.

Finalement, le fait de demander une somme d'argent à une personne dans le but de poser un acte illégal qui pourrait être utile à cette personne ne constitue pas de l'extorsion au sens de l'art. 305 du *Code criminel*. L'accusé n'a pas tenté d'induire la compagnie de sécurité à lui donner de l'argent par des menaces, des accusations ou de la violence.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 127(2) [mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 3; 1972 (Can.), chap. 13, art. 8], 305(1), 423(1)*d*), 605(1)*a*).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1] qui a rejeté l'appel du ministère public relatif aux chefs d'accusation de tentative d'entrave à la justice et d'extorsion et accueilli l'appel relatif au chef d'accusation de complot. Pourvoi de

[1] C.A. Qué., nº 200-10-000102-819, 20 janvier 1983.

Appeal by Rousseau allowed. Appeal by the Crown dismissed.

Raynold Bélanger, Q.C., for Rousseau.

Claude Haccoun, for the Crown.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—Appellant Rousseau was acquitted by a judge of the Court of Sessions of the Peace on a charge consisting of three counts, namely, conspiring with a police officer in an attempt to obstruct justice, attempted obstruction of justice and extortion. The Crown appealed the judgment and the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal on the counts of attempted obstruction of justice and extortion; however, it allowed the appeal on the first count and found Rousseau guilty of conspiracy. Rousseau appealed to this Court on the first count, and the Crown did likewise on the second and third counts.

In my view, Rousseau's appeal should succeed and that of the Crown should be dismissed.

Facts

Both the trial judge and the Court of Appeal related and analysed the facts in great detail in their judgments. I do not think it is necessary for me to do so in this judgment. I need only say the following. Rousseau is a lawyer. Three of his clients were involved in theft and receiving. Two of them worked for the security company which had the contract to protect the businesses where the thefts occurred.

The attempted obstruction of justice and conspiracy for that purpose arose from the fact that Rousseau allegedly agreed with the police officer responsible for the investigation of these crimes, a man named Asselin, to lay charges only for a part of them and to conceal the identities of the perpetrators from the authorities as to the remainder, in return for money obtained from his clients, money which Rousseau claimed was to be shared with the police officer.

The extortion was allegedly committed by a request made by the lawyer Rousseau to the

Rousseau accueilli. Pourvoi du ministère public rejeté.

Raynold Bélanger, c.r., pour Rousseau.

Claude Haccoun, pour le ministère public.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant Rousseau a été acquitté par un juge de la Cour des sessions de la paix d'une accusation comportant trois chefs, savoir, d'avoir comploté avec un policier pour tenter d'entraver la justice, de tentative d'entrave à la justice et d'extorsion. La Couronne a porté le jugement en appel et la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel quant aux chefs de tentative d'entrave à la justice et d'extorsion; elle a cependant accueilli l'appel quant au premier chef et a déclaré Rousseau coupable de complot. Rousseau se pourvoit devant cette Cour quant au premier chef et la Couronne en fait autant quant aux deuxième et troisième chefs.

À mon avis, le pourvoi de Rousseau doit réussir et celui de la Couronne doit être rejeté.

Les faits

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont, dans leurs jugements, relaté et analysé les faits de façon minutieuse. Je ne crois pas qu'il me soit nécessaire d'en faire autant dans ce jugement. Il suffira d'en dire ce qui suit. Rousseau est avocat. Trois de ses clients ont été impliqués dans des vols et des recels. Deux de ceux-ci travaillaient pour la compagnie de sécurité qui avait le contrat de protéger les commerces où les vols ont eu lieu.

La tentative d'entrave à la justice et le complot à cette fin tiennent du fait que Rousseau se serait entendu avec le policier chargé de l'enquête concernant ces crimes, un dénommé Asselin, pour ne porter des accusations que pour une partie de ceux-ci et pour cacher des autorités l'identité des auteurs quant aux autres, et ce moyennant de l'argent obtenu de ses clients, argent que Rousseau prétendait devoir partager avec le policier.

L'extorsion aurait été commise par une demande faite par l'avocat Rousseau à l'avocat de

lawyer of the security company for the sum of $10,000 to avoid publicity which, in connection with events involving employees, would have been bad for the company. The lawyer Rousseau allegedly said that he would be able to have the charges quietly dropped. The evidence of this request for money rested simply on the testimony of the company's lawyer.

The evidence relating to the other two counts is more complicated. Essentially, it consisted of conversations which Rousseau had with his clients, related at the trial by two of them, a discussion between Rousseau and the police officer, and finally statements made by the police officer to Rousseau's clients.

The trial judge disposed of the second and third counts quite briefly, saying simply that [TRANSLATION] "The evidence does not support a guilty verdict on counts 2 and 3." However, he undertook a meticulous and exhaustive analysis of the evidence on the charge of conspiracy. The following passage summarizes his analysis:

[TRANSLATION] The evidence did not establish any agreement between Rousseau and Asselin in the presence of any other person. The content of the conversations which Rousseau may have had with Michel Hébert, Laurent Cyr, Boucher or Mr. Delisle, and which Asselin may have had with Cyr and Hébert, is so vague as to the intent of Rousseau and Asselin that the Court cannot definitely conclude that there was an agreement between Rousseau and Asselin to attempt to obstruct the course of justice by ensuring that Hébert and Cyr would only be charged with the theft of cigarettes.

Count 3: Extortion

The Court of Appeal disposed of the third count by saying

[TRANSLATION] The fact that someone asks another person for a sum of money for committing an unlawful act which might be helpful to that other person does not constitute extortion within the meaning of section 305(1) Cr.C.

and that

[TRANSLATION] ... however the approach made by respondent to A.D.T. Security System Inc. is described, respondent did not attempt to induce this company to give him the sum of $10,000 by threats, accusations, or violence.

la compagnie de sécurité d'une somme de 10 000 $ pour éviter une publicité qui, suite à des événements impliquant des employés, aurait été mauvaise pour la compagnie. L'avocat Rousseau aurait dit pouvoir faire disposer des accusations de façon discrète. La preuve de cette demande d'argent fut faite simplement par le témoignage de l'avocat de la compagnie.

La preuve ayant trait aux deux autres chefs est plus compliquée. Essentiellement elle consiste en des conversations qu'a eues l'avocat Rousseau avec ses clients, relatées lors du procès par deux de ces derniers, en un entretien entre Rousseau et le policier, et enfin en des propos tenus par le policier aux clients de Rousseau.

Le juge du procès a disposé des deuxième et troisième chefs de façon très sommaire en disant simplement que «La preuve ne supporte pas un verdict de culpabilité sur les chefs 2 et 3». Par contre, il a analysé la preuve relative à l'accusation de complot de façon méticuleuse et exhaustive. Le passage suivant résume son analyse:

La preuve ne révèle aucune entente intervenue entre Rousseau et Asselin en présence de quelque autre personne. Le contenu des conversations que d'une part Rousseau a pu avoir avec soit Michel Hébert, Laurent Cyr, Boucher ou Me Delisle et que d'autre part Asselin a pu avoir avec Cyr et Hébert, est tellement imprécis quant à l'intention de Rousseau et Asselin, que la Cour ne peut en venir à la conclusion certaine qu'il y a eu entente entre Rousseau et Asselin pour tenter d'entraver le cours de la Justice, en s'engageant à ce que Hébert et Cyr ne soient accusés que du vol de cigarettes.

Le 3e chef: extorsion

La Cour d'appel disposait du 3e chef en disant que

Le fait de demander une somme d'argent à une personne dans le but de poser un acte illégal qui pourrait être utile à cette personne ne constitue pas de l'extorsion aux termes de l'article 305(1) C.cr.

et que

... quelle que soit la qualification que l'on puisse donner à la démarche faite par l'intimé auprès de A.D.T. Security System Inc., l'intimé n'a pas tenté d'induire cette société à lui donner une somme de $10,000.00 par des menaces, des accusations ou de la violence.

I concur with the Court of Appeal and would dismiss the appeal of the Crown on this count without further comment.

Count 2: Attempt to Obstruct Justice

The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal on the following ground:

[TRANSLATION] . . . by "ensuring in return for the sum of $6,000 that Michel Hébert and Laurent Cyr would only be charged with the theft of cigarettes", respondent did not commit the offence specified in section 127(2) Cr.C., since respondent was not responsible for deciding on the nature of the charges to be laid against his clients. Respondent also could not be found guilty of the charge of obstructing justice under sections 21 and 22 Cr.C., as Asselin's accomplice, since the evidence did not establish that Asselin in fact committed the indictable offence of obstruction.

I concur with the Court of Appeal that, in order for Rousseau to commit the crime specified in s. 127(2), it was not sufficient for him to give an undertaking to his clients that they "would only be charged with the theft of cigarettes". He had to perform some act which would have amounted "to attempting in any manner" to obtain this result for them. However, it was not necessary that Asselin in fact attempted to obstruct justice. It sufficed that the suggestion be made to him by Rousseau.

The trial judge considered that the accused's guilt was not established beyond a reasonable doubt. I have read the evidence and I believe that he did not, in so concluding, commit an error of law. Indeed, this is an appeal by the Crown from an acquittal, covered by s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*, which limits the appeal to grounds "that involve [. . .] a question of law alone". For the doubt entertained by the judge to amount to an error of law it must be the result of conjecture and have no basis whatever in the evidence. I have read the evidence, and such is not the case. For reasons which I will expand upon when considering the first count hereinafter, the trial judge had a reasonable doubt as to Asselin's participation in the matter. Moreover, this is the only possible explanation, in view of Rousseau's acquittal on the count of conspiracy. For this reason, therefore, I would dismiss the appeal of the Crown on count 2.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel et je rejetterais sans plus de commentaires le pourvoi de la Couronne quant à ce chef.

Le 2e chef: tentative d'entrave à la justice

La Cour d'appel a rejeté le pourvoi de la Couronne au motif suivant

. . . en «s'engageant moyennant une somme de $6,000.00 à ce que Michel Hébert et Laurent Cyr ne soient accusés que de vols de cigarettes», l'intimé ne commettait pas l'acte criminel prévu à l'article 127(2) C.cr. puisque ce n'est pas l'intimé qui pouvait décider de la nature des accusations à être portées contre ses clients. L'intimé ne pouvait pas non plus être trouvé coupable de l'accusation d'entrave à la justice par le biais des articles 21 et 22 C.cr., comme complice d'Asselin, puisque la preuve n'établit pas qu'Asselin a de fait finalement commis l'acte criminel d'entrave.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne suffisait pas, pour que Rousseau commette le crime prévu au par. 127(2), qu'il s'engage auprès de ses clients à ce qu'ils «ne soient accusés que de vols de cigarettes». Il lui fallait poser un geste qui aurait équivalu «à tenter de quelque manière» de leur obtenir ce résultat. Il n'était pas nécessaire cependant qu'Asselin ait, de fait, tenté d'entraver la justice. Il suffisait que demande lui en ait été faite par Rousseau.

Le juge du procès était d'avis que la preuve de la culpabilité de l'accusé n'avait pas été faite hors de tout doute raisonnable. J'ai lu la preuve et je suis d'avis qu'il n'a pas commis d'erreur en droit en concluant ainsi. En effet, il s'agit d'un pourvoi de la Couronne à l'encontre d'un acquittement, régi par l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*, qui limite le pourvoi aux motifs «qui comporte[nt] une question de droit seulement». Or, pour que le doute entretenu par le juge équivaille à une erreur de droit il faut que celui-ci ne tienne que de la pure conjecture et ne puisse trouver quelque appui que ce soit dans la preuve. J'ai lu la preuve, et tel n'est point le cas. Pour des raisons que je donnerai en considérant ci-après le premier chef, le juge du procès a eu un doute raisonnable quant à la participation de Asselin à la transaction. C'est d'ailleurs la seule explication possible, eu égard à l'acquittement de Rousseau quant au chef de complot. Je rejetterais donc pour cette raison le pourvoi de la Couronne quant au 2e chef.

Count 1: Conspiracy

The Crown worded the indictment as follows:

[TRANSLATION] Between October 1, 1979 and January 30, 1980, at Ste-Foy and at Québec, district of Québec, did conspire with Mr. Raymond Asselin to commit an indictable offence not provided for in section 423(a), (b) and (*c*) of the Criminal Code, to wit: wilfully attempting to obstruct the course of justice, thereby committing an indictable offence specified in section 423(d) of the *Criminal Code*.

It should be noted that the accused's clients are not mentioned as parties to the conspiracy. The Crown therefore had to establish that Rousseau and the police officer Asselin had conspired together.

The trial judge said he had a reasonable doubt as to the existence of such a conspiracy between Rousseau and Asselin. He did not appear to be satisfied by the evidence of statements made by the lawyer to his clients, asking them for $6,000 for himself and the police to ensure that charges would not be laid for some of the thefts and that the sentence would be light for the remainder. In view of police officer Asselin's statements and actions, the trial judge also seems not to have been persuaded beyond all reasonable doubt of the latter's participation in the conspiracy between the lawyer and his clients, if one existed.

The Court of Appeal was well aware, in view of s. 605(1)(*a*), of the limits beyond which it could not substitute its opinion for that of the trial judge and override the doubt entertained by the Court as to the accused's guilt, quash his acquittal and find him guilty. Writing for the Court, Beauregard J.A. felt that to consider any possibility other than the existence of a conspiracy between the accused and Asselin was purely conjectural. If he was right, there would have been an error of law and the Court of Appeal would have been fully justified in reversing the trial judgment.

With respect, I do not think he was correct in this regard.

It is clear, and there was no reason for the trial judge to doubt this (and his observations tend to

Le 1[er] chef: complot

La Couronne a libellé l'acte d'accusation comme suit:

Entre le 1[er] octobre 1979, et le 30 janvier 1980, à Ste-Foy, et à Québec, district de Québec, a conspiré avec monsieur Raymond Asselin pour commettre un acte criminel que ne vise pas les alinéas A, B, et C de l'article 423 du Code criminel à savoir: volontairement tenter d'entraver le cours de la justice, commettant ainsi un acte criminel prévu à l'article 423(d) du Code criminel;

Il faut noter que les clients de l'accusé ne sont pas mentionnés comme parties au complot. Il incombait donc à la Couronne d'établir que Rousseau et le policier Asselin avaient comploté ensemble.

Le juge de première instance a dit avoir un doute raisonnable quant à l'existence d'un tel complot entre Rousseau et Asselin. Il n'a pas semblé satisfait par la preuve des propos tenus par l'avocat à ses clients, leur demandant 6 000 $ pour lui et la police pour voir à ce que des accusations ne soient pas portées pour certains des vols et à ce que la sentence soit mineure pour les autres. Eu égard aux propos et au comportement du policier Asselin, le juge de première instance n'a pas non plus semblé convaincu hors de tout doute raisonnable de la participation de ce dernier au complot entre l'avocat et ses clients, si tant est qu'il en existât un.

La Cour d'appel était bien consciente, en regard de l'al. 605(1)*a*), des limites au delà desquelles elle ne pouvait substituer son opinion à celle du juge du procès pour écarter le doute qu'il entretenait quant à la culpabilité de l'accusé, casser son acquittement et le déclarer coupable. Écrivant pour la Cour, le juge Beauregard a estimé qu'envisager une hypothèse autre que l'existence d'un complot entre l'accusé et Asselin tenait de la pure conjecture. Eût-il eu raison, c'eût été une erreur de droit et la Cour d'appel aurait dès lors été pleinement justifiée d'infirmer le jugement en première instance.

Avec respect, je ne crois pas qu'il a eu raison à cet égard.

Il est clair, et ceci le juge de première instance n'avait pas à en douter (et ses propos se prêtent à

support this interpretation, though one cannot be absolutely sure), that the lawyer Rousseau suggested to his clients, as he did to the security company's lawyer, that he could "fix" the matter. It is clear that Rousseau suggested to his clients that he was conspiring with officer Asselin. I share the view of Beauregard J.A. that only conjecture could support a doubt in that regard. The question remains, however, whether there was a conspiracy between Rousseau and the police officer Asselin; indeed, one must not loose sight of the fact that Rousseau is not charged with conspiracy with his clients but with police officer Asselin. Asselin's actions and statements tend to support the existence of such a conspiracy, but I do not think it is possible to go beyond this assertion and say that this was, beyond all reasonable doubt, the only logical conclusion.

The evidence could easily support certainty as to the existence of a conspiracy between Rousseau and the police officer, but its weight was not such that any doubt in this regard would constitute an error of law. First, there was no direct evidence as to the nature of the statements allegedly made by the lawyer to the police officer. At best, it can only be inferred from the observations made by the officer to the lawyer's clients and from his conduct in the matter. Furthermore, at the conclusion of his judgment, Bilodeau J., who has considerable experience in the practice of the criminal law and police operations, reveals his true thoughts in the following observations:

[TRANSLATION] The Court has no doubt that Mr. Rousseau wished to take advantage of the situation and of the circumstances to obtain money.

The Crown is bound by the wording of the indictment.

The circumstances are consistent with guilt, but I am not persuaded beyond all doubt that they are inconsistent with any other logical solution.

In reading the evidence, one finds certain references to the possible existence of a network of receivers, and others suggesting that the police were to some extent ready to deal with the "small fry" in order to get to the "big guys". This is a possibility which undoubtedly had some effect on Bilodeau J.'s belief as to the criminality of the police officer's participation in the lawyer's

cette interprétation quoiqu'on ne puisse en être absolument certain), que l'avocat Rousseau a laissé entendre à ses clients, comme à l'avocat de la compagnie de sécurité, que moyennant de l'argent pour lui et pour la police, il pouvait «arranger» les choses. Il est clair que Rousseau a laissé entendre à ses clients qu'il complotait avec le policier Asselin. En douter ne peut tenir que de la conjecture, et en cela je partage l'avis du juge Beauregard. Reste à savoir, cependant, si complot il y avait entre Rousseau et le policier Asselin; car il importe de se souvenir que Rousseau n'est pas accusé de complot avec ses clients, mais avec le policier Asselin. Le comportement et les propos d'Asselin se prêtent à l'hypothèse de l'existence d'un tel complot. Mais de là à dire que, hors de tout doute raisonnable, c'était la seule conclusion logique, je ne le crois pas.

La preuve pouvait aisément fonder une certitude quant à l'existence d'un complot entre l'avocat et le policier, mais elle n'était pas telle que tout doute à ce sujet doive équivaloir à une erreur de droit. D'abord il n'existe pas de preuve directe quant à la nature des propos qu'aurait tenus l'avocat au policier. On ne peut, au mieux, que l'inférer des remarques faites par le policier aux clients de l'avocat, et du comportement du policier dans l'affaire. De plus, à la fin de son jugement, le juge Bilodeau, qui a une longue expérience de la pratique du droit pénal et du milieu policier, révéla le fond de sa pensée par les propos suivants:

La Cour n'a aucun doute que Me Rousseau voulait profiter de la situation et des circonstances pour soutirer de l'argent.

La Couronne est liée par l'acte d'accusation libellé.

Les circonstances sont compatibles avec la culpabilité mais je ne suis pas convaincu hors de tout doute qu'elles soient incompatibles avec toute autre solution logique.

Quand on lit la preuve, on y trouve certaines allusions relatives à l'existence possible d'un réseau de receleurs et certaines autres à l'effet que la police était prête à composer dans une certaine mesure avec «les petits voleurs» pour remonter «aux gros». C'est une hypothèse qui a sans doute eu son effet sur les convictions du juge Bilodeau quant à la criminalité de la participation du poli-

scheme; it explains his reference to the fact that the lawyer wished to "obtain money" by defrauding his clients and to the constraints imposed on the Crown by its choice of the charge. It is possible, and this is the possibility which created a doubt in the mind of Bilodeau J., that Rousseau converted into money for his own benefit and at the expense of his clients advantages which the police were willing to offer in exchange, not for money, but for information regarding the leaders of the network in the interests of the administration of justice. This possibility may not be one which would have created in the minds of all a doubt as to Asselin's illegal participation in a conspiracy, but in view of the evidence as a whole I cannot say that to entertain such a doubt constitutes an error of law.

I would therefore allow the appeal of Rousseau, quash the judgment of the Court of Appeal and restore the acquittal entered by the trial judge; I would dismiss the appeal by the Crown.

Appeal by Rousseau allowed. Appeal by the Crown dismissed.

Solicitor for Rousseau: Raynold Bélanger, Québec.

Solicitor for the Crown: Claude Haccoun, Montréal.

cier aux démarches de l'avocat; ce qui explique son allusion au fait pour l'avocat de «soutirer de l'argent» en fraude de ses clients et son allusion aux contraintes imposées à la Couronne par son choix d'accusation. Il a possiblement, c'est l'hypothèse qui a engendré le doute chez le juge Bilodeau, monnayé à son profit et en fraude de ses clients des avantages que la police était prête à offrir en échange, non pas d'argent pour eux, mais de renseignements concernant les dirigeants du réseau pour la meilleure administration de la justice. Ce n'est peut-être pas une hypothèse qui aurait fait douter quiconque de la participation illégale d'Asselin à un complot, mais je ne peux pas dire, eu égard à l'ensemble de la preuve, qu'entretenir un tel doute équivaut à une erreur de droit.

J'accueillerais donc le pourvoi de Rousseau, infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et rétablirais l'acquittement prononcé par le juge de première instance; je rejetterais le pourvoi de la Couronne.

Pourvoi de Rousseau accueilli. Pourvoi du ministère public rejeté.

Procureur de Rousseau: Raynold Bélanger, Québec.

Procureur du ministère public: Claude Haccoun, Montréal.

Johns-Manville Canada Inc. *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16940.

1984: May 15, 16; 1985: July 31.

Present: Dickson C.J. and Ritchie*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Income/capital distinction — Open pit mining operation — Land acquired for rimming — Land not overlaying ore body — Whether acquisition cost a capital expense or deductible as revenue expense — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 4, 11(1)(a), 12(1)(a), (b) — Income Tax Regulations, s. 1100(1).

Appellant, in the course of operating its open pit mine, was forced to buy peripheral land in order to continue the necessary wall slope and angle of repose of the overburden. The land did not overlay any of the ore body and would gradually disappear as the mine deepened and the mouth of the mine became wider. At issue was whether or not appellant had the right to charge the purchase cost of this land to expense rather than to capital.

Held: The appeal should be allowed.

These expenditures should be allocated to the revenue account and not to capital. Common sense dictated that these expenditures, made in the course of the taxpayer's regular day-to-day business operations, were necessary to avoid a shut down of the taxpayer's operations. These expenditures were not part of a plan for assembling assets and had no semblance of a once and for all acquisition. Since the expenditures were not connected with assembling an ore body or a mining property that itself could be developed independently of any ore body, there was no entitlement to depletion or capital cost allowance. These expenditures, however, were not disqualified by s. 12(1)(*a*). That section favoured the inclusion of these expenditures in authorized expenses because there is no other provision made in the Act for these items which were incurred of necessity according

* Ritchie J. took no part in the judgment.

Johns-Manville Canada Inc. *Appelante;*

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 16940.

1984: 15, 16 mai; 1985: 31 juillet.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Distinction entre revenu et capital — Mine à ciel ouvert — Acquisition de biens-fonds pour maintenir la stabilité de la paroi de la mine — Biens-fonds non situés au-dessus du gisement de minerai — Le coût d'acquisition est-il une dépense de capital ou est-il déductible comme dépense d'exploitation? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 4, 11(1)a), 12(1)a), b) — Règlement de l'impôt sur le revenu, art. 1100(1).

L'appelante a dû acquérir, dans le cours de l'exploitation de sa mine à ciel ouvert, des biens-fonds situés autour de celle-ci pour maintenir la pente de la paroi et l'angle de talus du mort-terrain. Les biens-fonds ne sont pas situés au-dessus du gisement de minerai et disparaissent à mesure que la profondeur de la mine augmente et que son entrée en surface s'agrandit. La question en litige est de savoir si l'appelante a le droit de porter le coût d'acquisition de ces biens-fonds au compte de dépenses d'exploitation plutôt qu'au compte de capital.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Ces dépenses doivent être imputées au compte de revenu et non au compte de capital. Le bon sens exigeait que ces dépenses, qui étaient engagées par la contribuable dans l'exploitation régulière de son entreprise, soient faites pour éviter la fermeture de son entreprise. Ces dépenses ne faisaient pas partie d'un projet visant à réunir des biens et n'avaient rien de commun avec une acquisition faite une fois pour toutes. Puisque ces dépenses n'étaient pas liées à l'aménagement d'un gisement minier ou d'un bien minier qui pourrait lui-même être exploité indépendamment de tout gisement, il n'y a pas de droit à une déduction pour amortissement ou pour épuisement. Toutefois, ces dépenses ne sont pas exclues par l'al. 12(1)*a*); cette disposition favorise l'inclusion de ces dépenses dans les dépenses permises parce qu'il n'y a dans la Loi aucune autre disposition applicable à celles-ci qui ont nécessairement été engagées conformé-

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

to good business and engineering practice.

Cases cited

Denison Mines Ltd. v. Minister of National Revenue, [1976] 1 S.C.R. 245; *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*, [1966] A.C. 224, considered; *Knight v. Calder Grove Estates* (1954), 35 T.C. 447; *British Salmson Aero Engines, Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1937), 22 T.C 29; *Minister of National Revenue v. Algoma Central Railway*, [1968] S.C.R. 447; *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634; *Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1938), 61 C.L.R. 337; *Commissioner of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948; *Mitchell v. B.W. Noble, Ltd.*, [1927] 1 K.B. 719; *British Insulated and Helsby Cables, Ltd. v. Atherton*, [1926] A.C. 205; *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer*, [1910] S.C. 519; *Ounsworth v. Vickers, Ltd.*, [1915] 3 K.B. 267; *Regent Oil Co. v. Strick*, [1966] A.C. 295; *Golden Horse Shoe (New), Ltd. v. Thurgood*, [1934] 1 K.B. 548; *Kennecott Copper Corp. v. United States*, 347 F.2d 275 (1965); *Welch v. Helvering*, 290 U.S. 111 (1933); *Commissioner of Internal Revenue v. Lincoln Savings & Loan Assn.*, 403 U.S. 345 (1971); *Tucker v. Granada Motorway Services Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 801, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 4, 11(1)(*a*), 12(1)(*a*), (*b*).
Income Tax Regulations, s. 1100(1).

Authors Cited

Bittker, Boris I. *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, vol. 1, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1981.
Mertens Law of Fed Income Tax §25.20 (1979 Rev., vol. 4A), Wilmette, Illinois, Callaghan & Co.
Pinson, Barry. *Pinson on Revenue Law*, 15 ed., London, Sweet & Maxwell, 1982.
Tiley, John. *Revenue Law*, London, Butterworths, 1981.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] CTC 56, 82 DTC 6054, allowing an appeal from a judgment of Gibson J. Appeal allowed.

Donald G. H. Bowman, Q.C., and *William I. Innes*, for the appellant.

Alban Garon, Q.C., and *Roger Roy*, for the respondent.

ment aux pratiques approuvées en matière de commerce et d'ingénierie.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Denison Mines Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1976] 1 R.C.S. 245; *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*, [1966] A.C. 224; arrêts mentionnés: *Knight v. Calder Grove Estates* (1954), 35 T.C. 447; *British Salmson Aero Engines, Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1937), 22 T.C. 29; *Minister of National Revenue v. Algoma Central Railway*, [1968] R.C.S. 447; *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634; *Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1938), 61 C.L.R. 337; *Commissioner of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948; *Mitchell v. B.W. Noble, Ltd.*, [1927] 1 K.B. 719; *British Insulated and Helsby Cables, Ltd. v. Atherton*, [1926] A.C. 205; *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer*, [1910] S.C. 519; *Ounsworth v. Vickers, Ltd.*, [1915] 3 K.B. 267; *Regent Oil Co. v. Strick*, [1966] A.C. 295; *Golden Horse Shoe (New), Ltd. v. Thurgood*, [1934] 1 K.B. 548; *Kennecott Copper Corp. v. United States*, 347 F.2d 275 (1965); *Welch v. Helvering*, 290 U.S. 111 (1933); *Commissioner of Internal Revenue v. Lincoln Savings & Loan Assn.*, 403 U.S. 345 (1971); *Tucker v. Granada Motorway Services Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 801.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 4, 11(1)*a*), 12(1)*a*), *b*).
Règlement de l'impôt sur le revenu, art. 1100(1).

Doctrine citée

Bittker, Boris I. *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, vol. 1, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1981.
Mertens Law of Fed Income Tax §25.20 (1979 Rev., vol. 4A), Wilmette, Illinois, Callaghan & Co.
Pinson, Barry. *Pinson on Revenue Law*, 15 ed., London, Sweet & Maxwell, 1982.
Tiley, John. *Revenue Law*, London, Butterworths, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] CTC 56, 82 DTC 6054, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Gibson. Pourvoi accueilli.

Donald G. H. Bowman, c.r., et *William I. Innes*, pour l'appelante.

Alban Garon, c.r., et *Roger Roy*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The question on appeal is whether the taxpayer-appellant has the right under the *Income Tax Act* of Canada to charge to expense, rather than to capital, the cost of purchase of land at the periphery of an open pit mine, in the course of its mining operations. The issue concerns the taxation years ending in 1969 (two fiscal periods) and 1970. The pre-1972 *Income Tax Act* applies.

There is no problem of credibility, the facts are few and are largely agreed upon by the parties in their pleadings. The following are the relevant extracts from the statements of claim and defence on which there is no disagreement.

Statement of Claim

. . .

3. The Plaintiff [appellant] is in the business of mining and processing asbestos ore from an open pit mine located within the municipal limits of the town of Asbestos, Quebec and of selling asbestos produced thereby. The mine has been in operation since 1881.

4. The open pit from which the ore is mined measures approximately 5700 feet at major axis, 3500 feet at minor axis and 950 feet in depth. The ore body is cylindrical with east and west bulges in shape and plunges to the southwest, away from the Town, at an angle of approximately 55°. It measures approximately 2000 feet in diameter.

5. In order to achieve both safe and economic mining of the ore it is, at all times and for each segment of the wall of the pit, necessary to determine the wall slope and the angle of repose of the overburden.

. . .

12. No part of the ore body is located subjacent to the properties purchased by the Plaintiff during its 1969 and 1970 taxation years, so that the Plaintiff did not by acquiring the said properties add to or augment the reserves available to it from which ore could be extracted.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la contribuable appelante a, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, le droit de porter au compte de dépenses plutôt qu'au compte de capital le coût d'acquisition de biens-fonds autour de la mine à ciel ouvert qu'elle exploite dans le cours de ses opérations minières. Le litige porte sur les années d'imposition qui se sont terminées en 1969 (deux exercices financiers) et 1970. C'est la *Loi de l'impôt sur le revenu* antérieure à 1972 qui s'applique.

Il n'y a aucun problème de crédibilité, les faits sont peu nombreux et pour la plupart reconnus par les parties dans leurs actes de procédure. Voici les extraits pertinents non contestés de la déclaration et de la défense.

La déclaration

. . .

[TRADUCTION] 3. La demanderesse [l'appelante] fait l'extraction et le traitement du minerai d'amiante que renferme une mine à ciel ouvert située dans les limites de la municipalité d'Asbestos au Québec et elle s'occupe de vendre l'amiante ainsi produite. La mine est exploitée depuis 1881.

4. Le puits à ciel ouvert d'où est tiré le minerai mesure environ 5 700 pieds dans son axe principal, 3 500 pieds dans son axe secondaire et 950 pieds de profondeur. Le gisement de minerai a une forme cylindrique avec des renflements à l'est et à l'ouest et s'enfonce vers le sud-ouest, en s'éloignant de la ville, à un angle d'environ 55°. Il mesure approximativement 2 000 pieds de diamètre.

5. Pour obtenir une extraction économique et sans danger du minerai, il est nécessaire d'établir, en tout temps et pour chaque segment de la paroi du puits, la pente de la paroi et l'angle de talus du mort-terrain.

. . .

12. Aucune portion du gisement de minerai n'est située sous les biens-fonds acquis par la demanderesse pendant les années d'imposition 1969 et 1970, de sorte que l'acquisition desdits biens-fonds n'a pas eu pour effet d'augmenter les réserves disponibles dont la demanderesse dispose pour extraire du minerai.

Statement of Defence

3. He [the Deputy-Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty] admits that in the course of carrying on its mining operations the level of the ore body was lowered and that it became necessary for the Plaintiff to push back year by year the walls of the pit in order to maintain an appropriate wall angle and that for the purpose of doing so properties were acquired carrying with them pursuant to Article 414 of the Civil Code the ownership of what was above and what was below and that pursuant to the rights given to the Plaintiff by Article 414 of the Civil Code as the proprietor of lands acquired, the Plaintiff made excavations thereon and drew away therefrom such materials as were necessary for the exploitation of the existing mine . . . .

The learned trial judge found that in the years in question the land purchases amounted to $2,758,670, a figure slightly higher than that pleaded in the statement of defence, but no issue was taken with this finding by the respondent before this Court. The law of gravity being what it is, the hole dug in the ground in order to remove the ore must be conically shaped and must expand outwards but on the same slope as the hole is deepened by the removal of ore. Hence the required enlargement of the diameter of the hole at the top of the mining pit necessitates the purchase of land at the periphery of the pit and the removal therefrom of the soil and rock to a substantial depth. The evidence was that for almost forty years mining operations have required a progressive acquisition of land so as to maintain the walls of the conically-shaped mining pit at a safe angle. As the pit deepens in the course of mine operations its mouth at the surface must widen in order to maintain a safe angle of slope. Consequently, additional land was regularly acquired and any buildings thereon were removed. The soil was then stripped away so that the wall of the pit was pushed back or outwards from its prior location. In the conventional sense of "land", all that remains of the acquired area is a part of a sloped wall, well below the original surface, between the top of the mine and the exposed ore body at the bottom of the pit. As additional land was acquired, the sloping wall was pushed further outward and consequently the actual location of the surface of each acquisition moves down the wall although the

La défense

[TRADUCTION] 3. Il [le sous-procureur général du Canada, pour le compte de Sa Majesté] reconnaît que, dans le cours de l'exploitation minière, le niveau du gisement a baissé et la demanderesse a dû, au fil des années, repousser les parois du puits afin de les maintenir à l'angle voulu et qu'à cette fin, elle a fait l'acquisition de biens-fonds emportant, conformément à l'article 414 du Code civil, la propriété du dessus et du dessous et, en vertu des droits conférés par l'article 414 du Code civil à la demanderesse à titre de propriétaire des terrains ainsi acquis, elle y a fait des fouilles et en a extrait les matières dont l'extraction était nécessaire à l'exploitation de la mine existante . . .

Le savant juge de première instance a conclu qu'au cours des années en cause, les acquisitions de biens-fonds se sont élevées à 2 758 670 $, ce chiffre étant un peu plus élevé que le montant mentionné dans la défense, mais l'intimée n'a pas contesté cette conclusion en cette Cour. À cause de la loi de la gravité, le trou creusé dans le sol pour extraire le minerai doit être de forme conique et aller en s'agrandissant vers l'extérieur, mais selon une pente constante à mesure que la profondeur du puits s'accroît par suite de l'extraction du minerai. Donc la nécessité d'agrandir le diamètre du haut du puits de la mine exige l'acquisition de biens-fonds à la périphérie du puits et l'enlèvement du sol et du roc jusqu'à une grande profondeur. Il ressort de la preuve que, depuis presque quarante ans, les opérations minières ont exigé l'acquisition progressive de biens-fonds pour maintenir les parois du puits de la mine de forme conique à un angle sûr. À mesure que la profondeur du puits augmente à cause de l'exploitation de la mine, son entrée en surface doit être agrandie pour maintenir un angle sûr. En conséquence, il a fallu régulièrement acquérir des biens-fonds et enlever les bâtisses qui s'y trouvaient. La terre a été ensuite enlevée de sorte que la paroi du puits a été déplacée vers l'extérieur par rapport à sa situation antérieure. Ce qui reste de la partie de «terrain», au sens ordinaire de ce terme, ainsi acquise, c'est une portion de la paroi en pente, bien plus bas que la surface initiale, entre le haut de la mine et le gisement de minerai découvert dans le fond du puits. À mesure que d'autres biens-fonds sont

sloped angle of its surface remains generally constant. Any roadways located on the "steps" cut into the face of the wall likewise disappear on each enlargement of the pit and are re-established on the new sloping wall after the surface of the additional lands has been stripped off. All these changes proceed as the removal of the ore body progresses.

The mining operations are extensive. During the relevant time period, production was 33,000 tons of ore and 60,000-65,000 tons of overburden and waste materials daily. Thus about 100,000 tons of material were removed from the base of the pit in these mining operations every day. In order to show the hazards against which the program of land acquisition was carried out as a safeguard, events in the periods immediately succeeding the taxation years in question were the subject of both pleadings and evidence:

Statement of Claim

9. In January 1971, at a time when the Plaintiff [appellant] was seeking means to prevent the collapse of the easterly wall, there occurred a serious landslide stimulated by a large inflow of water under the easterly slope which came about when the ground pressure caused a water and sewer main to break. The slide damaged seven commercial buildings and resulted in the evacuation and relocation of a substantial number of families.

. . .

13. In 1974 it became increasingly evident that some movement of overburden on the easterly slope was again taking place and after consultation with its advisers on this question the Plaintiff decided upon a buffer zone of 150 feet as a safety measure. This decision resulted in an accelerated schedule of property purchases and related relocations which continued into 1975. In spite of these precautions, in January of 1975 a serious slide occurred on the east side of the pit with the result that some 3,000,000 tons of material was suddenly dislodged and together with four residences dropped into the pit, fortunately without loss of life.

acquis, la paroi inclinée est déplacée vers l'extérieur et, en conséquence, le niveau réel de chacun des biens-fonds acquis s'enfonce avec la paroi, bien que l'angle de pente de sa surface soit assez constant. Tous les chemins situés sur les «gradins» taillés dans la paroi disparaissent eux aussi à chaque agrandissement et sont reconstruits sur la nouvelle paroi inclinée après que la surface des biens-fonds additionnels a été enlevée. Tous ces changements surviennent au fur et à mesure que l'extraction du minerai se poursuit.

Les opérations minières sont de grande envergure. Pendant la période en cause, la production quotidienne atteignait 33 000 tonnes de minerai et 60 000 à 65 000 tonnes de mort-terrain et de rebuts. Donc environ 100 000 tonnes de matière étaient tirées du fond du puits chaque jour, au cours de ces opérations minières. Dans le but de démontrer les risques que le programme d'acquisition de biens-fonds visait à prévenir, on a mentionné, dans les actes de procédure et dans la preuve, des événements qui se sont produits pendant les périodes qui ont immédiatement suivi les années d'imposition en cause:

La déclaration

[TRADUCTION] 9. En janvier 1971, au moment où la demanderesse [l'appelante] cherchait des moyens de prévenir l'effondrement du mur, il s'est produit un glissement de terrain grave causé par une infiltration considérable d'eau sous la pente, survenue lorsque la pression du sol a causé la rupture de conduites d'eau et d'égouts. Le glissement a causé des dommages à sept édifices commerciaux et entraîné l'évacuation et le relogement d'un grand nombre de familles.

. . .

13. En 1974, il y avait des signes de plus en plus clairs que le mort-terrain de la pente recommençait à bouger et après avoir consulté ses conseillers en la matière, la demanderesse a décidé d'établir une zone tampon de 150 pieds comme mesure de précaution. Cette décision a eu pour effet d'accélérer l'acquisition prévue de biens-fonds et les relocalisations qu'elle entraînait, lesquelles se sont poursuivies jusqu'en 1975. En dépit de ces précautions, il s'est produit en janvier 1975 un glissement de terrain grave du côté est du puits au cours duquel 3 000 000 de tonnes de matière se sont soudainement déplacées entraînant quatre maisons dans le puits, heureusement sans causer de pertes de vie.

The learned trial judge discussing this program said:

> According to the evidence, it is the eastern wall which is adjacent to the town which is subject to instability. It is in this area that land was acquired for the purpose of using it for slope stability so that the operation of the mine could continue.

He also found:

> No part of the ore body is located subadjacent [sic] to the properties purchased for this purpose during the 1969 and 1970 taxation years. In other words, the properties did not add or augment the reserves of the mine from which ore could be extracted but it did permit Johns-Manville to extract the ore that was in the mine and sell it.

The learned trial judge concluded that these land expenditures were not in the nature of capital outlays but rather were expenses incurred in the mining operations and should be taken into account in the computation of net income in connection therewith. In the course of so determining, the learned justice stated: "The evidence also discloses that the acquisition of property at the periphery of its mining pit has been a constant part of the mining operations of Johns-Manville and purchases of land have occurred annually for almost 40 years. The acquisition cost of the purchases of such lands represent only ... " about 3 per cent of the average of the cost of sales of the appellant during the eight-year period from 1966 to 1973 inclusive. He continued:

> The subject expenditures did not add to or preserve the ore body. Instead, the lands purchased by these expenditures were in essence consumed for all practical purposes in the course of and as part of the mining operations of Johns-Manville and as a consequence were expenditures "incidental to the production and sale of the output of the mine" (cf *Denison Mines Limited v. M.N.R.* [[1976] 1 S.C.R. 245]) and were part of the cost in the determination of profits.

His Lordship concluded:

> Therefore, after considering the whole of the evidence, and as stated, looking at the character or quality of the expenditures based upon business or commercial practice rather than the character of the asset acquired by

Le savant juge de première instance dit à propos de ce programme:

> D'après la preuve, c'est la paroi est, adjacente à la ville, qui risque de bouger. C'est dans ce secteur que la Compagnie a acheté un terrain aux fins de veiller à la stabilité des pentes, de manière à être en mesure de continuer d'exploiter la mine.

Il a aussi conclu:

> Aucune partie du gisement n'est sous-jacente aux biens-fonds acquis à cette fin au cours des années d'imposition 1969 et 1970. En d'autres termes, alors que ces biens-fonds n'ont pas accru les réserves de la mine d'où l'on pouvait extraire le minerai, leur acquisition a permis à la Johns-Manville d'extraire et de vendre celui qui se trouvait déjà dans la mine.

Le savant juge de première instance a conclu que ces dépenses d'acquisition de biens-fonds n'étaient pas des dépenses de capital, mais plutôt des dépenses faites dans le cours des opérations minières et dont il fallait tenir compte dans le calcul du revenu net qui en découlait. Pour arriver à cette conclusion, le juge dit: «La preuve révèle également que l'acquisition de biens-fonds à la périphérie de son puits de mine a fait constamment partie des opérations minières de la Johns-Manville et que l'achat des terrains est intervenu chaque année pendant près de quarante ans. Le coût d'acquisition de ces terrains ne représente ... « qu'environ 3 pour 100 du coût moyen des ventes de l'appelante au cours de la période de huit ans s'étendant de 1966 à 1973 inclusivement. Il poursuit:

> Les dépenses relatives aux terrains attenants à la mine n'ont rien ajouté au minerai d'amiante. Elles n'ont pas contribué à sa préservation. Les terrains acquis au moyen de ces dépenses ont plutôt été, pour l'essentiel, employés à tous les usages pratiques dans le cours des opérations minières de la Johns-Manville et à titre d'élément de ces opérations. Par conséquent, ces dépenses étaient «accessoires à la production et la vente de ce qui était extrait de la mine» (*v. Denison Mines Limited c. M.R.N.* [[1976] 1 R.C.S. 245]) et faisaient partie du coût dans le calcul des profits.

Le juge conclut:

> En conséquence, après avoir examiné l'ensemble des éléments de preuve et, comme je l'ai déjà mentionné, après avoir envisagé la nature des dépenses, en me fondant sur les usages courants en matière commerciale

the expenditures, the conclusion is that the subject expenditures in the taxation years 1969 and 1970 were not on capital account within the meaning of section 12(1)(b) of the *Income Tax Act*.

The Court of Appeal, Ryan J. writing on behalf of the court, reversed the trial court and concluded that these expenditures were of a capital nature and could not be charged as an expense in the computation of profit from the appellant's mining operations. In the course of his judgment, His Lordship acknowledged:

It is no doubt true that the overburden, soil and rock removed in the course of blending the lots with the pit have little or no commercial value. It may also be true that, on completion of the mining of the ore, the site of the asbestos deposit and the pit may be a valueless wasteland—a real possibility.

Later in the judgment it was stated: "It may even be, as he [the trial judge] concluded, that the lots in question are in a way consumed." Indeed the Court of Appeal stated: "... I accept the Trial judge's basic findings of fact."

However, in reaching the conclusion that these expenditures were capital in nature, it was stated:

As I see it, the lots were bought because they were adjacent to the pit and thus could be used to extend its slope, an extension that resulted in the lots becoming part of the pit. The lots, as part of the pit, serve as land on which the operation is in part carried on; for example, roads (the location of which may shift as the wall extends), spiralling up the side of the pit, are used to carry ore out of the pit.

And further, it was stated that the expenditures were:

... for purchases of lots of land which were incorporated in the operating structure of the enterprise ... [This] dominates the consideration that the lots are purchased annually in anticipation of the lowering of the level of the ore deposit. And it dominates the consideration that the lots may only remain as portions of a virtual wasteland when the mine ceases to operate.

The Court of Appeal, in the course of its judgment, distinguished the judgment of this Court in *Denison Mines Ltd. v. Minister of National Reve-*

plutôt que sur la nature de l'actif acquis au moyen de ces dépenses, j'en conclus que les dépenses en litige, effectuées au cours des années d'imposition 1969 et 1970, n'étaient pas imputables au compte de capital au sens de l'alinéa 12(1)*b*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La Cour d'appel, dont le juge Ryan a rédigé l'arrêt, a infirmé la décision de première instance et conclu qu'il s'agissait de dépenses de capital, qui ne pouvaient être imputées comme dépenses dans le calcul des profits tirés des opérations minières de l'appelante. Dans ses motifs de jugement, le juge reconnaît:

Il ne fait aucun doute que le mort-terrain, la terre et le roc enlevés au cours de la fusion des lots de terrain et de la mine ont une valeur commerciale minime ou nulle. Il se peut en outre qu'à la fin de l'extraction du minerai, l'emplacement du dépôt d'amiante et de la mine ne soit plus qu'un terrain sans valeur—c'est bien possible.

Plus loin dans l'arrêt, il dit encore: «Il se peut même, ainsi qu'il [le juge de première instance] a conclu, que les lots en question soient d'une certaine façon utilisée». En fait, la Cour d'appel dit: «... je souscris aux principales conclusions de fait du juge de première instance».

Toutefois en arrivant à la conclusion qu'il s'agit de dépenses de capital, on affirme:

Selon moi, les lots ont été achetés parce qu'ils étaient adjacents à la mine et pouvaient ainsi servir à prolonger sa pente, de telle sorte qu'ils devenaient partie de la mine et servaient de terrain sur lequel une partie des opérations était effectuée; par exemple, les voies (pouvant changer d'endroit lorsque la paroi est prolongée), qui montent en spirale sur les côtés de la mine, servent à transporter le minerai en dehors de celle-ci.

Plus loin, il est dit que les dépenses ont été:

... consacrées à l'achat de terrains qui ont été incorporés dans la structure opérationnelle de l'entreprise ... [Cela] prévaut contre l'idée selon laquelle l'intimée achète des lots tous les ans en prévision de la baisse du niveau du gisement du minerai et contre l'idée selon laquelle ces lots ne pourront que faire partie d'un terrain sans valeur lorsqu'elle cessera d'exploiter la mine.

Dans son arrêt, la Cour d'appel a fait une distinction avec l'arrêt de cette Cour *Denison Mines Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1976]

nue, [1976] 1 S.C.R. 245. In that case this Court found that the creation of corridors and haulage ways in a mine in the course of removing the ore body entailed expenditures which were not capital in nature but were expenses to be deducted from the sale of ore once removed. The Court found that on ordinary commercial principles the cost of removing the ore was deductible in the computing of the annual profit or loss of the mining operation. The passageways, haulage ways and corridors were really created or resulted as a by-product of the mining operation. The court below distinguished this case because there the taxpayer was required to expense the expenditures which were made in the very extraction of the ore.

The fact that the expenditures here involved were made for the purchase of land is perhaps an important if not vital part of the reasoning which led the court below to its conclusion that they were capital expenditures. After concluding, as the quotations above reveal, that the dominant consideration was that the lots were purchased for incorporation into the operating structure of the enterprise, the court found support for that conclusion in *Knight v. Calder Grove Estates* (1954), 35 T.C. 447. That case concerned open pit mining, as does this appeal, and there the taxpayer, already possessing mineral rights, purchased the surface rights in lands lying above the mineral deposit. It was not possible to gain access to the minerals without passing through the acquired lands and of course, had a single owner owned both the fee and the minerals, there would have been but one purchase. It is not surprising therefore that Lord Upjohn, at p. 453, concluded on those facts that "[i]t is a purchase of land for the adventure . . . ." The acquisition of the surface and minerals were both essential and known to be essential at the outset of the mining venture, in order to open the mine.

It is interesting to note that the respondent, the Minister of National Revenue, in the *Denison* case, *supra*, took the opposite position from that

1 R.C.S. 245. Dans cet arrêt, cette Cour a conclu que l'aménagement de corridors et des voies de roulage dans une mine au cours de l'extraction du minerai engendre non pas des dépenses de capital, mais des dépenses déductibles du prix de vente du minerai extrait. La Cour a conclu que, selon les principes commerciaux courants, le coût de l'extraction du minerai était déductible dans le calcul des profits ou des pertes annuels découlant des opérations minières. L'aménagement de galeries, de voies de roulage et de corridors était vraiment accessoire à l'exploitation de la mine ou en découlait. La Cour d'appel a établi une distinction entre cette affaire et l'espèce parce que, dans cette affaire, la contribuable était tenue de faire ces dépenses qui étaient liées à l'extraction même du minerai.

Le fait que les dépenses en l'espèce aient été engagées pour l'acquisition de biens-fonds constitue probablement une partie importante voire essentielle du raisonnement qui a amené la Cour d'appel à conclure qu'il s'agit de dépenses de capital. En concluant, comme en font foi les citations qui précèdent, que l'élément dominant était le fait que les lots ont été acquis pour être intégrés dans la structure opérationnelle de l'entreprise, la Cour d'appel s'est appuyée sur l'arrêt *Knight v. Calder Grove Estates* (1954), 35 T.C. 447. Comme dans le présent pourvoi, cette affaire portait sur l'exploitation d'une mine à ciel ouvert et le contribuable, qui était déjà propriétaire des droits miniers, a acquis les droits sur la surface des biens-fonds situés au-dessus du gisement minier. Il n'était pas possible d'atteindre les minéraux sans passer par les biens-fonds acquis et, de toute évidence, s'il n'y avait eu qu'un seul propriétaire de la surface et des minéraux, il n'y aurait eu qu'une seule acquisition. Il n'est donc pas surprenant qu'à la p. 453 lord Upjohn ait conclu, d'après ces faits, que [TRADUCTION] «[i]l s'agit de l'achat d'un terrain à des fins commerciales . . . . » L'acquisition de la surface et l'acquisition des minéraux étaient toutes deux essentielles et reconnues comme telles, dès le début de l'entreprise minière, pour ouvrir la mine.

Il est intéressant de souligner que l'intimé, le ministre du Revenu national, dans l'arrêt *Denison*, précité, a adopté un point de vue contraire à celui

which the Crown takes in this appeal. In *Denison* the Minister asserted that the expenditures were in the nature of current expenses and not capital outlays in contrast to the position here that the mining operation expenditures are capital in nature and not in the nature of expense outlays for the removal of ore. Presumably, although the court below does not so state, the expenditures in question here do not qualify because they are incurred, in a sense, as a preparatory measure to the actual removal of ore. This is a distinction perhaps too fine to be made in the determination of tax liability. If this were to be a consideration or a test, then in the *Denison* circumstances, should the operations momentarily pass through non-ore-bearing rock, the expenditures would become capital but would resume their current expense nature when the tunnelling once again encountered ore-bearing rock. This explanation of the *Denison* judgment would seem to be at variance with a statement in the court below later in its judgment:

> The lots, on being absorbed, become part of a combined structure consisting of the ore body and the sloping pit without which the enterprise could not be carried on because, otherwise, there would be danger of slides.

In *Denison*, the operation of the mine could not be carried on without the creation and preservation of the haulage ways which resulted from the removal of ore-bearing rock. In each case, *Denison* and here, the taxpayer's expenditures resulted in the creation of a facility which had some relationship, according to the court below, to the removal of ore thereafter. In the one case, the Minister assigns to the expenditure the character of expense and to the other the character of capital. This Court in *Denison* concluded that the former was the characterization appropriate in the law on the facts. Whether the same conclusion must be reached on the facts of this case must now be discussed.

The simple question which must here be decided, therefore, is this: can the taxpayer, when pur-

de Sa Majesté dans le présent pourvoi. Dans l'affaire *Denison*, le Ministre a affirmé que les dépenses étaient des dépenses courantes et non pas des dépenses de capital, alors qu'ici il soutient que les dépenses d'exploitation de la mine sont des dépenses de capital et non des dépenses engagées pour l'extraction du minerai. Il est probable, bien que la Cour d'appel ne le dise pas expressément, que les dépenses dont il est question en l'espèce ne sont pas des dépenses courantes parce qu'elles sont faites, d'une certaine manière, à titre de mesure préparatoire à l'extraction même du minerai. C'est une distinction qui est peut-être trop subtile pour ce qui est de déterminer l'assujettissement à l'impôt. Si c'était là un élément déterminant ou un critère, alors, d'après les circonstances de l'arrêt *Denison*, si le forage traversait momentanément du roc qui ne contient pas de minerai, les dépenses deviendraient des dépenses de capital, mais reprendraient leur nature de dépenses courantes lorsque le perçage de galeries atteindrait de nouveau du roc contenant du minerai. Cette explication de l'arrêt *Denison* semblerait contredire la déclaration qui est faite plus loin dans l'arrêt de la Cour d'appel:

> Une fois utilisés, les lots deviennent partie intégrante d'une structure constituée du gisement et de la mine en pente, sans lesquels l'entreprise ne pourrait être exploitée parce qu'il y aurait danger d'éboulement.

Dans l'affaire *Denison*, l'exploitation de la mine ne pouvait se poursuivre sans l'aménagement et le maintien des voies de roulage résultant de l'extraction du roc contenant du minerai. Dans l'affaire *Denison* et en l'espèce, les dépenses de la contribuable ont amené la création d'installations qui, par la suite, d'après la Cour d'appel, ont été liées d'une certaine façon à l'extraction du minerai. Dans un cas, le Ministre les a caractérisées de dépenses d'exploitation et dans l'autre cas de dépenses de capital. Cette Cour a, dans l'arrêt *Denison*, conclu que la première caractérisation était la bonne sur le plan juridique, compte tenu des faits. Il s'agit maintenant de décider s'il faut arriver à la même conclusion suivant les faits de la présente espèce.

La simple question qui doit être tranchée en l'espèce est donc la suivante: lorsqu'elle acquiert de

chasing the additional surface area needed for the enlargement of the cone, charge the purchase price of the land as a production expense or must the taxpayer capitalize the land cost? The taxpayer's expense incurred in removing the overburden from these lands is not in issue. It should be noted that at one stage the Minister allowed a depletion allowance for part of the lands so acquired. This was acknowledged by both parties to be a conciliatory gesture rather than a supportable interpretation of the *Income Tax Act* depletion allowance provisions. These lands were not ore bearing and were not part of the surface overlaying the mineral deposit. The classification of these expenditures as capital would leave the taxpayer, of course, without any deductions from income in respect thereto. This of course is not decisive but may be of relevance in assessing the interaction of the "expense" and "capital" provisions in the overall pattern of the statute.

nouveaux biens-fonds en surface, dont elle a besoin pour l'agrandissement du cône, la contribuable peut-elle porter le prix d'acquisition de ces biens-fonds au compte des dépenses de production ou doit-elle inscrire le coût de ces biens-fonds comme une dépense de capital? Les dépenses engagées par la contribuable pour enlever le mort-terrain de ces biens-fonds ne sont pas en cause. Il y a lieu de souligner qu'à un moment donné le Ministre a accordé une déduction pour épuisement à l'égard d'une partie des biens-fonds ainsi acquis. Les deux parties ont reconnu qu'il s'agissait d'une mesure de conciliation plutôt que d'une interprétation fondée sur les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux déductions pour épuisement. Ces biens-fonds ne contenaient pas de minerai et ne faisaient pas partie des terrains situés en surface au-dessus du gisement de minerai. Il va sans dire que la caractérisation de ces déboursés comme dépenses de capital enlevait à la contribuable toute possibilité de déduction du revenu à leur égard. Ce facteur n'est pas déterminant, mais peut avoir une importance dans l'appréciation de l'interaction entre les dispositions relatives aux «dépenses» et celles relatives au «capital» selon l'économie générale de la loi.

This proceeding concerns only s. 12(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, which provided as follows:

12. (1) In computing income, no deduction shall be made in respect of

(*a*) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer,

(*b*) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part,

L'espèce porte uniquement sur le par. 12(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, qui dispose:

12. (1) Dans le calcul du revenu, il n'est opéré aucune déduction à l'égard

a) d'une somme déboursée ou dépensée, sauf dans la mesure où elle l'a été par le contribuable en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable,

b) d'une somme déboursée, d'une perte ou d'un remplacement de capital, d'un paiement à compte de capital ou d'une allocation à l'égard de dépréciation, désuétude ou d'épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie,

Section 4 of the Act may also be of some relevance:

4. Subject to the other provisions of this Part, income for a taxation year from a business or property is the profit therefrom for the year.

L'article 4 de la Loi peut également être important:

4. Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, le revenu provenant, pour une année d'imposition, d'une entreprise ou de biens est le bénéfice en découlant pour l'année.

When one turns to the appropriate principles of law to apply to the determination of the classification of an expenditure as being either expense or capital, an unnerving starting place is the comment of the Master of the Rolls, Sir Wilfred Greene, in *British Salmson Aero Engines, Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1937), 22 T.C. 29, at p. 43:

> ... there have been ... many cases where this matter of capital or income has been debated. There have been many cases which fall upon the borderline: indeed, in many cases it is almost true to say that the spin of a coin would decide the matter almost as satisfactorily as an attempt to find reasons ....

This Court encountered s. 12(1)(*b*) in *Minister of National Revenue v. Algoma Central Railway*, [1968] S.C.R. 447. Fauteux J., as he then was, at p. 449, stated:

> Parliament did not define the expressions "outlay ... of capital" or "payment on account of capital". There being no statutory criterion, the application or non-application of these expressions to any particular expenditures must depend upon the facts of the particular case. We do not think that any single test applies in making that determination ....

The Court thereupon expressed agreement with the decision of the Privy Council in *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*, [1966] A.C. 224. The Privy Council there determined that a payment made by the taxpayer as an inducement to a service station operator to sign an exclusive agency contract was an income expenditure and not a capital outlay. The contract had a life of five years and thus was an asset of sorts which amounted to an opportunity by the taxpayer to market its gasoline exclusively through the operator's outlet. Nonetheless Lord Pearce concluded, at p. 260:

> B.P.'s ultimate object was to sell petrol and to maintain or increase its turnover. There can be no doubt that the only ultimate reason for any lump payment was to maintain or increase gallonage.

Lorsqu'il s'agit d'examiner les principes de droit pertinents applicables à la caractérisation d'une somme déboursée comme dépense d'exploitation ou comme dépense de capital, l'observation formulée par le maître des rôles sir Wilfred Greene dans l'arrêt *British Salmson Aero Engines, Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1937), 22 T.C. 29, à la p. 43 constitue un point de départ déconcertant:

> [TRADUCTION] ... il y a eu ... de nombreux cas où cette question de capital ou de revenu a été débattue. Il y a de nombreux cas qui se situent à la limite; en effet, dans de nombreux cas il est presque vrai de dire que tirer à pile ou face permettrait de trancher la question de façon presque aussi satisfaisante qu'essayer de trouver des raisons ...

Cette Cour a eu à se prononcer au sujet de l'al. 12(1)*b*) dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Algoma Central Railway*, [1968] R.C.S. 447. Le juge Fauteux, alors juge puîné, affirme à la p. 449:

> [TRADUCTION] Le Parlement ne définit pas les expressions «dépense ... de capital» ou «dépense à compte de capital». Comme il n'y a pas de critère législatif, appliquer ou non ces expressions à toutes dépenses particulières doit dépendre des circonstances propres à l'affaire. Nous ne pensons pas qu'un critère unique permet d'élaborer cette définition ...

À ce propos, la Cour dit qu'elle est d'accord avec l'arrêt du Conseil privé *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*, [1966] A.C. 224. Dans cet arrêt, le Conseil privé a statué qu'un paiement fait par la contribuable à un exploitant de station-service pour l'inciter à conclure un contrat de représentation exclusive était une dépense d'exploitation et non une dépense de capital. Le contrat était d'une durée de cinq ans et constituait en quelque sorte un actif qui accordait à la contribuable la possibilité de distribuer de l'essence de façon exclusive par l'entremise de l'exploitant de cette station-service. Lord Pearce a néanmoins conclu, à la p. 260:

> [TRADUCTION] L'objectif ultime de B.P. était de vendre de l'essence et de maintenir ou d'augmenter son chiffre d'affaires. Il ne peut y avoir de doute que tout paiement d'une somme forfaitaire avait pour objet ultime de maintenir ou d'augmenter la quantité d'essence vendue.

Here the taxpayer made the expenditure not in order to acquire a piece of land so that it could strip non-ore-bearing rock from it but in order to derive income from the taxpayer's existing ore body which was not located underneath the land in question. After reviewing a number of different approaches to the problem of classifying in law and accounting the nature of the expenditure, Lord Pearce stated, at pp. 264-65:

> The solution to the problem is not to be found by any rigid test or description. It has to be derived from many aspects of the whole set of circumstances some of which may point in one direction, some in the other. One consideration may point so clearly that it dominates other and vaguer indications in the contrary direction. It is a commonsense appreciation of all the guiding features which must provide the ultimate answer. Although the categories of capital and income expenditure are distinct and easily ascertainable in obvious cases that lie far from the boundary, the line of distinction is often hard to draw in border line cases; and conflicting considerations may produce a situation where the answer turns on questions of emphasis and degree. That answer:
>
> > "depends on what the expenditure is calculated to effect from a practical and business point of view rather than upon the juristic classification of the legal rights, if any, secured, employed or exhausted in the process":
>
> *per* Dixon J. in *Hallstroms Pty. Ltd.* v. *Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634, 648.

(Emphasis added.)

The Privy Council applied another test in the course of characterizing the expenditures in *B.P. Australia Ltd.*, *supra*, at p. 271:

> Finally, were these sums expended on the structure within which the profits were to be earned or were they part of the money-earning process?

This question is remarkably apt on the circumstances in the appeal now before this Court. The Privy Council's answer was that the expenditure was not to be taken as being on the structure but rather as part of the money earning process. At page 273, Lord Pearce, in considering the manner

En l'espèce, la contribuable a fait une dépense non pas dans le but d'acquérir un bien-fonds duquel elle pourrait enlever le roc qui ne contient pas de minerai, mais dans le but de tirer un revenu du gisement déjà existant qu'elle possédait et qui n'était pas situé sous le bien-fonds en cause. Après avoir examiné les différentes façons d'aborder le problème de la classification en droit et en comptabilité de la nature du déboursé, lord Pearce dit, aux pp. 264 et 265:

> [TRADUCTION] On ne peut pas trouver la solution du problème en appliquant un critère ou une description rigide. Elle doit découler de plusieurs aspects de l'ensemble des circonstances dont certaines peuvent aller dans un sens et d'autres dans un autre. Une considération peut se détacher si nettement qu'elle domine d'autres et de plus vagues indications dans le sens contraire. C'est une appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices qui doit apporter la réponse finale. Bien que les catégories de dépenses de capital et de dépenses d'exploitation soient distinctes et facilement reconnaissables dans les cas clairs qui sont loin des cas limites, la distinction est souvent difficile à établir dans les cas limites; les considérations contradictoires peuvent engendrer une situation où la réponse tient à des facteurs de degré et d'insistance. Cette réponse
>
> > «dépend de l'effet envisagé de la dépense d'un point de vue pratique et commercial plutôt que de la classification juridique des droits, s'il en est, garantis, employés ou épuisés en cours de route»:
>
> le juge Dixon dans l'arrêt *Hallstroms Pty. Ltd.* v. *Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634, 648.

(C'est moi qui souligne.)

Le Conseil privé a appliqué un autre critère dans la caractérisation des dépenses dans l'arrêt *B.P. Australia Ltd.*, précité, à la p. 271:

> [TRADUCTION] Enfin, les dépenses ont-elles été engagées à l'égard de l'entreprise qui devait générer les profits ou faisaient-elles partie du processus générateur de revenus?

Cette question est tout spécialement pertinente vu les circonstances du présent pourvoi. Le Conseil privé a répondu qu'il fallait considérer la dépense non pas comme engagée à l'égard de l'entreprise, mais plutôt comme faisant partie du processus générateur de revenus. À la page 273, lorsqu'il

in which the benefit procured by the expenditure was to be used, stated that such benefit was to be used "in the continuous and recurrent struggle to get orders and sell petrol". In my view, the same result is reached on the circumstances existing in this appeal. The removal of the ore here was obviously the continuous and recurrent struggle in which the taxpayer was principally engaged, and the expenditure here was, as revealed by its uniform history over the years and by its role in the process of the recovery of ore, part of the essential profit-seeking operation of the taxpayer.

In the *Hallstroms* case, [*Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634], Dixon J., as he then was, in discussing the difference between capital and income expenditures, stated, at p. 647, that the difference lay:

> . . . between the acquisition of the means of production and the use of them; between establishing or extending a business organisation and carrying on the business; between the implements employed in work and the regular performance of the work . . . ; between an enterprise itself and the sustained effort of those engaged in it.

Other tests have been adopted in other tax systems. Also in Australia, in the High Court decision in *Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1938), 61 C.L.R. 337, the court, speaking through Dixon J. enunciated three principles to be applied in determining the character of an expenditure by a taxpayer for the purposes of applying the taxation statute. He stated, at p. 363:

> There are, I think, three matters to be considered, (*a*) the character of the advantage sought, and in this its lasting qualities may play a part, (*b*) the manner in which it is to be used, relied upon or enjoyed, and in this and under the former head recurrence may play its part, and (*c*) the means adopted to obtain it; that is, by providing a periodical reward or outlay to cover its use or enjoyment for periods commensurate with the payment or by making a final provision or payment so as to secure future use or enjoyment.

examine la façon dont l'avantage tiré de la dépense devait être utilisé, lord Pearce affirme que cet avantage devait être utilisé [TRADUCTION] «dans le cadre de l'effort soutenu qui est déployé en vue d'obtenir des commandes et de vendre de l'essence». À mon avis, on en arrive au même résultat dans les circonstances du présent pourvoi. L'extraction du minerai constitue manifestement un effort soutenu qui forme l'occupation principale de la contribuable et la dépense faite en l'espèce, comme en fait foi son caractère répétitif d'année en année et son rôle dans le processus d'extraction du minerai, fait partie des opérations essentielles de la contribuable visant à générer des profits.

À la page 647 de l'arrêt *Hallstroms* [*Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 72 C.L.R. 634], le juge Dixon, tel était alors son titre, dit, à propos de la différence entre les dépenses de capital et les dépenses d'exploitation, que la distinction tient à la différence:

> [TRADUCTION] entre l'acquisition des moyens de production et leur usage; entre l'établissement ou l'extension de l'entreprise et son exploitation; entre les instruments de travail et l'exécution régulière des travaux . . . ; entre une entreprise et l'effort soutenu de ceux qui en font partie.

D'autres critères ont été adoptés dans d'autres systèmes fiscaux. En Australie également, dans l'arrêt de la Haute Cour *Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1938), 61 C.L.R. 337, le juge Dixon, s'exprimant au nom de la cour, énonce trois principes qui doivent s'appliquer à la caractérisation d'une dépense faite par le contribuable, aux fins de l'application de la loi fiscale. Il dit, à la p. 363:

> [TRADUCTION] À mon sens, il faut examiner trois aspects: *a*) la nature de l'avantage recherché (son caractère permanent peut alors entrer en ligne de compte), *b*) son utilisation, son importance ou la façon d'en jouir (comme pour le critère précédent, la fréquence de l'emploi peut représenter un élément à considérer) et *c*) les moyens adoptés pour l'obtenir; par exemple, des compensations ou des débours ont-ils été effectués périodiquement en contrepartie de l'utilisation ou de la jouissance et pour une durée proportionnée au paiement? Ou encore, existe-t-il une clause définitive pour en garantir à l'avenir l'utilisation ou la jouissance, ou un paiement final à cet effet?

On the preceding page, His Lordship, in explaining the test from another aspect, said:

> ... the expenditure is to be considered of a revenue nature if its purpose brings it within the very wide class of things which in the aggregate form the constant demand which must be answered out of the returns of a trade or its circulating capital and that actual recurrence of the specific thing need not take place or be expected as likely.

The Court on that occasion was concerned with the character to be ascribed to a payment made by one competitor to another to secure a discontinuance of a new and threatening adventure. The Court concluded the payment was capital in nature and should not be charged to revenue.

There is almost an endless rainbow of expressions used to differentiate between expenditures in the nature of charges against revenue and expenditures which are capital. It has been said that the terminology employed is merely an attempt to identify particular factors which may tilt the scale in a particular case in favour of one or the other conclusions. At one time it was considered helpful to identify the funds expended as either "circulating capital" or "fixed capital". The vocabulary has changed but the same problem of classification survives.

Another example of these helpful but not controlling tests, and of the changing taxation law vocabulary, is found in the decision of the Privy Council in *Commissioner of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948, where Viscount Radcliffe stated, at p. 959:

> Nevertheless, it has to be remembered that all these phrases, as, for instance, "enduring benefit" or "capital structure" are essentially descriptive rather than definitive, and, as each new case arises for adjudication and it is sought to reason by analogy from its facts to those of one previously decided, a court's primary duty is to inquire how far a description that was both relevant and significant in one set of circumstances is either significant or relevant in those which are presently before it.

The judicial committee added, at p. 960, that when defining what was a capital structure established

À la page précédente, le juge avait dit pour expliquer un autre aspect du critère:

> [TRADUCTION] ... il faut la considérer comme dépense d'exploitation si son objet la range dans la très grande catégorie des choses qui, dans l'ensemble, constituent la demande constante à laquelle il faut répondre à même les revenus d'une activité ou de son capital de roulement, mais il n'est pas nécessaire que la répétition de la chose se produise ou soit probable.

Dans cette affaire, la cour devait caractériser un paiement fait par un concurrent à un autre pour s'assurer l'arrêt d'une entreprise nouvelle et menaçante. La cour a conclu qu'il s'agissait d'un paiement de capital qui ne pouvait être imputé au revenu.

Il y a presque une infinité de nuances d'expressions qui servent à établir la différence entre des dépenses à porter au compte de revenu et des dépenses de capital. On a dit que la terminologie utilisée tente simplement d'identifier les facteurs particuliers qui peuvent faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre, dans un cas donné. À une époque, on a cru utile d'identifier les fonds dépensés soit comme «capital de roulement», soit comme «capital fixe». Le vocabulaire a changé, mais le problème de classification est demeuré.

Un autre exemple de ces critères utiles mais non déterminants et du changement du vocabulaire en droit fiscal se trouve dans l'arrêt du Conseil privé *Commissioner of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.*, [1964] A.C. 948, où le vicomte Radcliffe dit, à la p. 959:

> [TRADUCTION] Il faut cependant se rappeler que toutes les expressions comme, par exemple, «bénéfice durable» ou «structure du capital» sont essentiellement descriptives plutôt que définitoires et que chaque fois qu'on lui soumet un nouveau cas et que l'on tente de raisonner par analogie en rapprochant ses faits avec ceux de décisions antérieures, la cour a d'abord le devoir de se demander jusqu'à quel point une description qui est à la fois pertinente et importante dans un ensemble de circonstances l'est aussi dans celles du cas qui lui est alors soumis.

Le comité judiciaire a ajouté à la p. 960 que, dans la définition de ce qu'est une structure de capital

for "enduring" benefit, "enduring" did not necessarily mean permanent, nor did it mean perpetual.

Analogies in this field are infinite. One which comes to mind is the lump sum payment to an employee in order to terminate an employment contract or rights on dismissal. This was determined many years ago to be a payment in the nature of a charge against revenue rather than capital. In *Mitchell v. B. W. Noble, Ltd.*, [1927] 1 K.B. 719, Lord Hanworth M.R., at p. 737, stated that the payment was made "not in order to secure an actual asset to the company but to enable the company to continue to carry on, as it had done in the past . . . ." The findings in both courts below in the case at bar are that no intention to acquire a lasting asset is present and indeed no lasting asset was acquired. Both courts, in slightly different terminology, found the land to have been consumed in the mining process. If this analogy is apt, the "expense" classification is to be preferred in the circumstances here.

At one time, the test applied by the courts in discriminating as between revenue and capital was the "once and for all" test. This test was adopted by Viscount Cave L.C. in *British Insulated and Helsby Cables, Ltd. v. Atherton*, [1926] A. C. 205, at p. 213. Viscount Cave observed that the finding of revenue or capital was a question of fact, but then concerned himself with the answer to the question because of an imprecise finding below. The test he adopted at p. 213 was "to say that capital expenditure is a thing that is going to be spent once and for all, and income expenditure is a thing that is going to recur every year", although he recognized that this test was not "to be, a decisive one in every case". Later on at pp. 213-14 the Lord Chancellor elaborated:

établie en vue d'un bénéfice «durable», «durable» ne signifie pas nécessairement permanent ni même perpétuel.

Les analogies dans ce domaine sont innombrables. Celle à laquelle on pense d'abord est le paiement d'une somme forfaitaire à un employé pour mettre fin à un contrat d'emploi ou éteindre des droits à l'occasion d'un renvoi. Il a été décidé, il y a de nombreuses années, qu'un tel paiement doit être imputé au compte de revenu plutôt qu'au compte de capital. Dans l'arrêt *Mitchell v. B.W. Noble, Ltd.*, [1927] 1 K.B. 719, le maître des rôles lord Hanworth affirme, à la p. 737, que le paiement a été fait [TRADUCTION] «en vue non pas de procurer un bien à la compagnie, mais de lui permettre de poursuivre ses activités comme elle l'avait fait dans le passé . . . » Les cours d'instance inférieure ont conclu toutes les deux, en l'espèce, qu'il n'y a pas eu d'intention d'acquérir un bien durable et qu'aucun bien durable n'a été acquis. La Cour de première instance et la Cour d'appel ont toutes les deux conclu, en des termes légèrement différents, que le bien-fonds avait été consommé dans le processus d'exploitation minière. Si cette analogie est applicable, la caractérisation en tant que «dépense d'exploitation» est préférable dans les circonstances de l'espèce.

À un moment donné, le critère appliqué par les tribunaux pour distinguer entre revenu et capital était le critère dit «une fois pour toutes». Ce critère a été adopté par le vicomte Cave, lord Chancelier, dans l'arrêt *British Insulated and Helsby Cables, Ltd. v. Atherton*, [1926] A.C. 205, à la p. 213. Le vicomte Cave fait remarquer que la caractérisation comme revenu ou comme capital est une question de fait, mais il s'est intéressé à la réponse à la question à cause d'une conclusion imprécise des cours d'instance inférieure. Le critère qu'il adopte, à la p. 213, consiste à [TRADUCTION] «affirmer qu'une dépense de capital est une chose qui se produit une fois pour toutes et qu'une dépense d'exploitation est une chose qui se reproduit chaque année», bien qu'il reconnaisse que ce critère n'est pas [TRADUCTION] «décisif dans tous les cas». Plus loin, aux pp. 213 et 214, le lord Chancelier explicite son idée:

. . . where an expenditure is made, not only once and for all, but with a view to bringing into existence an asset or an advantage for the enduring benefit of a trade, I think that there is a very good reason (in the absence of special circumstances leading to an opposite conclusion) for treating such an expenditure as properly attributable not to revenue but to capital.

In this the Court relied upon the earlier decision of *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer*, [1910] S.C. 519, at p. 525. A few years later in *Ounsworth v. Vickers, Ltd.*, [1915] 3 K.B. 267, at p. 273, Rowlatt J. interpreted this test as not requiring that expenditures be made on an annual basis in order to qualify them as a deduction from revenue but rather that the expenditures be "made to meet a continuous demand".

This discussion of authorities takes one full circle to the words of Lord Reid in *Regent Oil Co. v. Strick*, [1966] A.C. 295, at p. 313:

So it is not surprising that no one test or principle or rule of thumb is paramount. The question is ultimately a question of law for the court, but it is a question which must be answered in the light of all the circumstances which it is reasonable to take into account, and the weight which must be given to a particular circumstance in a particular case must depend rather on common sense than on strict application of any single legal principle.

(Emphasis added.)

It is of little help, in my respectful opinion, to attempt to classify the character of the expenditure according to the subject of that expenditure. Here it was land, and expenditure for land may be classified in good accounting and in good law as capital or, in different circumstances, as an expenditure chargeable against revenue in the computation of profit. In the words of Romer L. J.:

It depends in no way upon what may be the nature of the asset in fact or in law. Land may in certain circumstances be circulating capital. A chattel or a chose in action may be fixed capital. The determining factor must be the nature of the trade in which the asset is employed.

[TRADUCTION] . . . lorsqu'une dépense est faite non seulement une fois pour toutes, mais dans le but de créer un bien ou un avantage qui profite à une entreprise de façon durable, je crois que c'est un motif très valable (en l'absence de circonstances spéciales menant à une conclusion dans le sens opposé) pour considérer une telle dépense comme véritablement imputable non pas au revenu, mais au capital.

En cela, la Cour s'est fondée sur l'arrêt antérieur *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer*, [1910] S.C. 519, à la p. 525. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Ounsworth v. Vickers, Ltd.*, [1915] 3 K.B. 267, à la p. 273, le juge Rowlatt a considéré que ce critère exigeait non pas que la dépense soit annuelle pour être déductible du revenu, mais que la dépense soit [TRADUCTION] «faite en vue de répondre à une demande continue».

Cette analyse de la jurisprudence nous ramène à l'idée première exprimée par lord Reid dans l'arrêt *Regent Oil Co. v. Strick*, [1966] A.C. 295, à la p. 313:

[TRADUCTION] Il n'est donc pas surprenant qu'aucun critère, principe ou règle pratique ne soit déterminant. En définitive, il s'agit d'une question de droit que la cour doit trancher, mais c'est là une question à laquelle il faut répondre en fonction de toutes les circonstances dont il faut raisonnablement tenir compte; le poids qu'il faut accorder aux circonstances particulières d'un cas donné doit dépendre du bon sens plutôt que de l'application stricte d'un principe juridique quelconque.

(C'est moi qui souligne.)

Avec égards il n'est pas très utile d'essayer de caractériser la dépense en fonction de son objet. Ici il s'agit d'un bien-fonds et une dépense pour un bien-fonds peut, selon les principes de comptabilité et les principes de droit, se caractériser comme une dépense de capital ou, dans d'autres circonstances, comme une dépense imputable au revenu dans le calcul du profit. Selon les termes du lord juge Romer:

[TRADUCTION] Cela ne dépend nullement de ce que peut être la nature du bien en fait ou en droit. Un bien-fonds peut dans certaines circonstances constituer un capital de roulement. Un bien meuble ou un droit peut constituer un capital fixe. Le facteur déterminant doit être la nature de l'entreprise dans laquelle le bien est utilisé.

Golden Horse Shoe (New), Ltd. v. Thurgood, [1934] 1 K.B. 548 (C.A.), at p. 563.

The interest in the land there involved was large piles of tailings, and the courts found the purchase of that interest was a cost in the nature of expense and not capital.

Textwriters have made heroic attempts to reconcile the fluctuating tests and standards applied by the courts in determining this question. Repeatedly it is said, except for the one authority already noted, *British Insulated and Helsby Cables*, *supra*, that the question is one of law. No doubt in the predominant sense that is true. However, the underlying facts upon which the question of law is determined are so interwoven with the principles of law that it is difficult to say that it is not at least a mixed question of law and fact. Having explored the earlier cases under "the once and for all" and "the common sense" rules, one textwriter concluded:

> The courts seem now to have accepted an "identifiable asset test," making the obtaining of or the enrichment of some capital asset as the key factor in capital expenditure. The test is: can a capital asset be identified for which the payment was made?

Pinson on Revenue Law (15th ed. 1982), at p. 50.

Other textwriters tend to cast their eyes further back into the earlier cases where the terminology employed was "fixed capital" on the one hand or "circulating capital" on the other, so that an expenditure with the former in mind was a capital expenditure while an expenditure from the latter source was not. The definitions in those cases were, of course, critical to the sense of the court's reasoning. Fixed capital was taken to be that which is in the form or shape of assets, either tangible or intangible, but identifiable as such, and which either produces income directly or can be employed to earn or produce income, for example, a machine. On the other hand, circulating capital was said to be that form or part of the wealth of a taxpayer which is intended to be used, in the sense of being temporarily expended, dedicated or disposed of by circulation in the business undertak-

Golden Horse Shoe (New), Ltd. v. Thurgood, [1934] 1 K.B. 548 (C.A.), à la p. 563.

Le droit immobilier en cause dans cette affaire consistait en de grands amas de résidus et les tribunaux ont conclu que l'acquisition de ce droit était une dépense d'exploitation et non une dépense de capital.

Les auteurs ont fait des efforts inouïs pour tenter de concilier les divers critères et normes que les tribunaux ont appliqués pour trancher cette question. On a affirmé à maintes reprises, sauf dans l'arrêt déjà mentionné *British Insulated and Helsby Cables*, qu'il s'agit d'une question de droit. Il n'y a pas de doute que c'est vrai pour l'ensemble. Toutefois, les faits sous-jacents qui servent à trancher la question de droit sont si intimement liés aux principes de droit qu'il est difficile de dire qu'il ne s'agit pas, au moins, d'une question mixte de droit et de fait. Après avoir analysé la jurisprudence relative aux règles dites «une fois pour toutes» et «de bon sens», un auteur a conclu:

> [TRADUCTION] Les tribunaux semblent maintenant avoir accepté un «critère des biens identifiables» qui fait de l'acquisition ou de l'enrichissement d'un actif immobilisé l'élément déterminant de la dépense de capital. Le critère est le suivant: Le paiement a-t-il un lien avec un actif immobilisé?

Pinson on Revenue Law (15th ed. 1982), à la p. 50.

D'autres auteurs ont tendance à se tourner vers la jurisprudence plus ancienne où on s'est servi des expressions «capital fixe» d'une part et «capital de roulement» d'autre part, de sorte qu'une dépense faite en vue du premier objet constituait une dépense de capital alors qu'une dépense faite en vue du dernier objet n'en constituait pas une. Les définitions dans ces cas étaient, bien sûr, déterminantes quant au sens du raisonnement de la Cour. Capital fixe voulait dire celui qui prend la forme ou l'aspect d'un bien tangible ou intangible, mais identifiable comme tel et qui produit directement un revenu ou peut servir à gagner ou à produire un revenu, comme par exemple une machine. D'autre part, capital de roulement signifiait la forme ou partie des richesses d'un contribuable qu'il entend utiliser c.-à-d. consacrer ou affecter à l'entreprise, l'y dépenser ou mettre en circulation, de façon

ing, and which comes back to headquarters bringing a profit. Such is the case with inventory in a sales enterprise. The learned author of *Revenue Law*, Butterworths, 1981, John Tiley, at p. 226, declined to bring the older vocabulary of circulating and fixed capital into the test and he likewise declined to modernize the "once and for all test", *supra*. The latter he rejected because all expenditures which have "an enduring effect" are not of a capital nature, as we have already seen in the employment case, *supra*. He then goes on to criticize the asset test, particularly where "the asset is not discernible as part of the assets of the business . . . " (p. 226); and concludes, on the same page, with reference to adhering too closely to the use of the acquired asset to determine the nature of the expenditure, that "the danger is that it [the asset test] will be applied, as have its predecessors, without regard to the variety of facts or, again like its predecessors, without regard to the disclaimer of universality uttered by its formulators".

temporaire et qui revient au bureau principal en rapportant un profit. C'est le cas de l'inventaire dans une entreprise de vente. Le savant auteur de *Revenue Law*, Butterworths, 1981, John Tiley a refusé, à la p. 226, de reprendre l'ancien vocabulaire de «capital de roulement» et de «capital fixe» comme critère et il a de même refusé de moderniser le critère dit, «une fois pour toutes», précité. Il rejette ce dernier critère parce que toutes les dépenses qui ont «un effet durable» ne sont pas des dépenses de capital, comme on a pu le voir dans l'arrêt sur l'emploi précité. Il critique ensuite le critère du bien, particulièrement lorsque [TRADUCTION] «le bien n'est pas identifiable comme partie de l'actif de l'entreprise . . . » (p. 226) et conclut, à la même page, au sujet de ceux qui s'en tiennent de trop près à l'usage du bien acquis pour déterminer la nature de la dépense, qu'il y a un [TRADUCTION] «danger que [le critère du bien] soit appliqué, à l'instar des critères qui l'ont précédé, sans tenir compte de la diversité des faits ou, encore une fois comme ceux qui l'ont précédé, sans tenir compte de l'avertissement de ceux qui l'ont formulé, portant que celui-ci n'est pas universel».

The federal taxation scene in the United States does not appear to offer much assistance in the solution of this problem. The relevant provision in the *Internal Revenue Code*, § 162(a) provides in part as follows:

> **§162.** . . .
>
> (a) . . . There shall be allowed as a deduction all the ordinary and necessary expenses paid or incurred during the taxable year in carrying on any trade or business . . . .

(Emphasis added.)

La situation fiscale sur la scène fédérale américaine ne nous aide pas beaucoup à résoudre ce problème. La disposition pertinente de l'*Internal Revenue Code*, savoir §162a), dispose notamment:

> [TRADUCTION] **§162.** . . .
>
> a) . . . Il est permis de déduire toutes les dépenses ordinaires et nécessaires faites ou engagées pendant l'année d'imposition dans l'exploitation de tout commerce ou entreprise . . .

(C'est moi qui souligne.)

In determining what is "ordinary and necessary", the American courts take an approach similar to the "common sense rule" discussed *supra*. In *Kennecott Copper Corp. v. United States*, 347 F.2d 275 (1965) (Ct. Cls.), the Court stated at p. 304:

> . . . the terms 'ordinary and necessary' as used in the statute are not to be given a narrow, restricted, dictionary-type meaning, but are to be applied in each case in the context of the taxpayer's business and the circumstances occasioning the expenditure.

Pour déterminer ce qui est «ordinaire et nécessaire» les tribunaux américains ont adopté un point de vue semblable à la «règle du bon sens» déjà mentionnée. Dans l'arrêt *Kennecott Copper Corp. v. United States*, 347 F.2d 275 (1965) (Ct. Cls.), la Cour affirme à la p. 304:

> [TRADUCTION] . . . il ne faut pas donner aux termes «ordinaires et nécessaires» employés dans la Loi le genre de sens étroit et restreint qu'on trouve dans un dictionnaire, mais il faut les appliquer dans chaque cas en fonction de l'entreprise du contribuable et des circonstances qui ont donné lieu à la dépense.

(See also: *Welch v. Helvering*, 290 U.S. 111 (1933), *per* Cardozo J., at pp. 113-15.) However, it has been said:

Viewed as a prohibition against deductions for capital expenditures, however, the phrase "ordinary and necessary" is a handkerchief thrown over something that is already covered by a blanket. This is because IRC §263(a), denying any deduction for amounts paid for the acquisition, improvement, or betterment of property, explicitly embodies "the basic principle that a capital expenditure may not be deducted from current income" and takes precedence over IRC §162.

Boris I. Bittker. *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, (Boston 1981), vol. 1, p. 20-43.

The learned author, after discussing a rule which appears to be the counterpart of our distinct asset rule, *supra*, states, at p. 20-66:

There are, however, many other situations in which the usual criteria of a capital expenditure are either over-inclusive or under-inclusive. The "separate and distinct additional asset" and "useful life beyond the current year" criteria, if applied rigorously, would classify numerous purchases of minor items as capital expenditures . . . .

The *Internal Revenue Code* is, of course, a much more finely articulated instrument of legislation than are the taxation statutes in the United Kingdom and Canada which include fewer provisions more generally expressed. Congress has sought to deal explicitly with individual sectors of commerce and industry, and as a result the Code contains approximately 2000 sections, in addition to numerous regulations. Accordingly, we find comments in the United States tax literature about the disqualification of expenditures from revenue deductions where the result of the expenditure is the acquisition of property rights, as such expenditures may be recovered through complicated statutorily-created depletion allowance provisions. Additionally, there is a special provision in the *IRC* (§616(a)) which enables a mining operator to deduct expenditures "resulting directly from such physical mining processes or activities as the driving of shafts, tunnels, galleries and similar operations undertaken to make the ore or mineral in place accessible for production operations". The

(Voir également: *Welch v. Helvering*, 290 U.S. 111 (1933), le juge Cardozo, aux pp. 113 à 115). On a cependant dit:

[TRADUCTION] Prise comme une interdiction de déduire les dépenses de capital, l'expression «ordinaires et nécessaires» équivaut toutefois à jeter un mouchoir sur ce qui est déjà sous une couverture. Il en est ainsi parce que §263a) de l'IRC, qui interdit la déduction de toute somme payée pour l'acquisition, l'amélioration ou la transformation d'un bien, comporte explicitement «le principe fondamental qu'une dépense de capital n'est pas déductible du revenu courant» et l'emporte sur §162 de l'IRC.

Boris I. Bittker. *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts* (Boston 1981), vol. 1, p. 20-43.

Le savant auteur, après avoir traité d'une règle qui semble équivalente à notre règle du bien distinct, précitée, dit à la p. 20-66:

[TRADUCTION] Il y a cependant beaucoup d'autres situations où le critère ordinaire de la dépense de capital est beaucoup trop général ou trop restreint. Les critères des «biens supplémentaires distincts et séparés» et de «l'utilité au delà de l'année courante» appliqués de façon rigoureuse auraient pour effet de caractériser l'acquisition de nombreux achats de menus articles comme dépenses de capital . . .

L'*Internal Revenue Code* est bien sûr un ensemble de dispositions articulées de façon beaucoup plus précise que ne le sont les lois fiscales du Royaume-Uni et du Canada qui comportent moins de dispositions et sont formulées de façon plus générale. Le Congrès a voulu viser expressément certains secteurs du commerce et de l'industrie, et le Code comporte en conséquence environ 2 000 articles, en plus de nombreux règlements. Par conséquent, la doctrine fiscale américaine parle de l'exception à la déductibilité du revenu de certaines dépenses lorsque ces dépenses ont pour résultat l'acquisition de droits de propriété, puisque de telles dépenses peuvent être récupérées grâce à des dispositions légales compliquées en matière de déductions pour épuisement. De plus, une disposition spéciale de l'*IRC* (§616a)) permet à l'exploitant d'une mine de déduire les dépenses [TRADUCTION] «qui résultent directement des activités ou des opérations d'exploitation minière comme le creusage de puits, de tunnels, de galeries et des opérations semblables visant à rendre le minerai accessible pour les opé-

IRC additionally includes detailed provisions for the deduction of development expenditures in mining generally (introduced by s. 309(a) and (d) in the 1951 Act). Apart from the mining provisions in and regulations under the United States legislation, the test adopted generally in the answer of the question of capital versus income expenditures is found, by the United States Supreme Court in *Commissioner of Internal Revenue v. Lincoln Savings & Loan Assn.*, 403 U.S. 345 (1971), at p. 354, to lie in a general test which is prefaced by the observation that "... the presence of an ensuing benefit that may have some future aspect is not controlling". The Court goes on to state: "What is important and controlling ... is that the ... payment serves to create or enhance ... what is essentially a separate and distinct additional asset ...." In discussing this decision one learned author concludes:

> Assuming that the expenditure is ordinary and necessary in the operation of the taxpayer's business, the answer to the question as to whether the expenditure is an allowable deduction as a business expense must be determined from the nature of the expenditure itself, which in turn depends on the extent and permanency of the work accomplished by the expenditure. This issue is a factual one.

See *Mertens Law of Fed Income Tax* §25.20 (1979 Rev., vol. 4A, c. 25, p. 112).

After this review of the authorities it can be seen that the principles enunciated by the courts and the elucidation on the application of those principles is of very little guidance when it becomes necessary, as it is here, to apply those principles to a precise set of somewhat unusual facts.

The question remains for answer, therefore, what is the proper application of the relevant provisions of the *Income Tax Act* to the facts of this case? Section 12(1)(*a*) of the Act provides (which is repeated here for convenience):

rations de production». De plus, l'*IRC* comporte des dispositions détaillées quant à la déduction des dépenses d'aménagement dans l'exploitation minière de façon générale (ajoutées par les al. 309a) et d) dans la Loi de 1951). Outre les dispositions relatives à l'exploitation minière contenues dans la législation américaine et les règlements d'application de cette législation, le critère généralement employé pour distinguer entre une dépense de capital et une dépense d'exploitation consiste, en vertu de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Commissioner of Internal Revenue v. Lincoln Savings & Loan Assn.*, 403 U.S. 345 (1971), à la p. 354, en un critère général qui est précédé de la remarque portant que [TRADUCTION] « ... l'existence d'un avantage subséquent comportant un certain aspect futur n'est pas déterminante». La Cour affirme ensuite [TRADUCTION] «Ce qui est important et déterminant ... c'est que ... le paiement serve à créer ou à améliorer, ... ce qui est essentiellement un bien supplémentaire séparé et distinct ... « Commentant cet arrêt, un savant auteur conclut:

> [TRADUCTION] À supposer qu'il s'agit d'une dépense ordinaire et nécessaire engagée dans l'exploitation de l'entreprise du contribuable, la réponse à la question de savoir si elle est déductible comme dépense d'affaires doit être déterminée en fonction de la nature de la dépense elle-même, qui à son tour dépend de la portée et de la permanence de l'oeuvre accomplie grâce à la dépense. Il s'agit d'une question de fait.

Voir *Mertens Law of Fed Income Tax* §25.20 (1979 Rev., vol. 4A, chap. 25, p. 112).

Après cette analyse de la jurisprudence, on peut constater que les principes énoncés par les tribunaux et les explications apportées quant à l'application de ces principes ne sont pas très utiles lorsqu'il est nécessaire, comme en l'espèce, d'appliquer ces principes à un ensemble précis de faits quelque peu inhabituels.

Donc, la question à laquelle il faut répondre est celle-ci: de quelle façon doit-on appliquer les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* aux faits de l'espèce? L'alinéa 12(1)*a*) de la Loi, que je cite de nouveau ici pour plus de commodité, dispose:

12. (1) In computing income, no deduction shall be made in respect of

(*a*) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer,

It is clear that the expenditures by this taxpayer were made "for the purpose of gaining or producing income from property". However, the income did not come from the property acquired by the expenditures here in issue. The income of the taxpayer came from the business of mining. In order to better assess the qualification of these expenditures for deduction under the provisions of the Act, it is necessary to consider the wording in s. 12(1)(*b*), in conjunction with s. 12(1)(*a*), which for convenience I repeat here:

12. (1) In computing income, no deduction shall be made in respect of

. . .

(*b*) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part,

The allowance for depreciation or depletion stems from s. 11(1)(*a*) of the Act which authorizes the deduction of "such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation". Regulation 1100(1) creates a series of capital cost allowances and Schedule B sets forth the classes of property to which these rates of allowances may be applied. The property here in question is not to be found in Schedule B and hence no capital cost allowance can be taken under s. 11 with reference to the cost of these land acquisitions. Furthermore, subject to any concession made by the Minister, no depletion allowance is available on these lands as they are not used for mining purposes. Consequently, the taxpayer is in the position of either being permitted by s. 12(1)(*a*) to deduct these expenditures as expenses "for the purpose of gaining or producing income", or being left with no tax relief of any kind with respect to these ongoing expenditures. It should be noted that inasmuch as there was no classification in the Act for capital cost allowance

12. (1) Dans le calcul du revenu, il n'est opéré aucune déduction à l'égard

a) d'une somme déboursée ou dépensée, sauf dans la mesure où elle l'a été par le contribuable en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable,

Il est manifeste que la contribuable a fait ces dépenses «en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens». Toutefois, le revenu ne provenait pas du bien acquis par les dépenses en cause en l'espèce. Le revenu de la contribuable provenait de l'exploitation minière. Pour être mieux en mesure de déterminer si ces dépenses sont déductibles en vertu des dispositions de la Loi, il est nécessaire d'examiner le texte de l'al. 12(1)*b*), conjointement avec l'al. 12(1)*a*), que je cite de nouveau ici pour plus de commodité.

12. (1) Dans le calcul du revenu, il n'est opéré aucune déduction à l'égard

. . .

b) d'une somme déboursée, d'une perte ou d'un remplacement de capital, d'un paiement à compte de capital ou d'une allocation à l'égard de dépréciation, désuétude ou d'épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie,

La déduction pour amortissement ou pour épuisement découle de l'al. 11(1)*a*) de la Loi qui permet la déduction de «la partie de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, ou la somme à l'égard de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, s'il en est, qui est allouée par règlement». Le paragraphe 1100(1) du Règlement établit une liste de déductions pour amortissement et l'annexe B énonce les catégories de biens auxquelles les taux de déduction peuvent s'appliquer. Le bien en cause en l'espèce n'est pas mentionné à l'annexe B, en conséquence l'art. 11 ne permet aucune déduction pour amortissement du coût en capital de ces achats de biens-fonds. De plus, sous réserve de toute concession faite par le Ministre, aucune déduction pour épuisement n'est disponible à l'égard de ces biens-fonds puisqu'ils ne sont pas utilisés à des fins minières. En conséquence, il se peut que la contribuable puisse déduire, en vertu de l'al. 12(1)*a*), ces dépenses à titre de dépenses faites «en vue de gagner ou de produire un revenu» ou encore qu'elle ne dispose d'aucun allégement fiscal quelconque quant à ces dépenses continues.

for property of the type here in question, there can be no question of a terminal loss on this property on the winding up of the taxpayer's mining undertaking. If the outlay for these lands is found in law to be chargeable against income as a deductible expense, then it follows logically that the taxpayer would be required to take into income, on the winding up of operations, the proceeds, if any, received on the sale of these lands. On the other hand, if the property were to be treated as an undepreciable capital asset, then, on wind-up and disposition of all the properties and assets of the appellant, the question would arise as to whether the taxpayer had realized a capital gain or a capital loss depending upon the relationship between the proceeds on disposition and the cost of acquisition. A capital loss would, if the Act be as it is today, only be deductible by the appellant from realized capital gains. The capital gain would be taxable at half the rate applicable to the proceeds on disposition were they taken into income, again assuming the Act continues in its present form. This reasoning, of course, does not conclusively lead to any result, either for or against either of the contending parties. On the other hand, if the interpretation of a taxation statute is unclear, and one reasonable interpretation leads to a deduction to the credit of a taxpayer and the other leaves the taxpayer with no relief from clearly *bona fide* expenditures in the course of his business activities, the general rules of interpretation of taxing statutes would direct the tribunal to the former interpretation. That is the situation here, in my view of these statutory provisions. These expenditures were clearly made for *bona fide* purposes. They clearly are not disqualified by s. 12(1)(*a*) nor by any other section of the *Income Tax Act* dealing with expenditures in the course of operating a business. The only possible basis in the statute for a denial of these *bona fide* expenditures closely associated with the conduct of the taxpayer's mining operations is the prohibition in s. 12(1)(*b*) relating to capital expenditures. I turn back, there-

Il y a lieu de noter que pour autant qu'il n'y avait pas dans la Loi de catégorie applicable à l'amortissement du coût en capital d'un bien du genre de celui dont il est question en l'espèce, il ne peut être question d'une perte définitive à l'égard de ce bien au moment de la dissolution de l'entreprise minière de la contribuable. Si on conclut que la dépense faite pour acquérir ces biens-fonds est légalement imputable au compte de revenu à titre de dépense déductible, il s'ensuit logiquement que la contribuable devrait, à la fin de l'exploitation, ajouter dans le revenu toute somme qu'elle pourrait avoir tiré de la vente de ces biens-fonds. D'autre part, si le bien doit être considéré comme un actif immobilisé non amortissable alors, à la liquidation de tous les biens et éléments d'actif de l'appelante, il faudra déterminer si la contribuable a fait un gain ou une perte en capital, compte tenu du coût d'acquisition et du produit de la vente. L'appelante ne pourrait déduire une perte en capital qu'à l'égard de gains en capital réalisés, si la Loi restait comme elle est maintenant. À supposer encore une fois, que la Loi actuelle ne soit pas modifiée, le gain en capital serait imposable à la moitié du taux applicable au produit de la vente si celui-ci était inclus dans le revenu. Ce raisonnement n'amène certainement pas de conclusion décisive en faveur ou contre l'une ou l'autre des parties. D'autre part, si l'interprétation d'une loi fiscale n'est pas claire et qu'une interprétation raisonnable entraîne une déduction au profit du contribuable alors qu'une autre interprétation laisse le contribuable sans allégement pour les dépenses réelles faites dans le cours de ses opérations commerciales, selon les règles générales d'interprétation des lois fiscales, le tribunal devrait choisir la première interprétation. C'est le cas en l'espèce, selon mon interprétation de ces dispositions législatives. Ces dépenses ont manifestement été faites pour des fins légitimes. Elles ne sont manifestement pas exclues par l'al. 12(1)*a*), ni par aucune autre disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relative aux dépenses faites dans l'exploitation d'une entreprise. La seule justification dans la Loi, qui pourrait permettre d'écarter ces dépenses réelles intimement liées à l'exploitation minière de la contribuable est l'interdiction qu'énonce l'al. 12(1)*b*) relativement aux dépenses de capital. Je reviens donc aux commen-

fore, to the comments of Viscount Cave in *B.P. Australia Ltd., supra*, at p. 271, where he stated:

If, therefore, one must allocate these payments either wholly to one year's revenue or to capital it would seem that either course presents difficulties but that an allocation to revenue is slightly preferable.

In this situation, and in analyzing those facts, it may be helpful to observe:

1. The purpose of these expenditures, when viewed from the practical and business outlook, was the removal of a current obstacle in the operation of the taxpayer's mine and was not the acquisition of a capital asset;
2. These expenditures were incurred year in and year out as an integral part of the day-to-day operations of the undertaking of the taxpayer;
3. These expenditures form an easily discernible, more or less constant, element and part of the daily and annual cost of production;
4. These lands were not acquired for any intrinsic value but merely by reason of location, and after the mining operation for the year in question had been completed, the land had acquired no intrinsic value, and indeed, as was found below, was "consumed" in the mining process;
5. These expenditures produced a transitional benefit and one which had no enduring value because similar expenditures were required in the future if the mining operation was to be continued at all;
6. The lands acquired in any given year do not produce a permanent wall or perimeter to the mining operation but are simply a transitional location of the wall representing the cone surrounding the mining undertaking; and to the extent that the wall of the cone is used for haulage of materials from the bottom of the pit on temporary roads, there may be some transitional asset created, but this asset disappears as the wall of the cone recedes in ensuing taxation years;
7. The natural of these expenditures is made clear when it is appreciated that they have been

taires du vicomte Cave dans l'arrêt *B.P. Australia Ltd.*, précité, à la p. 271, où il dit:

[TRADUCTION] Donc, s'il faut imputer ces paiements soit entièrement au revenu d'une année soit au capital, il semblerait que l'une ou l'autre solution présente des difficultés, mais que l'imputation au revenu est légèrement préférable.

Dans la situation présente et dans l'analyse de ces faits, il peut être utile de faire observer ce qui suit:

1. Du point de vue pratique et commercial, ces dépenses avaient pour objet d'écarter un obstacle immédiat aux opérations minières de la contribuable et non d'acquérir un actif immobilisé;
2. Ces dépenses étaient faites bon an mal an comme partie intégrante des opérations quotidiennes de l'entreprise de la contribuable;
3. Ces dépenses constituent un élément facilement discernable, plus ou moins constant, des coûts quotidiens et annuels de production;
4. Ces biens-fonds n'ont pas été acquis pour leur valeur intrinsèque, mais uniquement à cause de leur emplacement et, à la fin de l'exploitation minière de l'année en cause, ils n'avaient acquis aucune valeur intrinsèque et même, selon les constatations des cours d'instance inférieure, avaient été «consommés» dans le processus d'exploitation minière;
5. Ces dépenses procuraient un avantage provisoire qui n'avait pas de valeur durable parce qu'il fallait répéter ces dépenses ultérieurement si l'on voulait poursuivre l'exploitation minière;
6. Les biens-fonds acquis au cours d'une année donnée n'ont pas pour effet de créer une paroi ou un périmètre permanent autour de la mine, mais constituent simplement un emplacement temporaire de la paroi de la mine en forme de cône; dans la mesure où la paroi du cône sert au transport du minerai depuis le fond du puits sur des chemins temporaires, il peut y avoir création d'un bien provisoire, mais ce bien disparaît à mesure que la paroi du cône s'éloigne pendant les années d'imposition suivantes;
7. La nature de ces dépenses devient claire lorsqu'on constate qu'elles ont été faites chaque

incurred annually for almost forty years and there is no evidence whatever to indicate that mining operations can continue in the future without this annual expenditure;

8. The capitalization of these expenditures will not produce for the mining operator an asset which may be made subject to either capital cost or depletion allowances, the former because no asset recognized in the *Income Tax Act* is produced, and the latter because these lands contain no minerals which are being removed by the mining operations of the taxpayer;

9. These expenditures did not add to the ore body, nor did they increase the productive capacity of the mine, nor do they bear any relation to any asset engaged in the mining operation, but are simply expenditures for the removal of overburden which, if not removed, would bring the mining operation to a halt;

10. The expenditures relative to the cost of operating the mine are small and are directly related to the cost of operation averaging over a long period about 3 per cent per annum.

The circumstances of this case evoke in the mind many parallels or analogies. These lands, peripheral to the mouth of the open pit operation, perform a function not unlike that of a catalyst such as platinum used in the refinement of petroleum for the production of gasoline. The purchase of the platinum no doubt produces, in the hands of the refiner, an identifiable asset of value. At the end of the day, the asset has either physically disappeared or lost its desired physical characteristics. The refiner no longer possesses the original platinum asset but he has produced marketable gasoline by its use in the processing of petroleum. If not for the explicit addition of Class 26, "Property that is a catalyst", to Schedule B of the *Income Tax Regulations* in March 1970, the platinum in this example was qualified for deduction as an expense. The property at issue in the case at bar, however, has not been included in Schedule B. The legislators, therefore, have not precluded it from being treated as an expense if such treatment is appropriate in all the circum-

année depuis près de quarante ans et qu'il n'y a aucune indication que les opérations minières auraient pu se poursuivre sans cette dépense annuelle;

8. La capitalisation de ces dépenses n'engendrera pas pour l'exploitant de la mine un bien pouvant être assujetti à des déductions pour amortissement ou pour épuisement, parce que, dans le premier cas, aucun bien reconnu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est produit et, dans le second cas, parce que ces biens-fonds ne contiennent pas de minerai que la contribuable extrait dans le cours de ses opérations minières;

9. Ces dépenses n'ont rien ajouté au gisement de minerai ni augmenté la capacité de production de la mine, et elles n'ont aucun rapport avec les biens utilisés pour l'exploitation de la mine, mais sont simplement des dépenses engagées pour l'enlèvement du mort-terrain qui, s'il n'était pas enlevé, entraînerait l'arrêt des opérations minières;

10. Les dépenses sont mineures par rapport au coût d'exploitation de la mine, elles sont directement liées au coût d'exploitation et représentent en moyenne, à long terme, 3 pour 100 l'an.

Les circonstances de l'espèce font penser à d'autres situations analogues. Les biens-fonds, situés en périphérie de l'ouverture du puits de la mine, remplissent une fonction qui n'est pas différente de celle que remplit un catalyseur comme le platine dans le raffinage du pétrole en vue de produire de l'essence. L'acquisition du platine produit certainement, pour le raffineur, un bien précis ayant une valeur. À la fin de l'opération, le bien a soit physiquement disparu soit perdu ses propriétés utiles. Le raffineur ne possède plus le bien initial sous forme de platine, mais il a produit de l'essence pour la vente en l'utilisant dans le raffinage du pétrole. Si ce n'était de l'ajout explicite, en mars 1970, de la catégorie 26 intitulée «Biens qui sont constitués par un catalyseur» à l'annexe B du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, le platine dans cet exemple aurait été déductible comme dépense. Le bien ici en cause n'est cependant pas mentionné dans l'annexe B. Le législateur n'a donc pas empêché qu'il soit traité comme une dépense si cette façon de le considérer est appropriée dans les

stances. By further analogy, a mining operator faced with the presence of a body of water above an ore body is in a somewhat similar position to that of the appellant here. The removal of the water to lay bare the minerals on the floor of the lake could hardly be seen as the creation of an asset. The cost of pumping would be an expenditure which would not create an asset in the hands of the operator. Indeed, as mining progresses and water, by the forces of nature, returns to the pit on the bottom of the lake, the water must be removed by successive pumping. The cost of this pumping would likely be, without further complicating factors, an expense properly incurred by the taxpayer to gain income and could not be seen as creating another asset. In the case at bar the land all but disappeared, as did the catalyst in the refining operation and the water in the mining operation on the floor of the lake. In none of these situations, at the end of the day, is an asset produced, nor does an asset remain. Here the taxpayer, at the end of the mining operations, is the owner of a large hole in the surface of the earth. The acquired lands represent segments down the wall of the hole, the older purchases being further down than the last purchases. There is no asset in the sense of a surface which can, by itself, be sold. The hole once filled in, at a likely considerable expense, would produce a surface which might have value in the market. Although the hole itself, and that part of the wall with which we are here concerned, might conceivably have some value, it can hardly be described as an asset which by itself has a real value. The evidence indicates that the life of this mine will end in the 1990's. Both courts below have concluded that at that time these lands will have disappeared for all practical purposes.

In applying the law to the above stated observations, one is thrown back to the pronouncement by Lord Wilberforce in *Tucker v. Granada Motorway Services Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 801, where he said at p. 804:

circonstances. Encore par analogie, un exploitant de mine qui se trouve en présence d'une nappe d'eau située au-dessus d'un gisement est dans une situation semblable à celle de l'appelante en l'espèce. On pourrait difficilement considérer l'enlèvement de l'eau pour mettre à nu les minéraux situés au fond du lac comme la création d'un bien. Le coût du pompage serait une dépense qui ne créerait pas un bien pour l'exploitant. En fait, à mesure que les opérations minières se poursuivent et que l'eau retourne naturellement au puits situé au fond du lac, cette eau doit être enlevée par des opérations de pompage successives. Le coût de ce pompage serait vraisemblablement, en l'absence d'autres facteurs compliquant les choses, une dépense adéquatement faite par la contribuable pour gagner un revenu et ne pourrait être considéré comme générateur d'un autre bien. En l'espèce, les biens-fonds ont tout simplement disparu, comme le catalyseur dans l'opération de raffinage et l'eau dans l'opération minière sur le fond du lac. Dans aucune de ces situations, un bien n'est produit ou ne reste à la fin de l'opération. En l'espèce, à la fin des opérations minières, la contribuable sera propriétaire d'un grand trou à la surface de la terre. Les biens-fonds acquis représentent des portions de la paroi inclinée du trou, les acquisitions plus anciennes étant plus basses que les acquisitions plus récentes. Il n'y a pas de bien au sens d'une superficie susceptible en soi d'être vendue. Une fois le trou rempli, probablement à grands frais, il y aurait une superficie de terrain qui pourrait avoir de la valeur sur le marché. Bien que le trou lui-même et la portion de la paroi qui nous intéresse en l'espèce puissent peut-être avoir une valeur quelconque, on peut difficilement les décrire comme un bien qui a une valeur réelle en soi. D'après la preuve soumise, l'exploitation de la mine prendra fin dans les années 1990. Les cours d'instance inférieure ont toutes les deux conclu qu'à ce moment les biens-fonds auront disparu à toute fin utile.

L'application du droit aux observations mentionnées ci-dessus nous ramène à la déclaration de lord Wilberforce dans l'arrêt *Tucker v. Granada Motorway Services Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 801, où il affirme, à la p. 804:

It is common in cases which raise the question whether a payment is to be treated as a revenue or as a capital payment for indicia to point different ways. In the end the courts can do little better than form an opinion which way the balance lies. There are a number of tests which have been stated in reported cases which it is useful to apply, but we have been warned more than once not to seek automatically to apply to one case words or formulae which have been found useful in another ... Nevertheless reported cases are the best tools that we have, even if they may sometimes be blunt instruments.

(Emphasis added.)

We must also remember the previously cited words of Lord Pearce in *B.P. Australia Ltd.*, *supra*, at p. 264:

It is a commonsense appreciation of all the guiding features which must provide the ultimate answer.

If we were to apply the three-step test adopted by the Australian court in *Sun Newspapers Ltd.*, *supra*, these expenditures would qualify as expenses rather than being capital in nature. The character of the advantage sought is that of an advantage in the current operations of the taxpayer. The practice was recurring and the manner in which the object of the expenditures was applied was directly incorporated into the mining operations of the taxpayer. Finally, the means adopted by the taxpayer to gain this advantage was the periodic outlay of its funds which would formerly have been classified, in the vocabulary of that day, as circulating capital. In the words of Dixon J., as he then was, in *Sun Newspapers Ltd.*, *supra*, at p. 362, we are here concerned with an expenditure of a revenue nature because:

... its purpose brings it within the very wide class of things which in the aggregate form the constant demand which must be answered out of the returns of a trade or its circulating capital and that actual recurrence of the specific thing need not take place or be expected as likely.

The same judge in *Hallstroms Pty. Ltd.*, *supra*, at p. 648, reminds us that the classification of such expenditures "... depends on what the expenditure is calculated to effect from a practical and business point of view, rather than upon the juristic

[TRADUCTION] Il arrive souvent dans les cas qui soulèvent la question de savoir si un paiement doit être considéré comme une dépense d'exploitation ou comme une dépense de capital que les indices soient contradictoires. En fin de compte, les tribunaux ne peuvent faire beaucoup mieux que de se former une opinion quant au côté où la balance penche. La jurisprudence mentionne un certain nombre de critères utiles à appliquer, mais nous avons été avertis plus d'une fois de ne pas chercher automatiquement à appliquer à un cas des termes ou formules jugés utiles dans un autre ... Cependant la jurisprudence est le meilleur outil que nous ayons, même s'il est parfois rudimentaire.

(C'est moi qui souligne.)

Il faut aussi se rappeler les paroles déjà citées de lord Pearce dans l'arrêt *B.P. Australia Ltd.*, précité, à la p. 264:

[TRADUCTION] C'est une appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices qui doit apporter la réponse finale.

Si nous devons appliquer le critère à trois étapes adopté par la cour australienne dans l'arrêt *Sun Newspapers Ltd.*, précité, ces dépenses seraient des dépenses d'exploitation plutôt que des dépenses de capital. La nature du bénéfice recherché s'identifie à celle d'un avantage dans les opérations courantes de la contribuable. L'opération était répétitive et l'objet de la dépense directement incorporé dans les opérations minières de la contribuable. Enfin, la contribuable se procurait cet avantage en déboursant périodiquement des fonds qui auraient été dans le passé caractérisés, selon le vocabulaire de l'époque, comme capital de roulement. Selon l'expression du juge Dixon, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Sun Newspapers Ltd.*, précité, à la p. 362, nous sommes en présence d'une dépense d'exploitation parce que:

[TRADUCTION] ... son objet la range dans la très grande catégorie des choses qui, dans l'ensemble, constituent la demande constante à laquelle il faut répondre à même les revenus d'une activité ou de son capital de roulement, mais il n'est pas nécessaire que la répétition de la chose se produise ou soit probable.

Le même juge nous rappelle, dans l'arrêt *Hallstroms Pty. Ltd.*, précité, à la p. 648, que la caractérisation de ces dépenses [TRADUCTION] « ... dépend de l'effet envisagé de la dépense d'un point de vue pratique et commercial plutôt que de la

classification of the legal rights . . . ." The old rule of "once and for all" as well as the "common sense" test, *supra*, lead us to a result favourable to the taxpayer's contention.

The characterization in taxation law of an expenditure is, in the final analysis (unless the statute is explicit which this one is not), one of policy. In the mining industry, where the undertaking is underground mining with its associated assets such as vertical shafts and horizontal transportation elements not created directly by the removal of commercial ore, the tax treatment of capitalization is invoked. On the other hand, open pit or strip mining requiring none of these fixed facilities leads to the attribution of the associated expenditures to the revenue account. Strip mining or open pit mining with conical access (as we have here) and its associated expenditures falls in between these two rough categories of mining undertakings. The assessment of the evidence and the conclusions to be derived therefrom, and the application of the common sense approach to the business of the taxpayer in relation to the tax provisions, leads, in my respectful view, to the conclusion that the mining operations here approximate the circumstances encountered in the traditional open pit mining more than underground mining and so I conclude, with all respect to those who have otherwise concluded, that the appropriate taxation treatment is to allocate these expenditures to the revenue account and not to capital. Such a determination is, furthermore, consistent with another basic concept in tax law that where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer. This residual principle must be the more readily applicable in this appeal where otherwise annually recurring expenditures, completely connected to the daily business operation of the taxpayer, afford the taxpayer no credit against tax either by way of capital cost or depletion allowance with reference to a capital expenditure, or an expense deduction against revenue.

In summary, therefore, it can be said without fear of contradiction from this record that these expenditures by the taxpayer were incurred *bona*

classification juridique des droits . . . » L'ancienne règle dite «une fois pour toutes», de même que le critère du «bon sens» déjà mentionné, nous amènent à conclure d'une manière favorable aux arguments de la contribuable.

La caractérisation, en droit fiscal, d'une dépense est, en dernière analyse (à moins que la loi ne soit claire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce), une question de principe. Dans l'industrie minière, lorsque l'entreprise est une mine souterraine, dotée de biens comme des puits verticaux et des systèmes de transport horizontaux qui ne sont pas directement créés par l'extraction du minerai commercial, il y a application du procédé fiscal de la capitalisation. D'autre part, les opérations minières à ciel ouvert qui n'exigent aucune de ces installations fixes amènent l'imputation des dépenses faites à cet égard au compte de revenu. L'exploitation de mines à ciel ouvert avec voie d'accès conique (comme en l'espèce) et les dépenses qui y sont associées se situent à mi-chemin entre ces deux grandes catégories d'entreprises minières. L'appréciation de la preuve et des conclusions qu'il faut en tirer, l'application du bon sens à l'entreprise de la contribuable en ce qui concerne les dispositions fiscales mènent, à mon humble avis, à la conclusion que les opérations minières en l'espèce se rapprochent davantage de l'exploitation minière ordinaire à ciel ouvert que de l'exploitation souterraine et je conclus, avec égards pour ceux qui ont conclu autrement, que le traitement fiscal approprié consiste à imputer ces dépenses au compte de revenu et non au compte de capital. Une telle décision est de plus conforme à un autre concept fondamental de droit fiscal portant que, si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable. Ce principe résiduel doit d'autant s'appliquer au présent pourvoi qu'autrement une dépense annuelle entièrement liée à l'exploitation quotidienne de l'entreprise de la contribuable ne lui procurerait aucun dégrèvement d'impôt sous forme de déduction pour amortissement ou pour épuisement s'il s'agit d'une dépense de capital, ou de déduction applicable au revenu s'il s'agit d'une dépense d'exploitation.

En résumé, on peut donc dire sans crainte de contredire la preuve en l'espèce que la contribuable a réellement engagé ces dépenses dans l'exploita-

fide in the course of its regular day-to-day business operations. Common sense dictated that these expenditures be made, otherwise the taxpayer's operations would, of necessity, be closed down. These expenditures were not part of a plan for the assembly of assets. Nor did they have any semblance of a once and for all acquisition. These expenditures were in no way connected with the assembly of an ore body or a mining property which could itself be developed independently of any ore body, hence the inability to find entitlement for depletion or capital cost allowance for this expenditure under the statute. These expenditures are not disqualified by s. 12(1)(*a*) and indeed that provision of the Act favours the inclusion of these expenditures in authorized expenses because there is no other provision made in the Act for these items which are, beyond contention, incurred of necessity by the taxpayer in conducting its mining operations according to good business and engineering practice.

The reassessment notices included in the record make some reference to "additional depletion allowance" being allowed to the appellant and chargeable against property, the cost of which had, on reassessment, been charged back to income. Unfortunately, argument in this Court did not fully explain the net position of the taxpayer after these reassessments were effected. It obviously would be a misapplication of the taxing statute to allow the appellant a "notional" or real depletion allowance on these lands and at the same time to allow the appellant to charge the cost of the same lands as an operating expense against revenue. It is only the latter to which the appellant is entitled. Accordingly, I would allow the appeal and would direct a return of the matter to the Minister for reassessment on the basis set forth in these reasons; all with costs here and below to the appellant.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

tion régulière de son entreprise. Le bon sens exigeait que ces dépenses soient faites, sinon les opérations de la contribuable auraient nécessairement pris fin. Ces dépenses ne faisaient pas partie d'un projet visant à réunir des biens. Elles n'ont rien de commun avec une acquisition faite une fois pour toutes. Ces dépenses ne sont aucunement liées à l'aménagement d'un gisement minier ou d'un bien minier qui pourrait lui-même être exploité indépendamment de tout gisement, d'où l'impossibilité de trouver un droit à une déduction pour amortissement ou pour épuisement à l'égard de cette dépense en vertu de la Loi. Ces dépenses ne sont pas exclues par l'al. 12(1)a); en fait, cette disposition de la Loi favorise l'inclusion de ces dépenses dans les dépenses permises parce qu'il n'y a dans la Loi aucune autre disposition applicable à celles-ci qui sont, hors de tout doute, nécessairement engagées par la contribuable dans le cours de ses opérations minières, conformément aux pratiques approuvées en matière de commerce et d'ingénierie.

Les avis de nouvelles cotisations que l'on trouve au dossier mentionnent [TRADUCTION] «la déduction additionnelle pour épuisement» accordée à l'appelante et imputée aux biens-fonds, dont le coût a été, à l'occasion des nouvelles cotisations, imputé au revenu. Malheureusement, les plaidoiries en cette Cour n'ont pas totalement élucidé la situation nette de la contribuable après ces nouvelles cotisations. Ce serait manifestement mal appliquer la loi fiscale que d'accorder à l'appelante une déduction pour épuisement «fictive» ou réelle à l'égard de ces biens-fonds et de lui permettre en même temps d'imputer au revenu le coût des mêmes biens-fonds à titre de dépenses d'exploitation. L'appelante n'a droit qu'au dernier traitement. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de renvoyer l'affaire au Ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conforme aux présents motifs, le tout avec dépens en faveur de l'appelante en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto.

Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.

Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. *Appellant*;

and

Communauté urbaine de Montréal *Respondent*;

and

Mr. André Rousseau *Mis en cause.*

File No.: 17606.

1985: March 7; 1985: July 31.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Judicial review — Jurisdiction of arbitrator — Dismissal of police officer — Alteration by arbitrator of penalty imposed by disciplinary committee — Writ of evocation denied.

Pursuant to ss. 57 and 60 of the *Regulation respecting the ethics and discipline of the policemen of the Communauté urbaine de Montréal*, the M.U.C. police department's disciplinary committee dismissed a police officer who had been found guilty of shoplifting. These sections provide that a policeman who has been declared guilty of a criminal act is liable to a penalty which ranges from a simple warning to dismissal and which includes a reprimand, a disciplinary transfer and a suspension without pay for a maximum period of sixty days. Appellant filed a grievance against the disciplinary committee's decision. The arbitrator, after considering the evidence as a whole, found that the penalty was too severe and ordered that the police officer be reinstated without compensation for the thirteen months since the dismissal. Respondent applied to the Superior Court for a writ of evocation. The motion was dismissed. The majority judgment of the Court of Appeal reversed the judgment and authorized the writ to be issued. This appeal sought to determine whether the arbitrator exceeded his jurisdiction.

Held: The appeal should be allowed.

The arbitrator did not exceed his jurisdiction by substituting a penalty which the disciplinary committee had no power to impose. Since the Regulation respecting the ethics is not part of the collective agreement, s. 60 of the Regulation pertaining to penalties applies only to the disciplinary committee and not to the arbitrator. The latter exercised the jurisdiction conferred on him by

Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. *Appelante*;

et

Communauté urbaine de Montréal *Intimée*;

et

Me André Rousseau *Mis en cause.*

Nº du greffe: 17606.

1985: 7 mars; 1985: 31 juillet.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Contrôle judiciaire — Compétence de l'arbitre — Congédiement d'un policier — Sanction disciplinaire imposée par le Comité de discipline modifiée par l'arbitre — Bref d'évocation refusé.

Conformément aux art. 57 et 60 du *Règlement sur la déontologie et la discipline des policiers de la Communauté urbaine de Montréal*, le Comité de discipline du Service de police de la C.U.M. a congédié un policier reconnu coupable de vol à l'étalage. Ces articles prévoient qu'un policier déclaré coupable d'un acte criminel est passible d'une sanction disciplinaire allant du simple avertissement à la destitution en passant par la réprimande, la mutation disciplinaire et la suspension sans traitement pour une période d'au plus 60 jours. L'appelante a présenté un grief contre la décision du Comité de discipline. L'arbitre, après avoir considéré l'ensemble de la preuve, a jugé la sanction trop sévère et a ordonné la réintégration du policier, sans compensation financière pour la période de 13 mois écoulée depuis le congédiement. 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. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'arbitre a excédé sa compétence.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'arbitre n'a pas excédé sa compétence en substituant une sanction que le Comité de discipline n'avait pas le pouvoir d'imposer. Le Règlement sur la déontologie ne faisant pas partie de la convention collective, l'art. 60 du Règlement relatif aux sanctions disciplinaires ne vise que le Comité de discipline et non l'arbitre. Ce dernier a exercé la compétence que lui confèrent l'art. 100.13 du

s. 100.13 of the *Labour Code* and clause 27.15 of the collective agreement. This jurisdiction allows him, in a disciplinary matter, to substitute the decision which he deems fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter. In a matter such as the present one, only a case where the decision of the arbitrator would constitute an abuse of power amounting to fraud and capable of producing 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 such an abuse was not established.

Cases Cited

Blanchard v. Control Data Canada Ltd., [1984] 2 S.C.R. 476, followed; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Syndicat des professeurs du CEGEP Vieux-Montréal v. CEGEP Vieux-Montréal*, [1977] 2 S.C.R. 568, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, art. 846.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 100.13, 139.
Police Act, R.S.Q., c. P-13, s. 3.
Regulation respecting the ethics and discipline of the policemen of the Communauté urbaine de Montréal, R.R.Q. 1981, c. C-37.2, r. 1, ss. 57, 60, 72.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal[1], which reversed a judgment of the Superior Court[2], refusing to issue a writ of evocation. Appeal allowed.

Mario Létourneau, for the appellant.

Guy Lemay and *Jacques Audette*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—The majority judgment of the Court of Appeal against which this appeal was brought reversed the judgment of the Superior Court and authorized a writ of evocation to be issued against the arbitral award made by the mis en cause on a grievance for dismissal.

[1] J.E. 83-253; Mtl. C.A., No. 500-09-001265-818, February 9, 1983.

[2] J.E. 81-899; Mtl. S.C., No. 500-05-006917-817, September 10, 1981.

Code du travail et l'art. 27.15 de la convention collective. Cette compétence lui permet, en matière disciplinaire, de substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Dans une affaire telle la présente, seul un cas où la décision de l'arbitre constituerait 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, un tel abus n'a pas été démontré.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; arrêts mentionnés: *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Syndicat des professeurs du CEGEP Vieux-Montréal c. CEGEP Vieux-Montréal*, [1977] 2 R.C.S. 568.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, art. 846.
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 100.13, 139.
Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 3.
Règlement sur la déontologie et la discipline des policiers de la Communauté urbaine de Montréal, R.R.Q. 1981, chap. C-37.2, r. 1, art. 57, 60, 72.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure[2], qui avait refusé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

Mario Létourneau, pour l'appelante.

Guy Lemay et *Jacques Audette*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'arrêt majoritaire de la Cour d'appel qui fait l'objet du pourvoi infirme le jugement de la Cour supérieure et autorise l'émission d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision arbitrale rendue par le mis en cause sur un grief de congédiement.

[1] J.E. 83-253; C.A. Mtl., nº 500-09-001265-818, 9 février 1983.

[2] J.E. 81-899; C.S. Mtl., nº 500-05-006917-817, 10 septembre 1981.

The police officer represented by the Fraternité was found guilty of shoplifting two shirts with a total value of $60, an offence committed on September 21, 1979, and was dismissed: hence the grievance, dated May 13, 1980. The arbitrator found the penalty too severe and ordered that the police officer be reinstated, without financial compensation for the thirteen-month period since the dismissal. The arbitrator concluded his award of some twenty-one pages as follows:

[TRANSLATION] In view of the circumstances disclosed by the evidence as a whole, it seems to me that the dismissal of the complainant was too severe a penalty and that it is appropriate to order that the complainant be reinstated, within fifteen (15) days of this award, without compensation for the long period since the penalty was imposed.

The penalty thus retains sufficient rigour to serve as an example while doing justice to the complainant, who has paid quite dearly for the offence committed.

Section 57 of the *Regulation respecting the ethics and discipline of the policemen of the Communauté urbaine de Montréal*, R.R.Q. 1981, c. C-37.2, r. 1, states that:

57. The committee of discipline shall be required to accept the certified copy of any final decision of a Canadian or foreign court declaring a policeman guilty of a criminal act and may then impose one or several of the penalties provided for in section 60.

The latter section provides:

60. The committee of discipline may impose one or several of the following penalties, for each allegation:

(*a*) a warning;

(*b*) a reprimand;

(*c*) a disciplinary transfer;

(*d*) a disciplinary suspension without pay for a maximum period of 60 working days;

(*e*) a demotion;

(*f*) dismissal.

It should be noted that according to these provisions the fact that a police officer has been convicted of a criminal offence does not necessarily entail dismissal. The police officer will be subject to one of the penalties specified in s. 60, and this may simply be a warning.

Trouvé coupable du vol à l'étalage de deux chemises d'une valeur totale de 60 $, commis le 21 septembre 1979, le policier que représente la Fraternité a été congédié. D'où le grief en date du 13 mai 1980. L'arbitre a jugé la sanction trop sévère et a ordonné la réintégration du policier, sans compensation financière pour la période de 13 mois écoulée depuis le congédiement. L'arbitre conclut sa décision de quelque 21 pages en ces termes:

Compte tenu de l'ensemble des circonstances révélées par la preuve, il me semble que la destitution du plaignant est une sanction trop sévère et qu'il y a lieu d'ordonner la réintégration du plaignant, dans les quinze (15) jours de la présente sentence, sans indemnité pour la longue période écoulée depuis l'imposition de la sanction.

Ainsi, la sanction conserve assez de rigueur pour valoir exemple, tout en rendant justice au plaignant, qui aura payé un prix bien assez lourd pour l'infraction commise.

L'article 57 du *Règlement sur la déontologie et la discipline des policiers de la Communauté urbaine de Montréal*, R.R.Q. 1981, chap. C-37.2, r. 1, porte que:

57. Le comité de discipline est tenu d'accepter la copie dûment certifiée de toute décision définitive d'un tribunal canadien ou étranger déclarant un policier coupable d'un acte criminel et peut alors prononcer une ou plusieurs des sanctions prévues à l'article 60.

Celui-ci prévoit que:

60. Le comité de discipline peut imposer une ou plusieurs des sanctions suivantes, pour chaque accusation:

a) l'avertissement;

b) la réprimande;

c) la mutation disciplinaire;

d) la suspension disciplinaire sans traitement pour une période d'au plus 60 jours ouvrables;

e) la rétrogradation;

f) la destitution.

Je ferai observer que selon ces dispositions le fait pour un policier d'être déclaré coupable d'un acte criminel n'emporte pas nécessairement le congédiement. Le policier est passible de l'une ou l'autre des sanctions prévues à l'art. 60, et ce peut être le simple avertissement.

Reference should also be made to s. 72 of the Regulation:

72. This Regulation must not be interpreted as being able to affect a collective agreement arrived at between the Executive Committee of the Community and the *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc.*

The parties are in fact covered by a collective agreement, clause 27.15 of which reads as follows:

27.15 (a) In case of dismissal, suspension, reduction of rank or imposition of some disciplinary measure by the employer, the arbitrator may uphold the decision rendered or alter or quash it and direct, if should he see fit, the reimbursement by the employer of any money the policeman has lost as a result of the penalty imposed.

(b) However, the arbitrator may not modify or annul such decision unless it be unjust, in view of the evidence submitted.

(c) The powers of the arbitrator are limited to settling grievances in accordance with the letter and spirit of the agreement. In no case is the arbitrator authorized to add, deduct, alter or amend any matter whatsoever in this agreement.

The judges of the Court of Appeal as well as the Superior Court judge considered that the arbitrator derived his jurisdiction from this clause of the collective agreement and from s. 88*m* of the *Labour Code*, R.S.Q. 1964, c. 141, as amended by *An Act to amend the Labour Code and the Labour and Manpower Department Act*, 1977 (Que.), c. 41, s. 48, and corresponding at the time in question to R.S.Q., c. C-27, s. 100.13:

100.13 In disciplinary matters, the court of arbitration may confirm, amend or set aside the decision of the employer; it may, if such is the case, substitute therefor the decision it deems fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter.

However, where the collective agreement provides for a specific penalty for the fault alleged against the employee in the case submitted to arbitration, the court of arbitration shall only confirm or set aside the decision of the employer, or, if such is the case, amend it to make it conformable to the penalty provided for in the collective agreement.

Il faut aussi tenir compte de l'art. 72 du Règlement:

72. Le présent règlement ne doit pas être interprété comme pouvant affecter une convention collective intervenue entre le Comité exécutif de la Communauté et la Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc.

Les parties sont de fait régies par une convention collective dont l'art. 27.15 est ainsi conçu:

27.15 a) Dans le cas de congédiement, suspension, rétrogradation ou imposition d'une mesure disciplinaire quelconque par l'employeur, l'arbitre pourra, soit maintenir la décision rendue, soit la modifier ou l'annuler, et prescrire le cas échéant le remboursement par l'employeur au policier des sommes perdues par ce dernier par suite de la sanction imposée.

b) Toutefois, l'arbitre ne pourra modifier ou annuler cette décision à moins qu'elle ne soit injuste eu égard à la preuve soumise.

c) Les pouvoirs de l'arbitre sont limités à décider des griefs suivant la lettre et l'esprit de la convention. L'arbitre n'a autorité, en aucun cas, pour ajouter, soustraire, modifier ou amender quoi que ce soit dans cette convention.

Tant les juges de la Cour d'appel que le juge de la Cour supérieure sont d'avis que c'est de cet article de la convention collective que l'arbitre tire sa compétence ainsi que de l'art. 88*m* du *Code du travail*, S.R.Q. 1964, chap. 141, modifié par la *Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la main-d'œuvre*, 1977 (Qué.), chap. 41, art. 48, et correspondant, à l'époque pertinente, à l'art. 100.13, L.R.Q., chap. C-27:

100.13 En matière disciplinaire, le tribunal d'arbitrage peut confirmer, modifier ou casser la décision de l'employeur; il peut, le cas échéant, y substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

Toutefois, lorsque la convention collective prévoit une sanction déterminée pour la faute reprochée au salarié dans le cas soumis à l'arbitrage, le tribunal d'arbitrage ne peut que confirmer ou casser la décision de l'employeur, ou, le cas échéant, la modifier pour la rendre conforme à la sanction prévue à la convention collective.

It was common ground that the collective agreement provides no specific penalty for the wrongful act alleged in the case.

Respondent submitted that before intervening and substituting a penalty for that imposed by the employer, the arbitrator should first determine whether the latter was unjust, which he did not do. Respondent based this argument on the fact that, in his conclusion cited above, the arbitrator characterized the dismissal as "too severe a penalty", but did not use the word "unjust". This argument appears to be without basis. The question of whether the arbitrator exceeded his jurisdiction in the context of this arbitral award is not simply a matter of the choice of words. After examining the provisions of the Regulation respecting the ethics and the provisions of the *Labour Code*, the arbitrator wrote: [TRANSLATION] "The question now is whether the penalty imposed was justified in the circumstances." After reviewing the particular circumstances of the case at bar, the arbitrator answered this question by concluding that the dismissal was "too severe a penalty". Additionally, in the following paragraph he wrote: "The penalty ... retains sufficient rigour to serve as an example while doing justice to the complainant ...." These observations appear to be quite sufficent in the context.

Respondent further submitted that the arbitrator could only impose one of the penalties specified in the Regulation respecting the ethics, which the disciplinary committee had the power to impose. Respondent further argued that the committee was correct in considering that the most severe penalty apart from dismissal, namely a sixty-day suspension, was manifestly insufficient. Respondent wrote in its submission:

[TRANSLATION] In intervening as he did the mis en cause arbitrator relied on section 100.13 of the Labour Code, which provides that in a disciplinary matter an arbitrator may "*substitute ... the decision [he] deems fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter*".

In giving the arbitrator this discretion, the legislator used the word "*substitute*" to indicate the extent of his mandate, and the dictionary *Le Robert* "Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française" gives the following definition of this word:

Il est constant que la convention collective ne prévoit pas une sanction déterminée pour la faute reprochée en l'espèce.

L'intimée soumet qu'avant d'intervenir et de substituer une sanction à celle imposée par l'employeur, l'arbitre doit d'abord déterminer que celle-ci est injuste, ce qu'il n'aurait pas fait. L'intimée appuie cette prétention sur le fait que dans sa conclusion précitée l'arbitre qualifie la destitution de «sanction trop sévère», mais n'emploie pas le mot «injuste». Cette prétention me paraît sans fondement. Ce n'est pas par le seul choix des mots que dans le contexte de cette décision arbitrale l'arbitre aura excédé sa compétence. Après s'être instruit des dispositions du Règlement sur la déontologie et des dispositions du *Code du travail*, l'arbitre écrit: «Il faut maintenant nous demander si la sanction prise était justifiée dans les circonstances.» Après avoir passé en revue les circonstances particulières de l'espèce l'arbitre répond à cette question en concluant que la destitution est une «sanction trop sévère». En outre, au paragraphe suivant il écrit: « ... la sanction conserve assez de rigueur pour valoir exemple, tout en rendant justice au plaignant ...» Ces expressions me paraissent bien suffisantes dans le contexte.

D'autre part l'intimée soumet que l'arbitre ne pouvait imposer que l'une des sanctions prévues au Règlement sur la déontologie et que le Comité de discipline avait le pouvoir d'imposer. Du reste, prétend-il, le Comité avait raison de considérer que la sanction la plus sévère, outre le congédiement, savoir une suspension de 60 jours, était manifestement insuffisante. L'intimée écrit dans son mémoire:

Pour intervenir comme il l'a fait, l'arbitre mis-en-cause s'est fondé sur l'article 100.13 du Code du travail qui prévoit qu'en matière disciplinaire un arbitre peut «*substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.*»

En accordant cette discrétion à l'arbitre, le législateur a utilisé le mot «*substituer*» pour désigner l'étendue de son mandat et le dictionnaire *Le Robert* «Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française» nous propose la définition suivante de ce mot:

"SUBSTITUTE—Put (thing or person) in place of another, to carry out the same function."

To begin with, it should be emphasized that while the arbitrator has the power to substitute his decision for that of the employer, the employer must still legally have the right to impose the disciplinary measures which the arbitrator decides to substitute.

Under the actual wording of section 60 of the *Regulation respecting the ethics and discipline of the policemen of the Communauté urbaine de Montréal*, a suspension of thirteen and one-half (13½) months cannot be imposed by the disciplinary committee.

The function of a court of arbitration, under section 100.13 of the Labour Code, is to substitute its decision for that of the employer, but the award which the arbitrator makes must be something which the employer could have done: the employer definitely cannot have more disciplinary power than the employer itself would have had.

I find a complete answer to this argument in the following passage from the reasons of the Superior Court judge, which I adopt:

[TRANSLATION] This Regulation is not part of the collective agreement, and the arbitrator could only have exceeded his jurisdiction if the collective agreement referred to this Regulation or adopted it.

As a matter of fact, the purpose of this Regulation *inter alia* was to indicate the boundaries of the jurisdiction of persons required to impose disciplinary measures on behalf of an employer. Thus, the penalties provided in section 60 of the Regulation apply only to the disciplinary committee. In the absence of any specific provision to this effect, however, such as the second paragraph of section 100.13 of the Labour Code, the jurisdiction of the arbitrator cannot be limited.

As a matter of fact, the arbitrator in the case at bar exercised the jurisdiction conferred on him by the Act without being limited by it or by the agreement. In the exercise of this jurisdiction, which differs from that of the disciplinary committee acting on behalf of the employer, he could substitute the decision which he deemed fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter. This was the intent of the legislator and of the parties, which made no agreement to the contrary though they were entirely free to do so.

Thus, though the disciplinary committee could not impose a disciplinary suspension without pay for over sixty (60) working days without going on to dismissal,

«SUBSTITUER—Mettre (une chose, une personne) à la place d'une autre, pour lui faire jouer le même rôle».

Dans un premier temps, soulignons que si l'arbitre a le pouvoir de substituer sa décision à celle de l'employeur, faut-il encore que l'employeur ait le droit légalement d'imposer les mesures disciplinaires que l'arbitre décide de substituer.

Or, aux termes mêmes de l'article 60 du *Règlement sur la déontologie et la discipline des policiers de la Communauté urbaine de Montréal*, une suspension de treize mois et demi (13½ mois) ne peut être imposée par le Comité de discipline.

Le rôle du tribunal d'arbitrage, en vertu de l'article 100.13 du Code du travail, est de substituer sa décision à celle de l'employeur, mais encore faut-il que la décision que l'arbitre rende soit susceptible d'être rendue par l'employeur: l'arbitre ne saurait avoir plus de pouvoirs disciplinaires que n'en possède l'employeur lui-même.

Je trouve une réponse complète à cet argument dans le passage suivant des motifs du juge de la Cour supérieure que je fais mien:

Ce règlement ne fait pas partie de la convention collective et ce n'est que si la convention collective y référait ou reprenait ce règlement qu'alors possiblement l'arbitre pourrait avoir excédé sa juridiction.

Comme question de fait, ce règlement a entre autres pour but de délimiter la juridiction de ceux appelés à exercer des mesures disciplinaires pour le compte de l'employeur. Ainsi les sanctions prévues à l'article 60 de ce règlement ne visent que le Comité de discipline. Mais à moins d'une provision spécifique à cet effet tel l'alinéa 2 de l'article 100.13 du Code du travail, la juridiction de l'arbitre ne saurait être limitée.

Comme question de fait, l'arbitre dans l'espèce a exercé la juridiction que lui confère la Loi sans être limitée par celle-ci ou par la convention. Dans l'exercice de cette juridiction qui diffère de celle du Comité de discipline agissant pour le compte de l'employeur, il pouvait quant à lui, substituer la décision qui lui paraissait juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Tel l'a voulu le Législateur ainsi que les parties qui n'ont pas convenu autrement alors qu'elles avaient toute liberté pour ce faire.

Ainsi et même si le Comité de discipline ne pouvait pas imposer une suspension disciplinaire sans traitement pour une période de plus de soixante (60) jours ouvra-

and though the fact that the arbitrator imposed a suspension without compensation for thirteen (13) and one-half (½) months may give the impression of upholding the disciplinary committee, which since it could not impose such a penalty had no choice but to go on to dismissal, the fact remains that the arbitrator's jurisdiction differs from that of the disciplinary committee in that the Act, and the parties by their collective agreement, intended that the arbitrator should be able to substitute for the employer's decision the decision which he deemed fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter.

It is also necessary to consider the effect of the then applicable privative clause contained in s. 139 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27:

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.

In *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, Dickson J., as he then was, wrote at pp. 781-82:

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.

Take the present case. The appellant misconducted himself. The external tribunal to which the matter was referred considered that he should be disciplined, but only to the extent of a suspension. If the exercise of adjudicative authority does not permit remedial action by making the punishment fit the offence, then the decision of the adjudicator becomes largely a hollow pronouncement, signifying nothing. Either the grievance is allowed, in which case the appellant goes unpunished, a result which would seem wrong in the circumstances; or the appellant is discharged from employment, a result which, in the opinion of the adjudicator, for the mitigating reasons given by him, would result in injustice to the employee. In either case, the purpose of the adjudicative process in the administration of the collective agreement

bles sans aller à la destitution, et même si le fait pour l'arbitre d'imposer une suspension sans indemnité de treize (13) mois et demi (½) peut donner l'impression de donner raison au Comité de discipline qui ne pouvant imposer une telle sanction n'avait d'autre choix que d'aller à la destitution, il n'en demeure pas moins que la juridiction de l'arbitre diffère de celle du Comité de discipline en ce que la Loi et les parties par leur convention collective veulent que l'arbitre puisse substituer à la décision de l'employeur la décision qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

En outre il ne faut pas négliger l'effet de la clause privative d'alors que l'on retrouvait à l'art. 139 du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27:

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.

Dans *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, le juge Dickson, maintenant juge en chef, écrit aux pp. 781 et 782:

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.

Prenons le présent cas. L'appelant s'est mal conduit. Un arbitre saisi de la question a considéré qu'une sanction disciplinaire s'imposait mais qu'une suspension suffisait. Si l'exercice du pouvoir d'arbitre ne permet pas de corriger la situation en ajustant la sanction à l'infraction, la sentence arbitrale se réduit alors à une décision presque dénuée de sens. Ou le grief est accueilli, dans quel cas l'appelant ne sera pas puni, un résultat qui semble injuste dans les circonstances, ou l'appelant est congédié, un résultat qui, selon l'arbitre, compte tenu des circonstances atténuantes qu'il a retenues, est injuste à l'égard de l'employé. Dans l'un et l'autre cas, le but de la procédure d'arbitrage aux fins de l'application de la convention collective ne sera pas atteint. Les relations entre l'employeur et le syndicat seront encore plus ten-

would be defeated. Relations between employer and union would become further exacerbated. If the process is to make any sense, a right to modify the severity of the discipline by imposing a lesser penalty must surely inhere in the exercise of adjudicative authority: see *Re Polymer Corporation and Oil, Chemical, and Atomic Workers International Union, Local 16-14*, [1962] S.C.R. 338 (*Sub nom Imbleau v. Laskin*).

dues. Pour que cette procédure ait un sens, le droit de modifier la sévérité de la mesure disciplinaire par l'imposition d'une peine moindre doit certainement être inhérent à l'exercice du pouvoir d'arbitre: voir *Re Polymer Corporation and Oil, Chemical, and Atomic Workers International Union, Local 16-14*, [1962] R.C.S. 338 (sous l'intitulé *Imbleau c. Laskin*).

It is only where the decision of the arbitrator constitutes an abuse of power amounting to fraud and capable of producing a flagrant injustice that the courts may intervene in a case such as the one at bar.

Ce n'est que dans le cas où la décision de l'arbitre constitue un abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante qu'il y a lieu à intervention judiciaire dans une affaire telle la présente.

In *Syndicat des professeurs du CEGEP Vieux-Montréal v. CEGEP Vieux-Montréal*, [1977] 2 S.C.R. 568, Pigeon J. wrote at p. 572:

Dans *Syndicat des professeurs du CEGEP Vieux-Montréal c. CEGEP Vieux-Montréal*, [1977] 2 R.C.S. 568, le juge Pigeon écrit à la p. 572:

This Court recently applied this rule in *Air-Care Ltd. v. The United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2. However, it is the duty of an arbitration board to interpret and apply the provisions of the agreement. A court may interfere with such interpretation and application only if they are an abuse of authority within the meaning of art. 846 *C.C.P.*

Nous avons récemment appliqué cette règle dans *Air-Care Ltd. c. The United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2. Il n'en reste pas moins qu'il appartient au tribunal d'arbitrage d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la convention. Les tribunaux ne peuvent intervenir à l'encontre de cette interprétation et de cette application que si elle constitue un abus de pouvoir au sens de l'art. 846 *C.p.c.*

More recently, on November 22, 1984, long after the judgment of the Court of Appeal in the case at bar, which was rendered on February 9, 1983, this Court decided the case of *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, which in my opinion is conclusive.

Plus récemment, soit le 22 novembre 1984, donc longtemps après l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce rendu le 9 février 1983, cette Cour a prononcé l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, lequel, à mon avis, est déterminant.

That case concerned the very situation of dismissal of an employee, on the alleged ground that he had accepted favours from customers of the business, consisting of paid trips abroad. The employee's complaint of unjust dismissal was based on s. 124 of *An Act respecting Labour Standards*, R.S.Q., c. N-1.1. Section 128 of that Act provides:

Dans cette affaire, il s'agissait précisément du congédiement d'un employé au motif allégué qu'il avait accepté de clients de l'entreprise des faveurs consistant en des séjours payés à l'étranger. La plainte de l'employé pour congédiement injustifié était fondée sur l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1. L'article 128 de cette Loi porte:

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;

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.

The arbitrator directed the employer to rehire the employee and substituted for the dismissal a four-month suspension without pay. This Court reversed the judgment of the Court of Appeal, which had authorized that a writ of evocation be issued, and restored the judgment of the Superior Court which had denied it. In the course of his reasons Beetz J., after citing art. 846 *C.C.P.*, wrote at pp. 480-81:

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 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.

Respondent sought to make a distinction based essentially on the point disposed of above, namely that the disciplinary committee was limited to certain well-defined penalties and that the arbitrator did not have the power to substitute for them a penalty which the disciplinary committee had no power to impose.

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.

L'arbitre ordonna à l'employeur de réengager l'employé et substitua au congédiement une suspension sans paye de quatre mois. Cette Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait autorisé l'émission d'un bref d'évocation et a rétabli le jugement de la Cour supérieure qui l'avait refusée. Dans le cours de ses motifs, après avoir cité l'art. 846 *C.p.c.*, le juge Beetz écrit aux pp. 480 et 481:

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 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.

L'intimée a cherché à faire une distinction fondée essentiellement sur le moyen dont il a été disposé plus haut, à savoir que le Comité de discipline était limité à certaines sanctions bien définies et que l'arbitre n'aurait pas le pouvoir d'y substituer une sanction que le Comité de discipline n'a pas le pouvoir d'imposer.

I consider that the rules stated in *Control Data*, *supra*, apply equally to the case at bar, and that it has not been shown "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".

Of course no one disputes this passage from the arbitral award, cited by respondent in its submission:

[TRANSLATION] Clearly, a police force is right to require exemplary rectitute and honesty from its members, since society relies on its police to ensure compliance with the law.

However, that is not what the Court has to decide.

Instead, the Court must determine, in accordance with the rules stated in *Control Data*, *supra*, whether the arbitrator exceeded his jurisdiction. In my opinion he did not do so.

I mentioned above that, under the Regulation respecting the ethics, the fact that a police officer has been found guilty of a criminal offence does not necessarily entail dismissal. Reference should also be made in part to s. 3 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13:

Qualifications. 3. To become a Police Force cadet, a member of the Police Force or a municipal cadet or policeman, a person must

(*a*) be a Canadian citizen;

(*b*) be of good moral character;

(*c*) never have been found guilty or pleaded guilty of an offence under the Criminal Code upon prosecution by way of indictment, or have pleaded guilty upon an information for an offence under the Criminal Code which, according to the information, should be prosecuted by way of indictment;

It appears from this section that a person convicted of an offence who is prosecuted by a sum-

Je suis d'avis que les principes énoncés dans *Control Data*, précité, s'appliquent tout à fait à l'espèce et qu'il n'a pas été démontré «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».

Bien sûr personne ne conteste ce passage de la décision arbitrale reproduit par l'intimée dans son mémoire:

Evidemment, un Service de Police est fondé à exiger de ses membres une droiture et une honnêteté exemplaires, puisque la société s'en remet à ses policiers pour veiller au respect des lois.

Mais ce n'est pas ce sur quoi la Cour est appelée à se prononcer.

Plutôt la Cour a à déterminer, selon les principes exposés dans *Control Data*, précité, si l'arbitre a excédé sa compétence. À mon avis il ne l'a pas fait.

J'ai fait observer plus haut que suivant le Règlement sur la déontologie, le fait pour un policier d'être déclaré coupable d'un acte criminel n'emporte pas nécessairement un congédiement. Il convient aussi de citer en partie l'art. 3 de la *Loi de police*, L.R.Q., chap. P-13:

Qualités requises. 3. Une personne doit, pour devenir cadet ou membre de la Sûreté ou cadet ou policier municipal

a) être de citoyenneté canadienne;

b) être de bonnes mœurs;

c) n'avoir jamais été déclarée coupable ni s'être avouée coupable d'une infraction au Code criminel sur une poursuite intentée au moyen d'un acte d'accusation, ni s'être avouée coupable à la suite d'une dénonciation pour une infraction au Code criminel qui, selon la dénonciation, devait être poursuivie au moyen d'un acte d'accusation;

Il ressort de cet article qu'une personne déclarée coupable d'une infraction poursuivie sur déclara-

mary proceeding, as is the case here, as opposed to a person convicted by a prosecution on indictment, is not necessarily barred from being a member of the Police Force. This does not mean that the conduct of the police officer in question is to be excused, but that it does not necessarily have the effect of barring him from such work and that there may be scope for a penalty less than dismissal. That is what the arbitrator had to decide.

For these reasons, I would allow the appeal with costs, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court denying leave to issue a writ of evocation.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Mario Létourneau, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lavery, O'Brien, Montréal.

tion sommaire de culpabilité, comme c'est le cas en l'espèce, par opposition à une personne déclarée coupable sur une poursuite intentée au moyen d'un acte d'accusation, ne se verrait pas nécessairement fermer l'accès à la fonction policière. Il ne s'agit pas d'excuser la conduite du policier en cause mais de constater qu'elle n'entraîne pas nécessairement qu'il soit exclu de cette fonction et qu'il peut y avoir place pour une sanction moindre que le congédiement. C'est ce que l'arbitre avait, lui, à décider.

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure refusant l'autorisation d'émettre un bref d'évocation.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Mario Létourneau, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Lavery, O'Brien, Montréal.

Vera Donkin, Executrix of the Estate of the late Elizabeth Bugoy *Appellant*;

and

Leslie Aloysius Bugoy *Respondent.*

File No.: 17269.

*1983: November 29.

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

**Re-hearing: 1985: June 27; 1985: September 19.

**Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Matrimonial law — Distribution of matrimonial assets on divorce — Principle of equal division — Effect of death of spouse on distribution — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 30(1), 36, 43.

Respondent husband and his late wife were married in 1951 and gradually, during their marriage, acquired a section of land and associated assets. This was accomplished in part through the assistance of the husband's family, who made loans the husband was allowed to "work off", and of the wife's family, who contributed money and cattle. Their son helped with the farm work and was allegedly promised a half-section of land by his parents at a future date if he continued to work their land. In 1979 the husband petitioned for divorce and the wife for an order under *The Married Persons' Property Act* (continued under *The Matrimonial Property Act*) for a division of matrimonial assets. The wife, who had disinherited her husband and son, died before her application was heard and her personal representative carried on with the application. The trial judge ordered that the matrimonial home remain vested in the husband, and that all but $10,000 of the remaining matrimonial assets be distributed to him as well. The Court of Appeal upheld that decision. The main issue before this Court was whether or not the death of a spouse and the contents of the will of that spouse are factors which a trial judge can consider in making an unequal distribution of matrimonial property under *The Matrimonial Property Act*.

Vera Donkin, exécutrice testamentaire de la succession de feu Elizabeth Bugoy *Appelante*;

et

Leslie Aloysius Bugoy *Intimé.*

N° du greffe: 17269.

*1983: 29 novembre.

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

**Nouvelle audition: 1985: 27 juin; 1985: 19 septembre.

**Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit matrimonial — Partage des biens du mariage à l'occasion d'un divorce — Principe du partage égal — Effet du décès d'un conjoint sur le partage — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 30(1), 36, 43.

L'époux intimé et feu son épouse se sont mariés en 1951 et, petit à petit, au cours de leur mariage, ils ont acquis une section de terre et des biens s'y rattachant. Ils y sont arrivés en partie avec l'aide de la famille de l'époux qui lui a consenti des prêts et lui a permis de les rembourser sous forme de services, et en partie avec l'aide de la famille de l'épouse qui a fourni de l'argent et du bétail. Leur fils a participé aux travaux de la ferme et aurait reçu la promesse que ses parents lui céderaient une demi-section de terre à une certaine date s'il continuait à exploiter leur terre. En 1979 l'époux a présenté une requête en divorce et l'épouse a demandé, en vertu de *The Married Persons' Property Act* (maintenue en vertu de *The Matrimonial Property Act*) une ordonnance visant à obtenir le partage des biens du mariage. L'épouse, qui avait déshérité son époux et son fils, est décédée avant l'audition de sa demande et sa représentante successorale a repris la demande. Le juge de première instance a ordonné que l'époux conserve la propriété du foyer conjugal et que le reste des biens du mariage, à l'exception de 10 000 $, lui soit également remis. La Cour d'appel a confirmé cette décision. La question principale devant cette Cour est de savoir si le décès d'un conjoint et le contenu du testament de ce conjoint sont des facteurs dont un juge de première instance peut tenir compte afin d'effectuer un partage inégal des biens du mariage en vertu de *The Matrimonial Property Act*.

Held (McIntyre, Lamer and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard, Le Dain and La Forest JJ.: The death of a spouse or the content of that spouse's will is not a factor to be considered in setting aside the presumption of equal distribution in an application under *The Matrimonial Property Act* (*MPA*). By virtue of ss. 36 and 30(1), while an estate may not commence an action under the *MPA* where none was brought by a deceased spouse, spousal rights under the *MPA* are continued if the application was brought prior to death. To consider the death or the will of the applicant would render the estate's power to carry on the application meaningless. The position of the personal representative of the deceased spouse is the same as if the application had been processed during the lifetime of that spouse.

None of the statutory considerations relevant to disturbing the presumption of equal distribution with respect to matrimonial property was applicable. Contributions by the families of the spouses could be considered under s. 21(2)(*e*), but were not sufficient to justify departure from normal distribution. Work done by the son was irrelevant as it enured to the benefit of both spouses. Tax considerations, provided for in s. 21(2)(*j*) had little or no bearing for an appreciable capital gain was not a certainty and in any event would be borne by both parties. Section 21(2)(*n*), allowing consideration of interests of third parties, was irrelevant here for an interest in the land, if any, created by the son's alleged agreement with the parents cut against the interests of both parents. Section 40 was likewise irrelevant for the only agreement on the record was the alleged tripartite agreement between the spouses and the son. The right of the court to have regard to "any benefit received or receivable by the surviving spouse as a result of the death of his spouse", permitted by s. 21(2)(*l*), was irrelevant here because the will created no benefit for the husband and no action was taken to set it aside.

There was no "extraordinary circumstance", on these facts, to justify unequal distribution of the matrimonial home. Sections 30(1) and 36, read in relation to s. 22(1)(*a*), lead to the conclusion that the death of the wife or the contents of her will was not an extraordinary circumstance. If such were not the case, then the right given to a deceased spouse by s. 30 would have been made subject to her good behaviour in making her will.

To consider the death or will of an applicant would be to make the *MPA* perform the function of *The Depend-*

Arrêt (les juges McIntyre, Lamer et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Chouinard, Le Dain et La Forest: Le décès d'un conjoint ou le contenu du testament de ce conjoint ne constitue pas un facteur à considérer pour écarter la présomption de partage égal dans une demande fondée sur *The Matrimonial Property Act* (*MPA*). En vertu de l'art. 36 et du par. 30(1), bien qu'une succession ne puisse intenter une action en vertu de la *MPA* lorsque le conjoint décédé n'en a pas intenté, les droits du conjoint en vertu de la *MPA* subsistent si la demande a été présentée avant le décès. Tenir compte du décès ou du testament du requérant rendrait vide de sens le pouvoir de la succession de reprendre la demande. La situation du représentant successoral du conjoint décédé est la même que si la demande avait été entendue du vivant de ce conjoint.

Aucune des considérations légales qui permettent d'écarter la présomption de partage égal de biens du mariage n'est applicable. On peut tenir compte des contributions des familles des époux en vertu de l'al. 21(2)*e*), mais elles ne sont pas suffisantes pour justifier qu'on s'écarte du partage normal. Le travail accompli par le fils n'est pas pertinent parce qu'il s'applique aux deux conjoints. Les considérations d'ordre fiscal, prévues à l'al. 21(2)*j*) ont peu ou pas d'importance car il n'est pas certain qu'il y ait un gain de capital appréciable et, s'il y en a un, il serait supporté par les deux parties. L'alinéa 21(2)*n*), qui permet de tenir compte des droits des tiers, n'est pas pertinent en l'espèce car un droit dans le bien-fonds, s'il existe, créé par l'entente qui serait intervenue entre le fils et les parents grève les droits des deux parents. L'article 40 n'est pas pertinent non plus car, d'après le dossier, le seul contrat existant est l'accord tripartite qui serait intervenu entre les époux et le fils. Le droit du tribunal de tenir compte d'«un avantage reçu ou recevable par le conjoint survivant par suite du décès de son conjoint», accordé par l'al. 21(2)*l*) n'est pas pertinent en l'espèce parce que le testament ne lègue rien à l'époux et aucune action en annulation n'a été intentée.

Les faits ne révèlent «aucune circonstance extraordinaire» qui justifierait un partage inégal du foyer conjugal. Le paragraphe 30(1) et l'art. 36, rapprochés de l'al. 22(1)*a*), amènent à conclure que le décès de l'épouse ou le contenu de son testament ne constitue pas une circonstance extraordinaire. Si ce n'était pas le cas, le droit conféré au conjoint décédé par l'art. 30 serait assujetti à une bonne conduite de la part du conjoint testateur.

Tenir compte du décès ou du testament d'un requérant reviendrait à faire jouer à la *MPA* le rôle de *The*

ants' Relief Act, an attack on the will in the probate process, or a common law action in contract or restitution.

The result was properly reviewable by the Court where the discretion granted by ss. 21 and 22 had been exercised under a misapprehension of the statute given the fact that the death of the spouse and the content of her will were irrelevant and erroneous considerations.

Per McIntyre, Lamer and Wilson JJ. (*dissenting*): The death and will of a spouse could properly be taken into consideration in distributing property under *The Matrimonial Property Act*. The Act's purpose and overall scheme was to benefit the spouses personally, and not their estates, and to ensure that the parties to the marriage shared the property acquired through their mutual efforts. Whether or not the share of a deceased spouse was reduced depended on the circumstances of each case. In these circumstances, the assets were properly divided at trial for the will would have diverted a large part of the matrimonial property to strangers and the distribution of the deceased's estate would make the completion of the arrangement between the parents and their son difficult, if not impossible, without causing extreme hardship to the survivor.

A spouse's death and will could be considered without making the statutory reference to *The Dependants' Relief Act* in *The Matrimonial Property Act* redundant, notwithstanding the right of a surviving spouse to seek relief under *The Dependants' Relief Act*. In addition the right to testamentary disposition was not infringed by any consideration of the deceased spouse's will because the will continued to be effective with respect both to the property not subject to the Act and to that fixed by the order of distribution. A spouse's interest in any specific matrimonial asset, before the making of the order, was incohate and therefore not subject to a power of testamentary disposition.

Cases Cited

By the majority

Re Levy (1981), 25 R.F.L. (2d) 149; *Howorko v. Howorko* (1980), 20 R.F.L. (2d) 43; *Seaberly v. Seaberly* (1985), 37 Sask. R. 219; *Farr v. Farr*, [1984] 1 S.C.R. 252; *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2, referred to.

Dependants' Relief Act, une contestation du testament ou une action de *common law* fondée sur le contrat ou la restitution.

La Cour peut à bon droit réviser la conclusion. Le pouvoir discrétionnaire qu'accordent les art. 21 et 22 a été exercé par suite d'une mauvaise interprétation de la Loi étant donné que le décès de l'épouse et le contenu de son testament ne sont pas pertinents et sont des considérations erronées.

Les juges McIntyre, Lamer et Wilson (*dissidents*): On peut à bon droit tenir compte du décès et du testament d'un conjoint aux fins du partage des biens du mariage en vertu de *The Matrimonial Property Act*. L'objet et l'esprit général de la Loi visent à avantager les conjoints personnellement, et non leurs héritiers, et à faire en sorte que les parties au mariage partagent les biens qu'ils ont acquis grâce à leurs efforts communs. L'opportunité de réduire la part d'un conjoint dépend des circonstances de chaque cas. En l'espèce, les biens ont été correctement partagés en première instance car le testament aurait attribué une partie importante des biens du mariage à des étrangers et l'attribution des biens de la défunte aurait rendu difficile, sinon impossible, l'exécution de l'accord intervenu entre les parents et le fils sans que le survivant ne subisse un préjudice grave.

Le décès et le testament d'un conjoint peuvent être pris en considération sans que le renvoi à *The Dependants' Relief Act* dans *The Matrimonial Property Act* ne soit rendu inutile, nonobstant le droit du conjoint survivant de solliciter un redressement sous le régime de *The Dependants' Relief Act*. En outre, le droit de disposer par testament n'est pas entravé du fait qu'on a pris en considération le testament du conjoint décédé, parce que ce testament continuera de s'appliquer à la fois aux biens qui ne font pas l'objet des dispositions de la Loi et aux biens déterminés par l'ordonnance de partage. Le droit d'un conjoint dans un bien précis du mariage, avant l'ordonnance de partage, est incomplet et n'est donc pas assujetti au pouvoir de disposer par testament.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Re Levy (1981), 25 R.F.L. (2d) 149; *Howorko v. Howorko* (1980), 20 R.F.L. (2d) 43; *Seaberly v. Seaberly* (1985), 37 Sask. R. 219; *Farr c. Farr*, [1984] 1 R.C.S. 252; *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2.

By the minority

Re Spencer; Spencer v. Spencer (1983), 34 R.F.L. (2d) 358; *Van Meter Estate v. Van Meter* (1983), 25 Sask. R. 109; *Troendle v. Canada Permanent Trust Co.* (1981), 11 Sask. R. 47; *Maroukis v. Maroukis*, [1984] 2 S.C.R. 137, affirming (1981), 125 D.L.R. (3d) 718.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code, arts. 480 to 517.
Dependants' Relief Act, R.S.S. 1978, c. D-25.
Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152.
Family Relations Act, 1972 (B.C.), c. 20.
Intestate Succession Act, R.S.S. 1978, c. I-13.
Married Persons' Property Act, R.S.S. 1978, c. M-6 and (Supp.), c. 43.
Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 30(1), (3), 31, 36, 37, 40, 43, 50.
Matrimonial Property Act, 1980 (N.S.), c. 9.
Wills Act, R.S.S. 1978, c. W-14.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [1981] 4 W.W.R. 136, dismissing an appeal from a judgment of Cameron J. Appeal allowed, McIntyre, Lamer and Wilson JJ. dissenting.

Richard L. Finlay and *F. Zinkhan*, for the appellant.

Randy Kachur, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

ESTEY J.—In my view, with all respect to those who reach and have reached other conclusions, the results below reflect a misapprehension of the principal statute as well as the relationship between that statute and other laws of the Province of Saskatchewan.

We are, for the most part, concerned with *The Matrimonial Property Act*, 1979 (Sask.), c. M-6.1, hereinafter referred to as the *MPA*. The *MPA* deals in the main with the relationship between partners to a marriage, particularly the property held by the spouses during and after the termination of that marriage. It leaves undisturbed the probate laws of the Province, *The Intestate Succession Act*, *The Dependants' Relief Act*, *The Wills Act*, and other statutes dealing with the

Citée par la minorité

Re Spencer; Spencer v. Spencer (1983), 34 R.F.L. (2d) 358; *Van Meter Estate v. Van Meter* (1983), 25 Sask. R. 109; *Troendle v. Canada Permanent Trust Co.* (1981), 11 Sask. R. 47; *Maroukis c. Maroukis*, [1984] 2 R.C.S. 137, confirmant (1981), 125 D.L.R. (3d) 718.

Lois et règlements cités

Code civil, art. 480 à 517.
Dependants' Relief Act, R.S.S. 1978, chap. D-25.
Family Relations Act, 1972 (C.-B.), chap. 20.
Intestate Succession Act, R.S.S. 1978, c. I-13.
Loi portant réforme du droit de la famille, S.R.O. 1980, chap. 152.
Married Persons' Property Act, R.S.S. 1978, chap. M-6 et (Supp.), chap. 43.
Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 30(1), (3), 31, 36, 37, 40, 43, 50.
Matrimonial Property Act, 1980 (N.-É.), chap. 9.
Wills Act, R.S.S. 1978, chap. W-14.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1981] 4 W.W.R. 136, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Cameron. Pourvoi accueilli, les juges McIntyre, Lamer et Wilson sont dissidents.

Richard L. Finlay et *F. Zinkhan*, pour l'appelante.

Randy Kachur, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, Chouinard, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE ESTEY—À mon avis, avec égards pour ceux qui sont arrivés à d'autres conclusions, les solutions des cours d'instance inférieure reflètent une conception erronée de la principale loi en cause et du rapport entre elle et d'autres lois de la province de la Saskatchewan.

C'est surtout *The Matrimonial Property Act*, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, ci-après appelée la MPA, qui nous intéresse en l'espèce. La *MPA* régit d'abord et avant tout les rapports entre les époux, en particulier, les biens des conjoints au cours du mariage et après sa dissolution. Cette loi ne change rien à la législation successorale de la province, savoir *The Intestate Succession Act*, *The Dependants' Relief Act*, *The Wills Act*, ni aux autres lois qui traitent de l'aliénation de biens. À

disposition of property. Unlike comparable legislation in some of the provinces, either spouse may seek a division of the property of the family during the marriage without any allegation of marriage break-down or proceedings with reference thereto of any kind. All such property distributions are conducted by the court under the broad principles enunciated so clearly in the *MPA*, as for example in s. 20:

20. The purpose of this Act, and in particular of this Part [Distribution of Matrimonial Property], is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint and mutual responsibilities of spouses and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities that entitles each spouse to an equal distribution of the matrimonial property, subject to the exceptions, exemptions and equitable considerations mentioned in this Act.

The sequence of significant events in the history of this family is as follows:

Feb. 5, 1951:	Date of marriage; wife then 17, husband 21.
1979:	Husband petitioned for divorce.
Dec. 12, 1979:	Wife applies under the *MPA* for distribution of the matrimonial property.
Mar. 26, 1980:	New will of wife disinherits husband and only child (son).
Aug. 15, 1980:	Wife dies before divorce petition or the application under *MPA* are heard.

At the death of the wife, therefore, the marriage subsisted, there had been no distribution of matrimonial property, and the wife had left a will (not under challenge) in which no provision is made for husband or son. In due course the will was probated and the executor, as the personal representative of the deceased wife, continued the application for distribution of matrimonial prop-

la différence des lois comparables d'autres provinces en ce domaine, l'un ou l'autre des conjoints peut demander le partage des biens de la famille au cours du mariage, sans alléguer aucun échec du mariage ni engager une instance quelconque à ce sujet. Tous ces partages de biens se font sous la direction du tribunal, selon les principes généraux qu'énonce très clairement la *MPA*, par exemple dans son art. 20:

[TRADUCTION] **20.** Le but de la présente loi et en particulier de la présente Partie [Partage des biens du mariage] est de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières et que les responsabilités communes des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, sont inhérentes au lien conjugal et permettent à chacun d'eux d'obtenir le partage égal des biens du mariage, sous réserve des exceptions, exemptions et considérations d'équité mentionnées dans la présente loi.

Voici les événements importants qui ont marqué l'histoire de cette famille:

5 févr. 1951:	Date du mariage; l'épouse et l'époux étaient alors âgés respectivement de 17 et de 21 ans.
1979:	Le mari introduit une requête en divorce.
12 déc. 1979:	L'épouse demande le partage des biens du mariage en vertu de la *MPA*.
26 mars 1980:	Nouveau testament de l'épouse qui déshérite son mari et son fils unique.
15 août 1980:	Décès de l'épouse avant que la requête en divorce ou la demande fondée sur la *MPA* aient été entendues.

Au décès de l'épouse donc, le mariage subsistait, il n'y avait pas eu partage des biens du mariage et l'épouse avait laissé un testament (non contesté) dans lequel aucun legs n'était fait ni au mari ni au fils. Le testament fut dûment vérifié et l'exécutrice, à titre de représentante successorale de la défunte, reprit la demande en partage des biens du mariage. Le paragraphe 30(1) de la *MPA* autorise

erty. This proceeding is authorized by s. 30(1) of the *MPA*. Cameron J., in a judgment now reported at [1981] 4 W.W.R. 136, made the distribution of the matrimonial property as follows:

(a) The family home (registered in the husband's name) was allocated to the husband, the court ordering that "the entire value be vested in him";

(b) The other matrimonial property was distributed as to $10,000 to the wife's estate and as to $122,000 (all the remainder) to the husband.

The actual order reads: "The remainder of the matrimonial property and its value shall be vested in the respondent and shall not be distributed". The court concluded: "Costs may be spoken to". No order appears in the record to indicate the disposition of costs before the judge at first instance. In argument both parties referred to the results before Cameron J. in general terms as ninety-five per cent of the matrimonial property to the husband and five per cent to the wife. The Court of Appeal, without reasons, dismissed the appeal of the personal representative of the wife and dismissed a cross-appeal by the husband, both without costs. We are here concerned only with the appeal by the personal representative of the wife from the dismissal of her appeal below.

While the learned trial judge purported to exercise his discretion under the *MPA* in the distribution of the matrimonial property according to certain specified provisions in the statute, I share, with respect, the conclusion of my colleague McIntyre J. that the departure by the court from an equal division (the statutory norm) of these assets was based largely upon the judge's finding that the wife's death and the provisions of her will made an equal distribution of the family property "unfair and inequitable". The issue confronting this Court therefore resolves itself to this: is the death of a spouse or the content of the will of that spouse a "relevant fact or circumstance" and/or an "extraordinary circumstance" which may be taken into account under ss. 21 and 22 respectively of the *MPA*, when determining whether it would be

cette procédure. Le juge Cameron, dans un jugement maintenant publié à [1981] 4 W.W.R. 136, a effectué le partage des biens du mariage comme suit:

a) le foyer conjugal (enregistré au nom du mari) a été alloué au mari, la cour ordonnant [TRADUCTION] «Quant à sa valeur, je la lui accorde en entier»;

b) quant au partage des autres biens du mariage, 10 000 $ ont été alloués à la succession de l'épouse et 122 000 $ (le reste) au mari.

Voici le texte de l'ordonnance: [TRADUCTION] «Le reliquat des biens du mariage et leur valeur sont accordés à l'intimé, sans partage». La cour conclut: [TRADUCTION] «On pourra se faire entendre au sujet des dépens». Il n'y a au dossier aucune ordonnance d'adjudication des dépens par le juge de première instance. Au cours des débats, les parties ont parlé du partage effectué par le juge Cameron en termes généraux, comme ayant accordé 95 pour 100 des biens du mariage au mari et 5 pour 100 à l'épouse. La Cour d'appel, sans donner de motifs, a rejeté l'appel formé par la représentante successorale de l'épouse ainsi que l'appel incident du mari, sans accorder de dépens. Nous ne sommes saisis ici que du pourvoi interjeté par la représentante successorale de l'épouse contre le rejet de son appel par la Cour d'appel.

Quoique, le savant juge de première instance ait apparemment exercé le pouvoir discrétionnaire qu'il a en vertu de la *MPA*, de partager les biens du mariage conformément à certaines dispositions précises de la Loi, avec égards, je partage l'avis de mon collègue le juge McIntyre qui conclut que, si le tribunal s'est écarté d'un partage égal (la norme légale) des biens, c'est principalement parce qu'il avait constaté que le décès de l'épouse et les stipulations de son testament rendaient un partage égal du patrimoine familial [TRADUCTION] «injuste et inéquitable». La question dont est saisie la Cour revient donc à ceci: le décès d'un conjoint ou le contenu du testament de ce conjoint constituent-ils un [TRADUCTION] «fait ou [une] circonstance pertinent[e]» ou une [TRADUCTION] «circonstance extraordinaire» dont on peut tenir compte confor-

"unfair and inequitable to make an equal distribution of [the] matrimonial property".

The *MPA* is, as we have seen in s. 20, premised on the joint contribution of spouses in the marital relationship entitling each spouse to an equal distribution of matrimonial property. Much is made by the respondent of the fact that more of the farm land came into the family from contributions of land and money from the husband's relatives than from the wife's family. In each case, when land was made available from the husband's family, the husband was allowed "to work off" much of the agreed consideration by assisting the transferor in farming operations on the farm of the father of the husband. There is no question but that the industry and skill of the husband in these farm operations were a great contribution to the success of this family in assembling a section of land with associated farm equipment and livestock and two residences. On the other hand, the record reveals a considerable contribution to this family undertaking by the deceased wife both on the farm and by driving a school bus. The wife's family also assisted in the early days of the marriage. Their son likewise, from his very early years, worked on the family farm. The learned trial judge recited the wife's contributions and rejected any attempt at denigrating the importance of those contributions. The Saskatchewan statute effectively puts an end to what was for so long in matrimonial litigation a wasteful and hopeless process of assessment of spousal contributions. There is nothing in the record to support a departure from the format established in s. 20, *supra*, that "inherent in the marital relationship ... is [a] joint contribution ... by the spouses".

We turn then to the provisions of the *MPA* which bear upon the claims by the wife's estate to this matrimonial property. Section 36 of the *MPA* states that "the rights conferred on a person under this Act do not survive the death of that person for the benefit of his estate". However, that section is prefaced "but subject to sections ... 30(1)". Subsection 30(1) is the provision which gives the court the power to make an order for the division of matrimonial property. Section 30(1) is in turn prefaced by "subject to sections ... 21 and 22" which are the provisions which allow the court to decide whether it would be "unfair or inequitable" to make an equal division of matrimonial property. Section 21 is the provision which allows the court to make an unequal division of property where one spouse has dissipated property. Section 22 allows the court to make an unequal division of property where one spouse has incurred debts for non-matrimonial purposes. Neither of these sections is relevant to the present case.

mément aux art. 21 et 22 respectivement de la *MPA*, lorsqu'il s'agit de décider s'il serait [TRADUCTION] «injuste et inéquitable de procéder à un partage égal des biens du mariage».

La *MPA*, comme l'indique son art. 20, a pour prémisse la contribution commune des conjoints à l'association matrimoniale, laquelle donne droit à chacun à une part égale des biens du mariage. L'intimé fait grand cas du fait qu'une plus grande partie des terres agricoles est entrée dans la famille en raison des contributions foncières et monétaires des parents du mari qu'en raison de celles de la famille de l'épouse. Chaque fois que le mari a reçu une terre de sa famille, il a été autorisé à «payer par son travail» une grande partie de la contrepartie convenue; il apportait son aide au cédant en participant aux travaux agricoles sur la ferme de son père. Il ne fait pas de doute que par son industrie et son savoir-faire, le mari a largement contribué à l'exploitation agricole et au fait que cette famille a réussi à réunir une section de terre avec le matériel agricole et le bétail qui y étaient associés, ainsi que deux maisons. D'autre part, le dossier indique un apport considérable à l'entreprise familiale de la part de l'épouse décédée, tant sur la ferme que comme chauffeur d'un autobus scolaire. La famille de l'épouse a aussi fourni de l'aide dans les premiers temps du mariage. De même leur fils, dès son tout jeune âge, a travaillé sur la ferme familiale. Le savant juge de première instance a rappelé les contributions de l'épouse et a rejeté toute tentative d'en amoindrir l'importance. La loi de la Saskatchewan met définitivement fin à ce qui a longtemps été dans les litiges en matière matrimoniale une entreprise illusoire et inutile, l'évaluation des apports respectifs des conjoints. Rien au dossier ne justifie qu'on s'écarte du schéma établi par l'art. 20, précité, selon lequel [TRADUCTION] «les responsabilités communes des conjoints ... sont inhérentes au lien conjugal».

Nous en venons maintenant aux dispositions de la *MPA* qui régissent les réclamations de la succession de l'épouse à l'égard des biens du mariage. L'article 36 de la *MPA* dispose que [TRADUCTION] «les droits conférés à une personne en vertu de la présente loi ne sont pas transmis à ses héritiers lors de son décès». Cependant au début de

section 30(1) is the basis upon which the proceedings reached the courts following the death of the wife. That subsection provides:

> **30.**—(1) An application for a matrimonial property order may be made or continued by a surviving spouse after the death of the other spouse or may be continued by the personal representative of the deceased spouse.

The result of the interaction between ss. 36 and 30(1) is that while an estate may not commence an action under the *MPA* where none was brought by a deceased spouse, spousal rights under the *MPA* are preserved if the application was brought prior to death.

It is clear, notwithstanding s. 36, that this legislation contemplates the distribution of family property after the death of a spouse providing that spouse has made application for such a distribution in her lifetime. Subsection 30(1) reflects the Legislature's desire to respect the wishes of the deceased as expressed by his or her application to divide the assets of the marriage. To consider the death of the applicant or the provisions of a will which disinherits the other spouse would be to render virtually meaningless the power given to an estate to continue the *MPA* application already commenced. By the same token, the provision in subs. (1) of s. 30, allowing the surviving spouse to commence an application after the death of the other spouse, ensures that a spouse who remains in an unhappy marriage is not worse off than if separation had been sought while the other party was alive. (See Hallett J.'s comments on the similar power under the Nova Scotia *Matrimonial Property Act*, 1980 (N.S.), c. 9, *Re Levy* (1981), 25 R.F.L. (2d) 149, at p. 170.) This may, in effect, involve some disruption of the testamentary intention of the deceased spouse, but only to the extent necessary to fulfil the policy of the Act. In contrast, where no application has been brought by the deceased spouse prior to death, it is reasonable to assume that the deceased saw no need to disrupt the property arrangements which existed as between the spouses. The same cannot be said when the application has been brought prior to that

l'article, on lit [TRADUCTION] «mais sous réserve des articles . . . 30(1)». C'est conformément au par. 30(1) que les tribunaux ont été saisis après la mort de l'épouse. Ce paragraphe porte:

> [TRADUCTION] **30.**—(1) Après le décès d'un des conjoints, une demande visant à obtenir une ordonnance relative aux biens du mariage peut être présentée ou reprise par le conjoint survivant ou être reprise par le représentant successoral du conjoint décédé.

Il découle de l'interaction de l'art. 36 et du par. 30(1) que, bien qu'une succession ne puisse pas présenter de demande en vertu de la *MPA* quand le conjoint décédé ne l'avait pas déjà fait, les droits conjugaux accordés par la *MPA* sont préservés si la demande a été présentée avant le décès.

Il est clair, malgré l'art. 36, que la Loi prévoit le partage du patrimoine familial après la mort de l'un des conjoints, pourvu que celui-ci ait fait une demande de partage de son vivant. Le paragraphe 30(1) reflète le désir du législateur de respecter les souhaits qu'un défunt avait exprimés en demandant le partage du patrimoine du mariage. Prendre en considération le décès du demandeur ou les dispositions d'un testament qui déshérite l'autre conjoint priverait virtuellement de sens le pouvoir accordé à une succession de reprendre une demande déjà présentée en vertu de la *MPA*. De même, la disposition du par. 30(1), qui autorise le conjoint survivant à présenter une demande après le décès de son conjoint, assure que le conjoint dans un mariage malheureux n'est pas dans une situation pire que s'il avait demandé la séparation lors du vivant de l'autre conjoint. (Voir les commentaires du juge Hallett sur le pouvoir semblable accordé par la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, 1980 (N.-É.), chap. 9, *Re Levy* (1981), 25 R.F.L. (2d) 149, à la p. 170.) Ceci peut en fait entraîner une certaine modification de l'intention testamentaire du conjoint décédé, mais seulement dans la mesure nécessaire pour satisfaire à l'économie de la Loi. Au contraire, lorsque le conjoint décédé n'a pas présenté de demande avant son décès, il est raisonnable d'estimer que le défunt n'avait pas jugé nécessaire de modifier les arrangements patrimoniaux existant. On ne peut en dire autant quand ce dernier avant sa mort a

spouse's death. Subsection (3) of s. 30 goes on to provide:

30. . . .

(3) No court shall consider the amount payable to a spouse under *The Intestate Succession Act* in making a distribution of matrimonial property pursuant to an application made or continued by a surviving spouse or continued by the personal representative of a deceased spouse where the deceased spouse died intestate, and no order made under this Act affects the rights of the surviving spouse on intestacy.

The Legislature enacted this section in Part IV of the Act entitled "Application on Death of Spouse". The provision would appear to ensure that the effect of the *MPA* is not to reduce the minimum entitlement of a surviving spouse or family member where the deceased died without a valid will. This section is not applicable in the proceedings before us but may have some relevance in indicating legislative intent. In an intestacy the absence of a will makes it impossible to determine what effect the *MPA* application would have on the intention of the deceased. The result of the interaction of these provisions is clearly a scheme designed to balance the protection of the interests and intentions of the deceased with the policy of the Act that either spouse is entitled to his or her respective share of the fruits of the marriage when such is sought by an application for a distribution.

The result is that the position of the personal representative of the deceased spouse in law under the *MPA* is the same as though the application had been processed during the lifetime of that spouse. This is further supported by s. 31 of the *MPA*. That section provides in part that where an application is continued under s. 30, as is the case here:

. . . this Act applies *mutatis mutandis* in respect of the estate of the deceased spouse, and the property of the deceased spouse, whether or not it has vested in the personal representative, is matrimonial property that is subject to this Act.

The conclusion that the application of the deceased is to proceed as if it had been processed during his or her lifetime is further reinforced by

présenté une demande. Le paragraphe (3) de l'art. 30 poursuit:

[TRADUCTION] **30.** . . .

(3) En cas de décès *ab intestat*, le tribunal ne doit pas tenir compte des sommes dévolues à un conjoint en vertu de *The Intestate Succession Act* lorsqu'il procède au partage des biens du mariage en vertu d'une demande faite ou reprise par le conjoint survivant ou reprise par le représentant successoral du conjoint décédé, et aucune ordonnance fondée sur la présente loi n'a d'effet sur les droits du conjoint survivant dans la succession *ab intestat*.

Le législateur a placé cet article dans la Partie IV de la Loi intitulée [TRADUCTION] «Demande au décès du conjoint». La disposition paraît vouloir assurer que la *MPA* n'ait pas pour effet de réduire la part minimale à laquelle a droit le conjoint survivant ou les membres de la famille lorsque le *de cujus* ne laisse pas de testament valide. Cet article n'est pas applicable en l'espèce, mais peut servir à indiquer l'intention du législateur. En cas de décès *ab intestat*, il devient impossible de déterminer l'effet que la demande en vertu de la *MPA* aurait eu sur l'intention du défunt. Le résultat de l'interaction de ces dispositions est clairement un plan qui vise à équilibrer la protection des intérêts et les intentions du défunt avec l'économie de la Loi selon laquelle chacun des époux a droit à sa part respective des fruits du mariage quand elle est requise au moyen d'une demande de partage.

Il en résulte que le représentant successoral du conjoint décédé est, en droit, dans la même position, selon la *MPA*, que si la demande avait été instruite du vivant du conjoint. L'article 31 de la *MPA* le confirme. L'article dispose notamment, lorsqu'il y a reprise d'une demande en vertu de l'art. 30, comme c'est le cas en l'espèce, que:

[TRADUCTION] . . . la présente loi s'applique *mutatis mutandis* à la succession du conjoint décédé et le patrimoine du conjoint décédé, qu'il soit ou non dévolu à son représentant successoral, entre dans les biens du mariage assujettis à la présente loi.

La conclusion portant que la demande du défunt doit être instruite comme si elle l'avait été de son vivant est encore renforcée par le par. 37(1) qui

s. 37(1) which provides that the *MPA* shall not affect the right of a surviving spouse to make an application under *The Dependants' Relief Act*, and indeed the section goes on to authorize the joining of such an application with an application for distribution of matrimonial property under Part IV. The proper place for the husband or son in this case to seek relief from the perceived harshness of the deceased-applicant's will is not under the *MPA*, but rather through a proceeding under *The Dependants' Relief Act* or, as will be seen, through the probate process or an action in contract or restitution.

We turn then to those parts of the statute which deal specifically with what a court might entertain in determining the distribution, if any, to be made on a post-mortem continuation of an application for matrimonial distribution by the personal representative of a deceased spouse.

The distribution of matrimonial property other than the matrimonial home is regulated by s. 21 of the Act.

Section 21(1) directs the court in a distribution of matrimonial property to order that that property or its value be distributed equally between the spouses "subject to any exceptions, exemptions and equitable considerations mentioned in this Act". Subsection (2) authorizes the court to distribute the matrimonial property on some other basis where the court is satisfied "that it would be unfair and inequitable to make an equal distribution . . . ", "having regard to" some sixteen considerations listed in paras. (2)(*a*) to (*p*). Paragraph (2)(*q*) is a catch-all provision which allows the court to have regard to "any other relevant fact or circumstance". As McIntyre J. has set out the whole of subs. (2) of s. 21 I do not repeat it here. Of all these considerations the court of first instance has made specific reference to paras. (2)(*e*), (*j*) and (*n*). The trial judge also catalogued subs. (1) as one of the considerations to which he was to have regard, but this may have been in error (as the editors of the W.W.R. felt) as the only later discussion, in addition to paras. (*e*), (*j*) and (*n*), is in relation to para. (*q*). It is para. (2)(*q*) which is said to be the basis for reference to

prévoit que la *MPA* n'influera pas sur le droit du conjoint survivant de faire une demande en vertu de *The Dependants' Relief Act*; d'ailleurs l'article autorise ensuite la jonction d'une telle demande à une demande de partage des biens du mariage faite en vertu de la Partie IV. En l'espèce, ce n'est pas à la *MPA* que le père ou le fils peuvent avoir recours pour obtenir un redressement à l'égard du préjudice qu'ils attribuent au testament de la demanderesse décédée, mais plutôt à une action en vertu de *The Dependants' Relief Act* ou, comme nous le verrons, à la procédure de vérification ou à une action contractuelle ou en restitution.

Examinons maintenant les parties de la Loi qui traitent expressément de ce que le tribunal peut faire pour décider du partage, le cas échéant, à effectuer dans le cas d'une reprise, postérieure au décès, d'une demande de partage des biens du mariage par le représentant successoral du conjoint décédé.

Le partage des biens du mariage autres que le foyer conjugal est régi par l'art. 21 de la Loi.

Le paragraphe 21(1) oblige le tribunal, lors d'un partage des biens du mariage, à ordonner que ces biens ou leur équivalent en valeur soient partagés également entre les conjoints [TRADUCTION] «sous réserve des exceptions, exemptions et considérations d'équité mentionnées dans la présente loi». Le paragraphe (2) autorise le tribunal à partager les biens du mariage autrement lorsqu'il est convaincu [TRADUCTION] «qu'il serait injuste et inéquitable de procéder à un partage égal . . . », «étant donné» quelque seize facteurs énumérés aux al. (2)*a*) à *p*). L'alinéa (2)*q*) est une disposition fourre-tout qui permet au tribunal de tenir compte de [TRADUCTION] «tout autre fait ou circonstance pertinents». Comme le juge McIntyre a reproduit en son entier le par. (2) de l'art. 21, je ne le répéterai pas ici. De tous ces facteurs, le tribunal de première instance s'est spécifiquement référé aux al. (2)*e*), *j*) et *n*). Le juge de première instance a aussi qualifié le par. (1) de facteur dont il devait tenir compte, mais il se peut que ce soit par erreur (comme les rédacteurs des W.W.R. l'ont estimé) puisque la seule analyse qui suit, outre celle des al. *e*), *j*) et *n*), ne porte que sur l'al. *q*). C'est l'al. (2)*q*) qui

the death of the wife after the application for distribution has been instituted. It is convenient to deal with these considerations in the order raised in the judgment below.

1. Section 21(2)(*e*):

(*e*) the contribution, whether financial or in some other form, made directly or indirectly by a third party on behalf of a spouse to the acquisition, disposition, operation, management or use of the matrimonial property;

This provision is evidently invoked by the court in order to consider the contributions by the families of the husband and wife respectively. The husband's family (his sister and brother-in-law) loaned the husband money and otherwise assisted him in purchasing parts of the land assembled by this family. In each instance, in the expression on the record, the arrangement allowed the husband to "work off" part or all of the consideration payable for these items of land. While the régime of the *MPA* dictates that " 'Contributions' by each party [*i.e.*, spouses to the marriage], whether financial or otherwise, are not among the matters spelled out in s. 21(2) which the court has regard to" when considering whether it is proper to disrupt the presumptive division of matrimonial property (see *Howorko v. Howorko* (1980) 20 R.F.L. (2d) 43, at p. 46, *per* Carter U.F.C.J.), it may be noted that the wife, during the period of these assisted acquisitions of land, was actively engaged in the role of a farm wife. The wife by law did as much to "work off" the unpaid balance for lands purchased by the family as did the husband. There is no suggestion, as already mentioned, that she did not make her contribution to this family's progress. Of more significance under s. 21(2)(*e*), since the courts, under the *MPA*, are not to engage in a cataloguing of contributions made by each spouse, is the fact that the deceased spouse's parents gave her $1500 and four head of cattle very early in the marriage in or about the year 1953. In any event, the third party contributions in this case were not such as to justify a departure from the normal distribution of matrimonial assets. The Saskatchewan Court of Appeal has recently considered s. 21(2)(*e*) in *Seaberly v. Seaberly* (1985),

permettrait au tribunal de mentionner le décès de l'épouse après que la demande de partage a été présentée. Il convient de traiter de ces facteurs dans l'ordre suivi par le jugement de première instance.

1. L'alinéa 21(2)*e*):

[TRADUCTION] *e*) l'apport, financier ou autre, fait directement ou indirectement par un tiers pour le compte d'un conjoint aux fins de l'acquisition, de l'aliénation, du fonctionnement, de la gestion ou de l'emploi des biens du mariage,

Le tribunal invoque évidemment cette disposition pour pouvoir tenir compte des apports des familles respectives du mari et de l'épouse. La famille du mari (sa sœur et son beau-frère) ont prêté de l'argent au mari et l'ont aussi aidé d'autres façons dans l'achat des parcelles de terre réunies par le ménage. Dans chaque cas, selon l'expression du dossier, l'arrangement consistait à autoriser le mari à travailler en paiement partiel ou total de la contrepartie payable pour ces parcelles. Si le régime institué par la *MPA* prévoit que: [TRADUCTION] «Les apports» de chaque partie [c.-à-d. les époux], financiers ou autres, ne font pas partie des facteurs énoncés au par. 21(2) dont le tribunal doit tenir compte» lorsqu'il examine s'il est approprié de modifier le partage en principe égal des biens du mariage (voir la décision *Howorko v. Howorko* (1980), 20 R.F.L. (2d) 43, à la p. 46, le juge Carter de la Cour unifiée de la famille), on peut souligner que l'épouse, au cours de la période où les biens-fonds étaient acquis avec de l'aide, jouait pleinement son rôle de femme de fermier. L'épouse, en droit, a tout autant «travaillé» au paiement des terres achetées par le ménage que le mari. Personne ne laisse entendre, comme on l'a déjà dit, qu'elle n'a pas apporté sa contribution à l'enrichissement du ménage. Plus significatif en vertu de l'al. 21(2)*e*), puisque les tribunaux aux termes de la *MPA* n'ont pas à qualifier les apports de chaque époux, et le fait que les parents de l'épouse décédée lui avaient donné 1 500 $ ainsi que quatre têtes de bétail dans les premiers temps du mariage, vers 1953. De toute façon, les contributions des tiers en l'espèce ne sauraient justifier qu'on s'écarte du partage normal du patrimoine conjugal. La Cour d'appel de la Saskatchewan a

37 Sask. R. 219. Relying in part on the decision of this Court in *Farr v. Farr*, [1984] 1 S.C.R. 252, the Court of Appeal, overturned a trial decision which failed to include in the division of matrimonial property the value of an inheritance of land received by the husband seven years into the marriage, and some fourteen years prior to the couple's separation. The court held, at p. 225:

> The fact alone that an item of property was acquired through gift by one of the spouses to the exclusion of the other does not by itself render it subject to unequal sharing. All of the circumstances must be looked at, and only where the spouse making the claim can show that the equal sharing otherwise contemplated by the law is unfair and inequitable, will an unequal, or fairer, sharing be justified.
>
> . . .
>
> In this case then, the trial judge erred in failing to look beyond the fact the testator left the farm solely to his son. He should have considered whether, having regard for all of the facts, the husband had made out a case for unequal sharing. This is a small farm, 480 acres. The parties had lived on it from the day of the marriage, and had greatly improved it, converting it in the process from a straight grain farm to a chicken and hog enterprise. And the gift was made in the seventh year of a 22 year marriage. With respect, the husband did not establish that the usual equal sharing contemplated by the **Act** was, in these circumstances, unfair and inequitable.

Reference is made by the learned trial judge to the work done by the son on the farm which contributed much to its operation. This consideration is, of course, not relevant in determining the respective entitlements of one spouse or the other but must surely enure to both spouses since there is no provision in the statutory machinery for a distribution to the son.

2. Section 21(2)(*j*):

> (*j*) a tax liability that may be incurred by a spouse as a result of the transfer or sale of matrimonial property or any order made by the court;

Reference is made in the judgment below to evidence that there would be capital gains realized on the sale of these lands. This may or may not be so depending upon the workings of the federal *Income Tax Act*. There has been no opinion put

récemment eu à interpréter l'al. 21(2)*e*) dans son arrêt *Seaberly v. Seaberly* (1985), 37 Sask. R. 219. Se fondant en partie sur notre arrêt *Farr c. Farr*, [1984] 1 R.C.S. 252, la Cour d'appel a écarté une décision de première instance qui n'avait pas inclus dans le partage des biens du mariage la valeur d'une terre dont le mari avait hérité après sept années de mariage et quelque quatorze ans avant la séparation du couple. La cour a dit, à la p. 225:

> [TRADUCTION] Le seul fait qu'un bien ait été acquis par donation faite à l'un des conjoints, à l'exclusion de l'autre, ne donne pas en soi lieu à partage inégal. Toutes les circonstances doivent être examinées et ce n'est que si le conjoint qui le réclame peut démontrer que le partage égal prévu par la loi est injuste et inéquitable, qu'un partage inégal, ou plus juste, est justifié.
>
> . . .
>
> En l'espèce donc, c'est à tort que le juge de première instance n'est pas allé au-delà du fait que le testateur avait légué la ferme uniquement à son fils. Il aurait dû se demander si, compte tenu de tous les faits, le mari avait justifié un partage inégal. Il s'agit d'une petite ferme, 480 acres. Les parties y ont vécu à compter de leur mariage et l'ont grandement améliorée la convertissant dans l'intervalle d'une simple ferme céréalière qu'elle était en une entreprise d'élevage de poulets et de porcs. Et la donation fut faite dans la septième année d'un mariage de 22 ans. Avec égards, le mari n'a pas établi que le partage égal usuel prévu par la Loi était, en l'espèce, injuste et inéquitable.

Le savant juge de première instance a mentionné le travail fait par le fils sur la ferme, ce qui a largement contribué à son exploitation. Ce facteur, naturellement, ne saurait jouer lorsqu'on décide des droits respectifs d'un conjoint ou de l'autre, mais il s'applique plutôt aux deux conjoints puisque aucun mécanisme légal ne prévoit une part pour le fils dans le partage.

2. L'alinéa 21(2)*j*):

> [TRADUCTION] *j*) l'impôt auquel peut être assujetti un conjoint par suite du transfert ou de la vente d'un bien du mariage ou d'une ordonnance judiciaire,

Le jugement de première instance mentionne les éléments de preuve indiquant que la vente de ces terres entraînera des gains de capital. Cela se peut ou non selon les mécanismes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale. Aucun avis versé au dossier

upon the record and no argument made in this Court as to the operations of the *Income Tax Act* in the event of an *in specie* distribution of these lands and other assets. It may be that s. 50(1) of the *MPA*, which replaces the presumption of advancement with a presumption of resulting trust in matters relating to the ownership of property as between husband and wife, when read in conjunction with s. 54 and other provisions in the *Income Tax Act* of Canada, would operate to relieve the parties from any tax burden in the event of a distribution *in specie* of these assets. If the sale of assets is made necessary to order for one spouse to purchase part or all of the distributive share of the other spouse, taxation consequences should have little or no bearing. In any case, the taxation impact will be borne by both spouses in the event a sale becomes necessary to implement a distribution order. In this case the division of the capital gain attributed to each spouse would appear to attract a relatively low rate of taxation and when borne by the spouses in equal shares would appear to be considerably reduced as a controlling consideration in this matter. In any event it is not entirely clear, and indeed unsupported by the record, that in the words of the court below: "These lands carry with them the burden, so far as tax is concerned, of an appreciable taxable gain." This may be so only in the event that sale is necessary rather than division *in specie*, and it may be entirely unnecessary if the interworkings of s. 50 of the *MPA*, and the *Income Tax Act* provisions referable to trusts operate independently on each of the entitlements of the spouses.

3. Section 21(2)(*n*):

(*n*) interests of third parties in the matrimonial property;

On the record this can only have reference to the alleged arrangement between the son and his parents whereby they would give him the west half of section 8 of the land comprising the Bugoy farm when the father reached the age of sixty (about 1990) if he worked their land in conjunction with his own land nearby. There is of course doubt on the minimal record which could properly be estab-

et aucune plaidoirie devant nous n'ont porté sur l'incidence fiscale advenant un partage en nature de ces terres et des autres biens. Il se peut que le par. 50(1) de la *MPA*, qui remplace la présomption d'avancement d'hoirie par une présomption de fiducie en matière de droit de propriété entre conjoints, rapproché de l'art. 54 et de certaines autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, ait pour effet de décharger les parties de tout fardeau fiscal advenant un partage en nature des biens. D'ailleurs, si la vente des biens était rendue nécessaire afin de permettre à l'un des conjoints d'acheter en partie ou en totalité la part de l'autre après le partage, les conséquences fiscales devraient avoir peu ou pas d'importance. Quoi qu'il en soit, l'effet fiscal sera supporté par les deux conjoints dans l'éventualité où une vente serait rendue nécessaire pour exécuter l'ordre de partage. En l'espèce, le partage du gain de capital attribué à chaque conjoint semble n'entraîner qu'un taux relativement faible d'imposition et, s'il est supporté par les deux conjoints en parts égales, il paraît considérablement réduit en tant que facteur déterminant en l'espèce. De toute façon il n'est pas parfaitement clair, et d'ailleurs rien dans le dossier n'autorise à le dire, que, pour reprendre les termes du tribunal de première instance: [TRADUCTION] «Ces terres portent en elles, pour ce qui est de l'aspect fiscal, un gain imposable appréciable.» Cela ne se peut que si un partage en nature était impossible et si leur vente devenait nécessaire, et cela pourrait être tout à fait inutile si le jeu combiné de l'art. 50 de la *MPA* et des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre des fiducies devaient opérer indépendamment sur chaque part individuelle des conjoints.

3. L'alinéa 21(2)*n*):

[TRADUCTION] *n*) les droits des tiers dans les biens du mariage,

Vu le dossier, il ne peut s'agir que de l'arrangement qui serait intervenu entre le fils et ses parents, en vertu duquel ils lui donneraient la moitié ouest de la section 8 constituant la ferme Bugoy, lorsque son père atteindrait l'âge de 60 ans (vers 1990) s'il travaillait leur terre en même temps que la sienne toute proche. Il n'est pas certain, bien entendu, vu la minceur du dossier qui

lished under an application under the *MPA* as to whether or not the alleged agreement has created, in law or in equity, an interest in the son in any of these lands. The son, in an action to assert his land claims against his father and mother, is, by the death of the mother, faced with a greater task than in making his claim against the father. He is required to produce to the courts some corroboration of his claim against the mother's estate. In doing this there may be problems under the *Statute of Frauds* or difficulties in the law of evidence which in Saskatchewan includes the rule of corroboration from the Chancery Court of England. The *MPA* authorizes the personal representative of the deceased wife to continue a claim for distribution of family assets, and the statute, of course, starts with the assumption of equal distribution. It would be surprising if the Legislature had given the wife, through her estate, a right to seek a distribution in this way but at the same time authorized the use of this special process as a mechanism to defeat the ordinary defences available to the wife's estate. This would be so if the asset sought in the litigation by the son against the estate of the mother was kept out of that estate by the device of uneven distribution without any requirement by the son to corroborate his claim. His father's evidence in the *MPA* process, being axiomatically self-serving, cannot serve to establish the son's claim against his mother's estate. It would, in my view, require the clearest of language on the part of the Legislature to reduce the personal representative's right, granted under s. 30(1) of the Act, effectively to zero in cases where, as here, a third party makes a claim to an asset which, on equal distribution, would form part of the wife's estate. In any event, while the son's entitlement might reduce both the husband's and the wife's interest in these lands, it would not appear to be, in the circumstances of this tripartite agreement, a factor in determining as between husband and wife what their distributive shares in these lands should be under the *MPA*. The son has commenced no action against the father and the estate, and of course such an action is premature at least to the extent the agreement is said to be based upon the attainment by the father of the age of sixty. If an action for declaration were commenced perhaps

pouvait effectivement être établi dans le cadre d'une demande fondée sur la *MPA*, que la convention alléguée grève, en droit ou en *equity*, l'une de ces terres au profit du fils. Dans une action en revendication foncière contre son père et sa mère, vu le décès de cette dernière, le fils fait face à une plus lourde tâche que dans une action contre son père. Il est tenu de produire une certaine corroboration pour sa revendication contre la succession de sa mère. Il se peut que la *Statute of Frauds* fasse problème; il peut y avoir des difficultés de corroboration au niveau du droit de la preuve qui, en Saskatchewan, comprend la règle de la corroboration de la Cour de Chancellerie d'Angleterre. La *MPA* autorise la représentante successorale de l'épouse décédée à reprendre la demande de partage des biens de la famille et la loi, bien sûr, part de la présomption du partage égal. Il serait étrange que le législateur ait donné à l'épouse, par sa succession, le droit de faire effectuer le partage de cette façon tout en autorisant le recours à ce processus spécial en tant que moyen pour faire échec aux défenses ordinaires à la disposition de la succession de l'épouse. Il en serait ainsi si le bien que cherche à obtenir le fils par revendication contre la succession de sa mère était exclu de la succession au moyen d'un partage inégal sans que le fils soit tenu de corroborer sa revendication. La preuve produite par le père dans la procédure en vertu de la *MPA*, qui est par définition interessée, ne peut servir à confirmer la revendication du fils contre la succession de la mère. À mon avis, il faudrait que le législateur ait employé le langage le plus clair pour réduire à néant le droit du représentant successoral accordé par le par. 30(1) de la Loi dans les cas où, comme ici, un tiers revendique un bien qui, si le partage était égal, ferait partie de la succession de l'épouse. De toute façon, bien qu'il réduise autant les droits du mari que ceux de la femme sur les terres, le droit du fils ne semble pas, dans le cas de cette convention tripartite, être un facteur dans la détermination de la part de ces terres à attribuer au mari et à l'épouse en vertu du *MPA*. Le fils n'a intenté aucune action contre le père ni contre la succession; d'ailleurs, bien entendu, cette action serait prématurée au moins dans la mesure où la convention serait conditionnelle à ce que le père atteigne l'âge de 60 ans. Si

different considerations would prevail but from the state of the record as it now stands it is difficult for a judge sitting on an application under the *MPA* to establish an interest in the third party son in these properties. Of controlling concern, however, is the fact that any such interest cuts against both the interests of the mother and the father in the matrimonial property.

Reference is made below to s. 40 of the *MPA* as being likewise relevant in considering the interests of third parties. That section provides that a court, in any proceeding under the *MPA*, may "take into consideration any agreement verbal or otherwise between spouses that is not an interspousal contract and may give that agreement whatever weight it considers reasonable". There is no contract on the record between the respondent and the deceased wife except the tripartite agreement to which I have referred, and I do not therefore believe that this section has any relevance.

Section 21(2)(*a*) is another factor to which regard may be had by a court on such an application. It allows consideration of "any written agreement between the spouses or between one or both spouses and a third party" in disrupting the presumptive distribution of matrimonial property. This cannot relate to the alleged agreement with the son because it is said to have been an oral agreement. Section 21(2)(*a*) is, however, relevant for in reading s. 40 in the light of the terminology employed by the Legislature in para. (*a*), it is difficult to give s. 40 an interpretation which would include a tripartite agreement. This is surely obvious and is caught up in the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. One might also consider whether the alleged oral agreement between the son and his parents can be properly considered at all as giving rise to an "interest" within the meaning of s. 21(2)(*n*) in the light of the express reference in s. 21(2)(*a*) to written agreements only. As the interrelationship of these two paragraphs was not argued in this Court, I do no more than direct attention to the problem which arises in that connection should one rely in the disposition of this appeal upon the alleged oral agreement.

une action en jugement déclaratoire avait été intentée, il se peut que des considérations différentes eussent prévalu, mais, dans l'état actuel du dossier, il est difficile pour le juge, saisi d'une demande fondée sur la *MPA*, de statuer sur l'intérêt d'un tiers, le fils, dans ces biens. Le point décisif, toutefois, est que tout intérêt de ce genre grève tant les droits de la mère que ceux du père dans les biens du mariage.

On a cité en première instance l'art. 40 de la *MPA* qui serait lui aussi utile à l'examen des intérêts des tiers. Cet article prévoit que, dans une demande présentée en vertu de la *MPA*, un tribunal peut [TRADUCTION] «prendre en considération toute entente, verbale ou autre, entre les époux qui n'est pas un contrat entre conjoints et lui donner le poids qu'il juge acceptable». D'après le dossier, aucun contrat n'est intervenu entre l'intimé et l'épouse décédée, si ce n'est la convention tripartite que j'ai mentionnée; je ne crois donc pas que cet article ait une quelconque pertinence.

L'alinéa 21(2)*a*) est un autre facteur dont le tribunal saisi d'une demande peut tenir compte. Il permet de tenir compte de [TRADUCTION] «l'existence d'un accord écrit conclu entre les conjoints ou entre l'un d'entre eux ou les deux et un tiers» pour modifier la présomption de distribution des biens du mariage. Il ne peut s'agir de l'accord allégué conclu avec le fils, car on dit que celui-ci fut verbal. La pertinence de l'al. 21(2)*a*), cependant, tient à ce que, si l'on interprète les termes de l'art. 40 à la lumière de ceux employés par le législateur à l'al. *a*), il est difficile de donner à l'art. 40 une interprétation qui inclut une convention tripartite. C'est tout à fait manifeste et est inclus dans la maxime *expressio unius est exclusio alterius*. On pourrait aussi examiner si on peut à bon droit considérer que l'accord verbal allégué entre le fils et ses parents donnera effectivement naissance à un «droit» au sens de l'al. 21(2)*n*) vu la mention expresse d'accords écrits seulement à l'al. 21(2)*a*). Comme les relations entre ces deux alinéas n'ont pas été plaidées devant cette Cour, je me limite à attirer l'attention sur le problème qui surviendrait à cet égard si on devait s'appuyer sur l'accord verbal allégué pour disposer de ce pourvoi.

4. Section 21(2)(*l*):

(*l*) subject to subsection 30(3), any benefit received or receivable by the surviving spouse as a result of the death of his spouse;

Section 21(2)(*l*) entitles a court to have regard in disposing of an application under the *MPA* to "any benefit received or receivable by the surviving spouse as a result of the death of his spouse". By reason of s. 30(3) this cannot include a benefit under *The Intestate Succession Act*. It would, of course, include a benefit received or receivable under a will. The express inclusion in the Saskatchewan Act of only benefits received or receivable upon death as an "equitable consideration" may very well have been intended to mesh with the right granted to a surviving spouse to bring an application for division of matrimonial property. As already discussed, while such a right ensures that a spouse who remains in an unhappy marriage is not worse off than if separation had been sought while the other party was alive, neither should the surviving spouse necessarily benefit twice by receiving property under both the will and the *MPA* if his or her application would have the effect of defeating testamentary intentions beyond that necessary to fulfil the policy of the Saskatchewan Act. The result may be different in those provinces which do not expressly allow for the consideration of such benefits. Here the will creates no benefits for the husband and no action has been taken to set aside the will. (Parenthetically it may be added that s. 21(2)(*l*) may also contemplate consideration of other benefits received or receivable by a surviving spouse as a result of death in addition to those arising from a will. These include, and are certainly not limited to, joint tenancies, life insurance and pension rights. This issue need not be decided as none of these interests were present here.) The paragraph therefore would appear to have no application. I point this out because much was made of the subsection in argument before this Court, and reference was made to it in the judgment of the learned trial judge.

4. L'alinéa 21(2)*l*):

[TRADUCTION] *l*) sous réserve du paragraphe 30(3), un avantage reçu ou recevable par le conjoint survivant par suite du décès de son conjoint,

L'alinéa 21(2)*l*) autorise le tribunal à tenir compte, lorsqu'il statue sur une demande présentée en vertu de la *MPA*, d' [TRADUCTION] «un avantage reçu ou recevable par le conjoint survivant par suite du décès de son conjoint». En raison du par. 30(3), il ne peut s'agir d'un avantage découlant de *The Intestate Succession Act*. Il pourrait bien entendu s'agir d'un avantage reçu ou recevable en vertu d'un testament. L'inclusion expresse dans la loi de la Saskatchewan des seuls avantages reçus ou recevables à cause de mort comme «contrepartie équitable» peut fort bien indiquer une intention de les lier au droit accordé au conjoint survivant de faire une demande de partage des biens du mariage. Comme on l'a déjà discuté, si ce droit assure qu'un conjoint, dans un mariage malheureux, n'est pas dans une plus mauvaise situation que s'il avait demandé la séparation du vivant de l'autre conjoint, l'époux survivant ne devrait cependant pas pouvoir recevoir un avantage double en recevant les biens en vertu du testament et de la *MPA* si sa demande devait avoir pour effet d'anéantir des volontés testamentaires au-delà de ce que requiert le respect de l'économie de la loi de la Saskatchewan. Le résultat pourra être différent dans les provinces qui ne permettent pas expressément de tenir compte de ces avantages. En l'espèce, le testament ne lègue rien au mari et aucune action en annulation du testament n'a été intentée. (On peut ajouter entre parenthèses que l'al. 21(2)*l*) peut aussi considérer d'autres avantages reçus ou recevables par un conjoint survivant par suite du décès en plus de ceux qui découlent d'un testament. Ils comprennent, et ceci n'est pas exhaustif, les copropriétés avec gain de survie, l'assurance-vie et les prestations de retraite. Cette question n'a pas à être tranchée puisque aucun de ces droits n'est en cause ici.) L'alinéa semblerait donc ne pas s'appliquer. Si je rappelle cela, c'est qu'on en a fait grand cas au cours du débat devant nous et qu'il en est fait mention dans le jugement du savant juge de première instance.

The trial judge made reference later in the judgment to para. (2)(*q*), "any other relevant fact or circumstance," but did so with reference to the entitlement of the son, presumably in the context of permitting a consideration of the alleged agreement even though it may fail to qualify under other provisions of s. 21 or s. 40.

In conclusion, none of the considerations relevant to disturbance of the presumptive distribution of matrimonial property is applicable on the facts.

The matrimonial home is dealt with in s. 22 of the *MPA*. Again the rule is to distribute the matrimonial home or its value equally between the spouses "except where the court is satisfied that it would be: (*a*) unfair and inequitable to do so, having regard only to any extraordinary circumstance; or (*b*) unfair and inequitable to the spouse who has custody of the children". In this case, a court would be confined to finding an "extraordinary circumstance" to justify a departure from the rule of equality. The learned justice, at first instance, concluded:

> Mrs. Bugoy's death at age 46 has served to alter radically the issue as respects the matrimonial home. And that is, in my opinion an extraordinary circumstance within the meaning of the Act. By reason of her death and the will she left, were I to order an equal division of the matrimonial home or its value half of it would go to strangers or others who have no need of it, have contributed nothing to it and would be depriving the respondent of what he worked for 30 years to build with the assistance of his father, his sister and his brother-in-law.

It is frequently difficult in the life of the court to apply, as we must, the cold words of the statute to the animated facts of the human record. The comments quoted from the court below are undoubtedly germane to an assessment of the state of affairs in this family following the death of the wife. The question before the Court, however, is whether or not under the terms of the *MPA* the death of the applicant is a factor which the Legislature had in mind when they used the term "extraordinary circumstance" as being the only basis upon which the rule of equality can be displaced. Section 30(1) clearly extends the pro-

Le juge de première instance s'est référé ultérieurement dans son jugement à l'al. (2)*q*): [TRADUCTION] «tout autre fait ou circonstance pertinents» mais c'était en rapport avec les droits du fils, probablement pour pouvoir tenir compte de l'accord allégué, même s'il ne relève pas des autres dispositions des art. 21 ou 40.

En conclusion, aucune des considérations applicables à la modification de la présomption de distribution des biens du mariage n'est applicable aux faits en cause.

Le sort réservé au foyer conjugal est fixé par l'art. 22 de la *MPA*. Ici encore, la règle consiste à partager le foyer conjugal, ou sa valeur, également entre les conjoints [TRADUCTION] «à moins qu'elle [la cour] ne soit convaincue que ce partage serait *a*) injuste et inéquitable, compte tenu uniquement de circonstances extraordinaires; ou *b*) injuste et inéquitable pour le conjoint qui a la garde des enfants». En l'espèce, le tribunal se trouve obligé de constater l'existence de circonstances extraordinaires pour être justifié de s'écarter de la règle de l'égalité. En première instance, le savant juge a conclu:

> [TRADUCTION] Le décès de M^me^ Bugoy à l'âge de 46 ans a changé radicalement la question relative au foyer conjugal. Il s'agit là, à mon avis, d'une circonstance extraordinaire au sens de la Loi. En raison de son décès et du testament qu'elle a laissé, si j'ordonnais le partage égal du foyer conjugal ou de sa valeur, la moitié serait dévolue à des étrangers ou autres personnes qui n'en n'ont pas besoin et qui n'y ont contribué en aucune façon, ce qui priverait l'intimé du fruit des efforts qu'il a déployés pendant 30 ans avec l'aide de son père, de sa sœur et de son beau-frère.

Il est souvent difficile pour les tribunaux d'avoir à appliquer froidement, comme c'est notre devoir, le texte de la loi à la réalité vivante du comportement humain. Les commentaires du tribunal de première instance qui viennent d'être cités sont sans doute liés à une évaluation de la situation de cette famille après le décès de l'épouse. La question dont la Cour est saisie néanmoins est de savoir si, aux termes de la *MPA*, la mort de la requérante constitue un facteur que le législateur avait à l'esprit lorsqu'il a employé les termes «circonstances extraordinaires» comme unique raison d'écarter la règle de l'égalité. Le paragraphe 30(1)

cess of distribution of matrimonial property, including the matrimonial home, to a situation where the wife has died. If the death of the wife were to be a circumstance to be considered then, in my view, the Legislature would have said so when they listed, as they did extensively in s. 21, the factors to which regard may be had by a court. Section 36 cuts off rights on death which are not crystallized by action taken under s. 30(1). Again it is difficult to read those provisions in relation to s. 22(1)(*a*) and conclude that the death of a spouse, which occasioned the continuance of a proceeding under s. 30(1), is an extraordinary circumstance when it is not mentioned in the section authorizing such a continuance of proceeding.

All the more obvious, in my respectful view, is the provision of the will. It can hardly be an extraordinary circumstance when, in the ordinary course of proceeding under this Act, the contending spouses are both alive and before the court. It is clearly, in my view, outside the purview of the court under s. 22. If such were not the case then the right given to a deceased spouse by s. 30 of the *MPA* would have been made by necessary inference subject to good behaviour of the spouse in making her last will and testament. These considerations would normally be applicable and relevant to any proceedings under *The Dependants' Relief Act* in which any hardship created by the terms of a will is clearly addressed. The respondent, by his submissions to this Court, is seeking to make the *MPA* perform the function of *The Dependants' Relief Act*, and in the case of the son, of an action at common law in the courts on contract or restitution. To elevate the term "extraordinary circumstance" to the level sought by the respondent, and indeed adopted in the court below, would be to defeat the purpose of s. 30(1) of the *MPA*.

I return to the concept to which I earlier adverted, namely that the application of the *MPA* is to determine the property rights as between the spouses. In this case, that finding will determine the property constitution of the wife's estate. If in all the circumstances revealed to the court in a proper application under *The Dependants' Relief*

étend clairement le processus de partage des biens du mariage, y compris le foyer conjugal au cas du décès de l'épouse. Si ce devait être une circonstance dont il faut tenir compte, le législateur, à mon avis, l'aurait dit expressément lorsqu'il a énuméré, comme il l'a fait longuement à l'art. 21, les facteurs dont doit tenir compte le tribunal. L'article 36 éteint avec la mort les droits que n'a pas cristallisés l'action intentée en vertu du par. 30(1). Ici encore, il est difficile de rapprocher ces dispositions de l'al. 22(1)*a*) et de conclure que le décès d'un conjoint, source de reprise d'une procédure engagée en vertu du par. 30(1), constitue une circonstance extraordinaire alors que cette circonstance n'est pas mentionnée dans l'article autorisant la reprise de la procédure.

La disposition du testament est, à mon humble avis, encore plus claire. Il peut difficilement s'agir d'une circonstance extraordinaire lorsque, dans le cours ordinaire d'une action engagée en vertu de cette loi, les conjoints qui y sont parties sont vivants et agissent devant le tribunal. Il est clair à mon avis qu'elle n'est pas du ressort de la cour en vertu de l'art. 22. Si ce n'était pas le cas, il faudrait nécessairement déduire que le droit conféré au conjoint décédé par l'art. 30 de la *MPA* serait assujetti à la bonne conduite du conjoint testateur. Ces considérations seraient normalement applicables et pertinentes dans une action fondée sur *The Dependants' Relief Act* qui traite clairement du préjudice dû à des clauses testamentaires. L'intimé, dans les conclusions qu'il a soumises à la Cour, cherche à faire jouer à la *MPA* le rôle de *The Dependants' Relief Act* et, dans le cas du fils, d'une action en justice, en *common law*, contractuelle ou en restitution. Élever les termes «circonstances extraordinaires» au niveau auquel voudrait les voir l'intimé et qu'a d'ailleurs adopté le tribunal de première instance, mettrait en échec le par. 30(1) de la *MPA*.

Je reviens au concept déjà mentionné, soit que la *MPA* doit être appliquée pour déterminer les droits patrimoniaux des époux. En l'espèce, cette opération va déterminer le patrimoine constituant la succession de l'épouse. Si, compte tenu de toutes les circonstances révélées au tribunal dans une demande régulière fondée sur *The Dependants'*

Act hardship on the part of dependents is demonstrated, the property thus acquired under the *MPA* might well be diverted in whole or in part to the dependents depending upon their state of necessity and the financial extent of the estate. The compression of these processes into one creates difficulties illustrated by the disposition of the matrimonial home made in the court below. The court refers to extraordinary circumstances and this, in the plural use of the term, can only relate to the combination of the death and the will of the spouse. I find it difficult to conclude that the Legislature of Saskatchewan would employ the term "extraordinary circumstance" to include the exercise by a wife of a valid and unfettered right in law to dispose by will of her property as she may determine and that where she does so to the detriment of a spouse who does not invoke *The Dependants' Relief Act*, it is said to be an extraordinary circumstance.

Relief Act, il était démontré que les proches ont été lésés, les biens ainsi acquis en vertu de la *MPA* pourraient fort bien être dévolus, en totalité ou en partie, à ces personnes en fonction de leur état de nécessité et de la valeur de la succession. Comprimer toutes ces procédures en une seule est source de difficultés comme le montre l'attribution du foyer conjugal par le tribunal de première instance. Le tribunal parle de circonstances extraordinaires au pluriel, ce qui ne peut que se rapporter à la réunion du décès de l'épouse et du testament qu'elle laisse. Je trouve difficile de conclure que le législateur de la Saskatchewan a employé les termes «circonstances extraordinaires» en voulant y inclure l'exercice par une épouse de son droit, valide et complet aux yeux de la loi, de disposer par testament de ses biens comme elle l'entend et que, si elle le fait au détriment de son conjoint, sans que celui-ci n'invoque *The Dependants' Relief Act*, cela doive être considéré comme une circonstance extraordinaire.

The son's claim I have already dealt with above. I refer again to it only to illustrate the difficulties when legal rights which are properly the subject of separate and other actions at law are drawn into a process for the distribution of property under a statutory program. The son has his claim against his father and the wife's estate. If the wife's estate on a proper application is found to have no interest in the lands in question by reason of the *MPA* or otherwise, then his action is limited to a claim against the father. The father's holdings in these lands would then be free and clear of any claim of the mother under the *MPA*. The first stage of the program again is a determination of the wife's interest in these lands. Thereafter, the son has remedies in law available to him providing, of course, the alleged agreement is enforceable at law. It may well be that the husband has a right against the wife's estate which would arise from a violation of the alleged agreement by the wife in revoking her will and in willing her interest, if any, in these lands contrary to the alleged agreement. That too must be the subject of appropriate process and cannot be determined by an extension of the *MPA*. If the father and son maintain their present position with reference to the alleged agreement of sale, the effect of the "distribution"

J'ai déjà traité ci-dessus de la prétention du fils. J'y reviens uniquement pour montrer les difficultés qui se posent lorsque certains droits qui font l'objet d'autres formes d'action, distinctes en droit, sont inclus dans une procédure de partage des biens selon un schéma légal. La réclamation du fils est à la fois contre son père et contre la succession de sa mère. Si, sur demande régulière, il devait être constaté que les terres en question n'entrent pas dans la succession de l'épouse en raison de la *MPA* ou pour quelque autre raison, il n'a alors qu'une réclamation contre son père. Les droits du père sur ces terres ne seraient alors grevés d'aucune charge en vertu de la *MPA*. La première phase de la procédure, encore une fois, consiste à déterminer les droits de l'épouse sur ces terres. Ensuite, le fils dispose des voies de recours légales pourvu, bien entendu, que l'accord allégué soit exécutoire en droit. Il se peut que le mari ait un droit sur la succession de l'épouse parce que cette dernière aurait violé l'accord allégué en révoquant son testament et en léguant ses droits, si elle en a, sur ces terres en contravention de l'accord allégué. Cela aussi doit faire l'objet de la procédure appropriée et ne saurait être décidé par une extension de la *MPA*. Si le père et le fils maintiennent leur position actuelle pour ce qui est du contrat de vente

directed by the trial judge is in effect a judgment in favour of the son on his contract claim, without the requirement of a trial.

A final illustration of the difficulties arising from an artificial combination within one forum of unrelated claims in law is the will of the deceased spouse. By a perversion of the application for distribution of matrimonial property under the *MPA*, the respondent is attempting to set aside the will of the wife without doing so by an attack upon it in the probate process. This is the opposite side of the coin to *The Dependants' Relief Act* proceeding by a neglected dependent. That proceeding is undertaken where the will is valid. Where the will is said to be invalid the proceeding must be in the probate process. In neither arena is the *MPA* an appropriate instrument.

The result is clearly a two-stage process. First the establishment of the extent of the assets comprising the deceased spouse's estate, and secondly the application to that result of the various statutes and general law already discussed. In this respect the *MPA* places the Province of Saskatchewan, in some respects, in the midway position between the like regimes in the Provinces of Quebec and Ontario. Under the Quebec *Civil Code*, Book 2, art. 480 to 517, the property of the family is automatically divided upon the death of a spouse. Thereafter distribution takes place in accordance with the applicable provisions of the Code. In Ontario, on the other hand, the *Family Law Reform Act* creates the right to a division of matrimonial property only during the lifetime of the spouses. These rights do not survive the death of either one. In Saskatchewan, disposition of matrimonial property does not take place automatically on the death of one spouse as under Quebec law, nor does the right to disposition of matrimonial property die with the spouse as under the Ontario law if, as here, the deceased spouse had in her lifetime invoked the provisions of the *MPA* by an application for disposition.

Applying the statute as it is found and in the context in which it operates in association with the aforementioned statutes and general rules of law, I

allégué, le «partage» ordonné par le juge de première instance devient en fait un jugement en faveur du fils dans sa réclamation contractuelle sans le recours à un procès.

Un dernier exemple des difficultés que suscite une réunion artificielle, devant un seul tribunal, de demandes n'ayant en droit aucun lien entre elles, est le testament de l'épouse décédée. Par un détournement de la demande de partage des biens du mariage en vertu de la *MPA*, l'intimé cherche à obtenir l'annulation du testament de l'épouse sans le contester au cours d'une procédure de vérification. C'est là le revers de la médaille d'une procédure fondée sur *The Dependants' Relief Act* engagée par une personne à charge négligée. Cette procédure est engagée lorsque le testament est valide. Si l'on dit que le testament est invalide, il faut le contester comme tel. Dans l'un comme dans l'autre cas, la *MPA* n'est pas un texte approprié.

Il s'agit donc clairement d'un processus en deux étapes. D'abord établir la masse de biens composant la succession du conjoint décédé, puis, dans un deuxième temps, l'application à ce résultat de la législation et du droit commun déjà analysés. À cet égard, la *MPA* place la province de la Saskatchewan, d'une certaine façon, à mi-chemin entre les régimes similaires des provinces de Québec et de l'Ontario. Aux termes du *Code civil* du Québec, Livre deuxième, art. 480 à 517, les acquêts sont automatiquement partagés au décès de l'un des époux. Le partage se fait conformément aux dispositions applicables du Code. En Ontario, d'autre part, la *Loi portant réforme du droit de la famille* crée un droit au partage des biens du mariage du vivant des conjoints. Ces droits s'éteignent à la mort de l'un d'eux. En Saskatchewan, le partage des biens du mariage n'a pas lieu automatiquement au décès de l'un des époux, comme en droit québécois, mais le droit au partage des biens du mariage ne s'éteint pas non plus avec la mort de l'un des conjoints comme en droit ontarien si, comme en l'espèce, le conjoint décédé avait, de son vivant, demandé le partage en invoquant les dispositions de la *MPA*.

Appliquant la Loi telle qu'elle est, dans le contexte dans lequel elle doit jouer, eu égard aux lois que j'ai mentionnées et aux règles du droit

have come to the conclusion that the exercise of discretion required under ss. 21 and 22 by reason of an application made under s. 30 has been conducted on the basis of a misapprehension of the statute. Accordingly, as this Court enunciated in *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2, it is appropriate for a court to review the result. At issue in *Harper* was, *inter alia*, the appropriateness of this Court interfering with an exercise of discretion under s. 8 of the *Family Relations Act*, 1972 (B.C.), c. 20. Laskin C.J., for the majority, held at p. 18:

> Although an appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act*, there is the fact that the trial judge acted on certain irrelevant considerations and ignored relevant ones . . . .

Pigeon, Pratte and McIntyre JJ. and myself, who dissented in part, held at p. 22:

> [This] is a proper case for this Court to review the trial judge's discretion because the trial judge proceeded on the basis of irrelevant and erroneous considerations.

The irrelevant and erroneous considerations here were the death of the applicant and the content of her will.

It has often been said that difficult circumstances, perhaps beyond the contemplation of the Legislature at the time the statute in question was adopted, make the application of statutes sometimes very difficult. This is particularly so in the field of family law where legal expense is to be avoided if at all possible. A combination of actions or the use of a single action for multiple objectives is ordinarily to be commended. This case falls into the category of such difficulties. Here, in my view, the combination of remedies in a single process leads to inequitable difficulties and to results not supported by the wording of the authorizing statute. It may be that injustice, in the broad sense of the term, can result from the application of the *MPA*, notwithstanding the directive from the

commun, j'en suis venu à la conclusion que l'exercice du pouvoir discrétionnaire, requis en vertu des art. 21 et 22 dans le cas d'une demande en vertu de l'art. 30, l'a été sur la base d'une conception erronée de cette loi. C'est pourquoi, comme cette Cour l'a dit dans l'arrêt *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2, la révision du résultat s'impose. Était notamment en cause dans l'arrêt *Harper* le bien-fondé de l'intervention par cette Cour dans un exercice de pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 8 de la *Family Relations Act*, 1972 (C.-B.), chap. 20. Le juge en chef Laskin, au nom de la majorité, a jugé, à la p. 18, que:

> Même si une cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'intervenir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discrétionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act*, il ne faut pas oublier que le juge s'est fondé sur certaines considérations non pertinentes et en a méconnu d'autres qui étaient pertinentes . . .

Les juges Pigeon, Pratte, McIntyre et moi-même, qui étions dissidents en partie, avons jugé, à la p. 22:

> [L]a révision de la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire s'impose parce que cette décision est basée sur des considérations non pertinentes et erronées.

Les considérations non pertinentes et erronées en l'espèce, sont le décès de la requérante et le contenu de son testament.

On a souvent dit que des circonstances difficiles, que peut-être le législateur n'avait pas prévues au moment de l'adoption de la loi en question, rendent l'application des lois fort difficile parfois. Cela est particulièrement vrai dans le domaine du droit de la famille où les frais de justice doivent être évités quand cela est possible. La jonction d'action ou le recours à une action unique pour des fins multiples doivent d'ordinaire être recommandés. La présente espèce soulève ce genre de difficultés. Dans ce cas-ci, à mon avis, la réunion de voies de recours différentes en une seule procédure conduit à des difficultés qui sont source d'inéquité et à des résultats que ne justifie pas le texte de la loi applicable. Il se peut qu'une injustice, au sens large du terme, résulte de l'application de la *MPA*

Legislature that orders made must be just and equitable. Those orders, however, must be measured with both the interests of the husband and the interests of the wife in mind. Here the wife had a right to apply for distribution of marital assets in her lifetime which she did. Those assets, once determined, can properly be made subject to testamentary disposition by will, which she did. If, in the operation of these two legal processes, dependents are injured, they have rights under *The Dependants' Relief Act*, which they have not invoked. They also have the right to challenge the will under probate process, which they have not done. The son, and perhaps the husband, have asserted rights in contract which can be brought before the appropriate court for a determination, which has not been done. Instead the respondent has sought to raise all these issues within the narrow framework of an application under the *MPA*. This application properly can extend only to a distribution of the marital property according to the interests of the husband and wife determined in accordance with the standards established in the statute. The statute by its terminology does not extend to become a substitute for the other proceedings mentioned. Notwithstanding the facts or the difficulties which have been described both to this Court and in the courts below for the surviving members of the Bugoy family, that is the extent to which the *MPA*, in my respectful view, can be applied.

It is urged by the respondent here that hardship may be produced for the survivors and that legislative action would be required to effect any different result than that sought by the respondent. The opposite, in my view, is the case. The answer to the claims by the several surviving members of the family must be sought in the statute as it presently exists, and any hardship which results from a fair and reasonable interpretation of that statute must be an intended result, and future solutions must lie in the hands of the Legislature if that is the desired course. In my view, the statute in its present form balances the hardships and resolves the issue in favour of the deceased wife by affording and preserving to her the right to succeed to her share of the family holdings and to will her share as she sees fit. All this is, of course, subject

malgré la directive du législateur voulant que les ordonnances soient justes et équitables. On doit évaluer ces ordonnances en ayant à l'esprit et les intérêts du mari et ceux de l'épouse. Dans ce cas-ci, l'épouse avait le droit de demander le partage du patrimoine conjugal de son vivant comme elle l'a fait. Ces biens, une fois déterminés, peuvent fort bien être légués par testament, ce qu'elle a fait. Si des personnes à charge subissent un préjudice à cause de l'effet de ces deux processus juridiques, ils ont des droits en vertu de *The Dependants' Relief Act*, qu'ils n'ont pas invoquée. Ils ont aussi le droit de contester le testament, ce qu'ils n'ont pas fait. Le fils, et peut-être le mari, ont revendiqué des droits contractuels dont ils peuvent saisir la juridiction appropriée pour qu'elle en décide, ce qui n'a pas été fait. À la place, l'intimé a cherché à soulever tous ces points dans le cadre restreint d'une demande fondée sur la *MPA*. Cette demande ne peut à bon droit viser qu'un partage des biens du mariage conforme aux intérêts du mari et de la femme, déterminés conformément aux normes établies par la Loi. La Loi, par la terminologie qu'elle emploie, n'a pas une portée suffisante pour servir de substitut aux autres procédures mentionnées. Nonobstant les faits ou les difficultés décrits devant nous et devant les cours d'instance inférieure et dont les membres survivants de la famille Bugoy souffriront, c'est là la mesure dans laquelle la *MPA*, à mon avis, peut être appliquée.

L'intimé en l'espèce a fait valoir que les survivants peuvent subir un préjudice et qu'il faudrait un changement législatif pour en venir à un résultat différent de celui demandé par l'intimé. C'est à mon sens tout le contraire. On doit chercher la réponse aux réclamations des différents membres survivants de la famille dans la loi actuelle et tout préjudice qui découle d'une interprétation juste et équitable de cette loi doit être le résultat recherché et les solutions futures sont dans les mains du législateur, si tel est le moyen choisi. À mon avis, la Loi, dans sa forme actuelle, équilibre les préjudices et résoud la question litigieuse en faveur de l'épouse décédée en lui accordant et préservant le droit d'obtenir sa part des biens familiaux et de la léguer comme elle le désire. Tout ceci est évidemment assujetti aux protections existantes découlant

to the existing protections under *The Dependants' Relief Act*, the probate processes for challenging of wills and for actions in contract or restitution by those claiming an interest in the wife's distributive share of the family assets.

Accordingly, I would allow the appeal and award the appellant judgment for one-half of all matrimonial property or a sum equivalent to the same. I would not award any costs in this Court.

The reasons of McIntyre, Lamer and Wilson JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—The principal question raised in this appeal is whether the death of a spouse who has commenced proceedings for a division of matrimonial property under *The Matrimonial Property Act*, 1979 (Sask.), c. M-6.1, may be a factor which the trial judge may consider in making an unequal division of matrimonial property.

Elizabeth and Leslie Bugoy were married in 1951. She was seventeen and he was twenty-one. They had one son, Ervin, born shortly after the marriage. At the time of the marriage, the wife was living at home with her parents and the husband was a farm-hand for his older sister and brother-in-law. They began with nothing but four heads of cattle and an old cultivator and tractor worth $1000 which the husband brought to the marriage. Mr. Chesney, the husband's brother-in-law, built a small two-room house on his farm for the couple which they occupied for eight years. In the autumn of 1952 the husband bought a quarter-section of land from the Chesneys for $3000. The husband's father gave him $1800 towards the purchase price of the land and the Chesneys loaned him the remaining $1200 interest free, and allowed him to "work off" this sum on the Chesney farm. In 1956 the husband acquired an adjoining quarter-section of land, largely by way of a gift from his sister, Stella Chesney. The price of $600 was again "worked off" on the Chesney farm. In 1959 they moved the two-room house to the quarter-section they had acquired in 1952, which therefore became the matrimonial home. In 1961 the husband purchased another quarter-section for $3000 and in 1964 a further quarter for $5500. These

de *The Dependants' Relief Act* et aux actions contractuelles ou en restitution de ceux qui réclament un droit dans la part des biens familiaux revenant à l'épouse.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'accorder à l'appelante la moitié de tous les biens du mariage ou une somme équivalente. Je n'adjugerais aucuns dépens en cette Cour.

Version française des motifs des juges McIntyre, Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—La question principale soulevée dans ce pourvoi est de savoir si le décès d'un conjoint qui avait demandé le partage des biens du mariage sous le régime de *The Matrimonial Property Act*, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, constitue un facteur que le juge de première instance peut prendre en considération en procédant à un partage inégal des biens en question.

Elizabeth et Leslie Bugoy se sont mariés en 1951, à l'âge de dix-sept et vingt et un ans respectivement. Ils ont eu un fils, Ervin, né peu de temps après leur mariage. Au moment où ils se sont mariés, l'épouse habitait chez ses parents et son conjoint était un ouvrier agricole qui travaillait chez sa sœur aînée et son beau-frère. Ils ne disposaient au début que de quatre têtes de bétail et d'un vieux cultivateur et tracteur d'une valeur de 1 000 $ que l'époux a fourni à titre d'apport. M. Chesney, son beau-frère, a construit sur sa ferme une petite maison de deux chambres que le couple a habitée pendant huit ans. À l'automne de 1952, l'époux a acheté aux Chesney une terre d'un quart de section pour la somme de 3 000 $. Son père lui a donné 1 800 $ pour qu'il l'impute au prix d'achat du terrain et les Chesney lui ont prêté le solde de 1 200 $ sans intérêt, en lui permettant de rembourser cette somme sous forme de travaux effectués sur la ferme Chesney. En 1956, l'époux a acquis une terre adjacente d'un quart de section grâce en grande partie à un don de sa sœur, Stella Chesney. Le prix de 600 $ a été une fois de plus remboursé sous forme de travaux effectués sur la ferme Chesney. En 1959, ils ont fait transporter la maison de deux chambres sur le quart de section acquis en 1952, qui, par conséquent, est devenue le foyer

four acquisitions completed the farm on contiguous quarter-sections. From 1951 to 1967 the respondent farmed his land and also the Chesney land in order to assist them. From 1964 to 1974 the husband, in addition to his other work, drove a school bus to earn additional income and in 1972 took a job with a lumber yard in Yorkton. The livestock herd was built up to 40 heads. Additional farm machinery was acquired and farm buildings, including a bungalow costing $20,000, were constructed on the home quarter.

During the early years of the marriage, the wife's father gave her $1500 and four calves. The wife assisted in some of the farming operations. She helped with raising poultry, milking cows and gardening, and it would appear from the reasons for judgment of the trial judge that she performed the busy role of an average farm wife. The wife took over the husband's school bus route from 1974 until 1979. The son, Ervin, helped his parents with the farm work. When he was thirteen he moved to the Chesney farm where he continues to live. In 1970 he acquired a quarter-section of land and some machinery and has worked his land, the Chesney land, and his parents' farm since that time. The son asserted, and in this he was supported by his father, that in the year 1971 his mother and father promised him that if he would work their land for them they would give him the west half of section 8 when his father reached sixty in 1990.

The husband petitioned for divorce and on December 12, 1979 the wife applied for an order under the provisions of *The Married Persons' Property Act*, R.S.S. 1978, c. M-6 [R.S.S. 1978 (Supp.), c. 43], for a division of farm property, including land, livestock, grain, machinery, cash and household effects owned by the husband. Before the matter could be heard, *The Married Persons' Property Act* was repealed and *The Matrimonial Property Act* replaced it. The proceedings were continued under the new Act, but on August 18, 1980 the wife died before the applica-

conjugal. En 1961, l'époux a acheté un autre quart de section pour la somme de 3 000 $ et encore un autre en 1964 pour la somme de 5 500 $. Ces quatre acquisitions ont permis d'installer la ferme sur quatre quarts de section contigus. De 1951 à 1967, l'intimé a exploité sa terre et celle des Chesney dans le but de leur venir en aide. De 1964 à 1974, l'époux, en plus de ses autres activités, a conduit un autobus scolaire pour obtenir un revenu additionnel et, en 1972, il a travaillé sur un chantier de bois de construction à Yorkton. Le nombre des têtes de bétail est passé à 40. Il a acquis d'autres machines agricoles et construit des bâtiments agricoles ainsi qu'un bungalow au coût de 20 000 $.

Au cours des premières années du mariage, le père de l'épouse lui a fait don de 1 500 $ et de quatre veaux. Celle-ci a pris part à certains travaux agricoles tels que l'élevage des volailles, la traite des vaches et les travaux de jardinage et il ressort des motifs du juge de première instance qu'elle a joué un rôle actif comme le fait ordinairement l'épouse d'un fermier. De 1974 à 1979, elle a assumé la charge de chauffeur d'autobus à la place de son époux. Leur fils Ervin a aidé ses parents aux travaux agricoles. À l'âge de treize ans, il est déménagé sur la ferme Chesney qu'il continue d'habiter. En 1970, il a acquis une terre d'un quart de section en plus de certaines machines et depuis lors, il a exploité sa terre, la propriété Chesney et la ferme de ses parents. Il a fait valoir, ce que son père a confirmé, qu'en 1971, ses parents lui ont promis, s'il acceptait d'exploiter leur terre, de lui donner la moitié ouest de la section 8 lorsque son père atteindrait soixante ans en 1990.

L'époux a présenté une requête en divorce et, le 12 décembre 1979, son épouse a demandé, en vertu des dispositions de *The Married Persons' Property Act*, R.S.S. 1978, chap. M-6 [R.S.S. 1978 (Supp.), chap. 43], une ordonnance visant à obtenir le partage des biens agricoles, notamment la terre, le bétail, le grain, la machinerie, l'argent en espèces et les effets mobiliers appartenant à l'époux. Avant que l'affaire puisse être entendue, *The Married Persons' Property Act* a été abrogée et remplacée par *The Matrimonial Property Act*. Les procédures ont continué sous le régime de la nouvelle loi,

tion was heard. Shortly before her death, she destroyed her will in which she had named her husband and her son as beneficiaries and made a new will disinheriting both of them and naming the appellant, Vera Donkin, as her Executrix. The application was continued by the appellant as personal representative of the wife in accordance with the provisions of s. 30(1) which provides:

30.—(1) An application for a matrimonial property order may be made or continued by a surviving spouse after the death of the other spouse or may be continued by the personal representative of the deceased spouse.

The trial judge concluded that no distribution of the south-west quarter of section 7, the matrimonial home, should be made. His reasons for judgment are now reported: *Bugoy v. Bugoy*, [1981] 4 W.W.R. 136. He considered that the death of the wife was an extraordinary circumstance under s. 22(1)(*a*) of the Act. He said, at pp. 141-42:

Is there any "extraordinary circumstance" here to be taken into account which may justify an order for other than an equal distribution, if for one or more of the reasons I have mentioned I was satisfied it was unfair or inequitable to do so? I believe there is. Mrs. Bugoy's death at age 46 has served to alter radically the issue as respects the matrimonial home. And that is, in my opinion an extraordinary circumstance within the meaning of the Act. By reason of her death and the will she left, were I to order an equal division of the matrimonial home or its value half of it would go to strangers or others who have no need of it, have contributed nothing to it and would be depriving the respondent of what he worked for 30 years to build with the assistance of his father, his sister and his brother-in-law.

In my view it would be altogether inequitable and unfair in these extraordinary circumstances to divide the matrimonial home or its value equally between the respondent and the personal representative. Having come to that conclusion, I have the power under the Act to refuse an order, or to order that the entire matrimonial home or its value be vested in the respondent or to do otherwise as I consider fair and equitable.

Under the circumstances I refuse to order any distribution of the matrimonial home. The ownership of the matrimonial home is currently vested in the respondent

mais l'épouse est décédée le 18 août 1980 avant que la demande soit entendue. Peu avant son décès, elle avait détruit son testament dans lequel elle avait constitué son époux et son fils bénéficiaires et avait rédigé un nouveau testament qui les déshéritait tous deux et nommait l'appelante, Vera Donkin, exécutrice testamentaire. L'appelante a continué la demande à titre de représentante successorale de l'épouse conformément aux dispositions du par. 30(1) qui prévoit:

[TRADUCTION] **30.**—(1) Après le décès d'un des conjoints, une demande visant à obtenir une ordonnance relative aux biens du mariage peut être présentée ou reprise par le conjoint survivant ou être reprise par le représentant successoral du conjoint décédé.

Le juge de première instance a conclu qu'il ne devrait pas y avoir de partage de la partie sud-ouest de la section 7, c'est-à-dire le foyer conjugal. Ses motifs de jugement sont maintenant publiés: *Bugoy v. Bugoy*, [1981] 4 W.W.R. 136. Il était d'avis que le décès de l'épouse constituait une circonstance extraordinaire au sens de l'al. 22(1)*a*) de la Loi. Voici ce qu'il a dit aux pp. 141 et 142:

[TRADUCTION] Est-ce une «circonstance extraordinaire» dont il faut tenir compte en l'espèce et qui peut justifier une ordonnance prévoyant un partage inégal, si, pour l'une ou plusieurs des raisons que j'ai mentionnées, je suis convaincu qu'il est injuste ou inéquitable de le faire? Je crois que oui. Le décès de M^me^ Bugoy à l'âge de 46 ans a changé radicalement la question relative au foyer conjugal. Il s'agit là, à mon avis, d'une circonstance extraordinaire au sens de la Loi. En raison de son décès et du testament qu'elle a laissé, si j'ordonnais le partage égal du foyer conjugal ou de sa valeur, la moitié serait dévolue à des étrangers ou autres personnes qui n'en ont pas besoin et qui n'y ont contribué en aucune façon, ce qui priverait l'intimé du fruit des efforts qu'il a déployés pendant 30 ans avec l'aide de son père, de sa sœur et de son beau-frère.

À mon avis, il serait tout à fait inéquitable et injuste dans ces circonstances extraordinaires de partager le foyer conjugal ou sa valeur de façon égale entre l'intimé et la représentante successorale. Étant arrivé à cette conclusion, j'ai le pouvoir en vertu de la Loi de refuser l'ordonnance, d'ordonner que le foyer conjugal ou sa valeur soit dévolu à l'intimé ou de rendre toute autre ordonnance que j'estime juste et équitable.

Dans ces circonstances, je refuse d'ordonner le partage du foyer conjugal. Celui-ci appartient présentement

and no order as to ownership is thus required. As to its value I order that the entire value be vested in him.

The trial judge then dealt with the remaining matrimonial property valued at $132,000. This total was made up of:

Land	$ 75,000
Cattle	20,000
Vehicles and machinery	22,000
Feed and grain on hand	5,000
Cash & miscellaneous	10,000
	$132,000

While he referred to a number of equitable considerations, including contributions by third parties (s. 21(2)(*e*)), tax liabilities which could flow from the transfer of assets (s. 21(2)(*j*)) and the interests of the son, Ervin, under the agreement with his parents (s. 21(2)(*n*)), it is evident that the departure from an equal division was based largely upon the judge's finding that the death of the wife and the contents of her will would render an equal division of the matrimonial estate unfair and inequitable. He noted, however, that the wife's family had contributed assets to the couple and concluded that some distribution should be made. He said, at p. 147:

> Mrs. Bugoy received $1,500 and four cows from her parents, the Holowkas. She names them in her will. It seems to me that I should respect the fact that she wished to leave some portion of her estate to her parents in recognition of their assistance to her. I believe I may have regard to these factors, for section 21(2)(*t*) empowers the court to make any other order that it considers both "fair and equitable". I think it fair and equitable under the circumstances of this case that I make some distribution.

He therefore ordered that $10,000 of the matrimonial assets be paid to the wife's personal representative and left the balance with the husband. An appeal by the appellant and a cross-appeal by the respondent were dismissed without written or recorded reasons.

From a review of the evidence and from the reasons for judgment of the trial judge, I conclude

à l'intimé et aucune ordonnance n'est donc requise à cet effet. Quant à sa valeur, je la lui accorde en entier.

Le juge de première instance a ensuite examiné les autres biens du mariage évalués à 132 000 $. Cette somme est répartie de la façon suivante:

Terre	75 000 $
Bétail	20 000 $
Véhicules et machinerie	22 000 $
Fourrage et grain en stock	5 000 $
Argent en espèces et divers	10 000 $
	132 000 $

Même si le juge a mentionné un certain nombre de considérations d'équité, notamment les apports des tiers (al. 21(2)*e*)), l'assujettissement à l'impôt pouvant découler du transfert des biens (al. 21(2)*j*)) et l'intérêt du fils, Ervin, en vertu de l'accord conclu avec ses parents (al. 21(2)*n*)), il est évident que la dérogation au principe du partage égal se fonde en grande partie sur la conclusion du juge selon laquelle le décès de l'épouse et le contenu de son testament rendraient injuste et inéquitable le partage égal des biens du mariage. Il a cependant fait remarquer que la famille de l'épouse a offert des biens au couple et il a conclu qu'il y avait lieu d'effectuer un certain partage. Voici ce qu'il a dit à la p. 147:

> [TRADUCTION] M^me^ Bugoy a reçu de ses parents, les Holowkas, la somme de 1 500 $ et quatre vaches. Elle fait mention de leur nom dans son testament. Il me semble que je dois tenir compte du fait qu'elle désirait léguer une partie de ses biens à ses parents en reconnaissance de leur aide. J'estime pouvoir me fonder sur ces facteurs car l'al. 21(2)*t*) habilite la cour à rendre toute autre ordonnance qu'elle estime «juste et équitable». Je pense qu'il est juste et équitable dans les circonstances de l'espèce d'effectuer un certain partage.

Il a par conséquent ordonné que la somme de 10 000 $ faisant partie des biens du mariage soit versée à la représentante successorale de l'épouse et que le solde soit remis à son conjoint. L'appel interjeté par l'appelante et l'appel incident de l'intimé ont été rejetés sans motifs écrits ou versés au dossier.

Après avoir passé en revue les éléments de preuve et les motifs du juge de première instance,

that had the wife survived there would have been no basis upon which the trial judge could have departed from an equal division of the property between the spouses, subject to the interest of the son, under the aforesaid agreement. The issue thus becomes: Where a spouse commences proceedings for a distribution of matrimonial property and dies prior to the determination of the application, may the death and the provisions of any will be considered as factors in deciding upon an unequal distribution? In order to answer this question, it is necessary to examine the Act and the nature of the rights conferred by the statute.

The purpose of *The Matrimonial Property Act* is set out in s. 20:

20. The purpose of this Act, and in particular of this Part, is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint and mutual responsibilities of spouses and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities that entitles each spouse to an equal distribution of the matrimonial property, subject to the exceptions, exemptions and equitable considerations mentioned in this Act.

The Act superimposes upon the law of property in the province a special code for the distribution of matrimonial property between spouses. Under the provisions of the Act, if the husband and wife live out their days without invoking the distribution provisions, their separate property rights remain in force, pursuant to s. 43:

43. No provision of this Act vests any title to or interest in any matrimonial property of one spouse in the other spouse, and the spouse who owns the matrimonial property may, subject to subsection 18(2) and sections 28 and 50, any interspousal contract and any order of a court made under this Act, sell, lease, mortgage, hypothecate, repair, improve, demolish, spend or otherwise deal with or dispose of the property as if this Act had not been passed.

The new property régime envisaged by the Act—that is, the *prima facie* entitlement of each spouse to one half of the matrimonial property, regardless of ownership—does not affect individual property rights until, on the application of one spouse, the

je conclus que, si l'épouse avait survécu, il n'y aurait aucun motif pour lequel le juge de première instance aurait pu déroger au partage égal des biens entre les conjoints, sous réserve des droits du fils en vertu de l'accord susmentionné. La question en litige est donc la suivante: lorsqu'un conjoint entame des procédures en vue du partage des biens du mariage et décède avant que sa demande ne soit réglée, ce décès et les clauses d'un testament peuvent-ils être considérés comme des facteurs permettant d'effectuer un partage inégal? Pour répondre à cette question, il faut examiner la Loi et la nature des droits qu'elle confère.

L'objet de *The Matrimonial Property Act* est énoncé à l'art. 20:

[TRADUCTION] **20.** Le but de la présente loi et en particulier de la présente Partie est de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières et que les responsabilités communes des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, sont inhérentes au lien conjugal et permettent à chacun d'eux d'obtenir le partage égal des biens du mariage, sous réserve des exceptions, exemptions et considérations d'équité mentionnées dans la présente loi.

La Loi superpose au droit régissant les biens dans la province des dispositions spéciales concernant le partage des biens du mariage entre conjoints. En vertu de ces dispositions, si les conjoints vivent jusqu'à la fin de leurs jours sans invoquer les dispositions relatives au partage, ils continuent d'exercer leurs droits sur leurs biens propres conformément à l'art. 43:

[TRADUCTION] **43.** La présente loi ne transfère d'un conjoint à l'autre conjoint aucun titre de propriété ni aucun droit dans un bien du mariage, et le conjoint à qui appartient le bien en question peut, sous réserve du par. 18(2), des art. 28 et 50, d'un contrat conclu entre conjoints et d'une ordonnance judiciaire rendue sous le régime de la présente loi, vendre, donner à bail, hypothéquer, réparer, améliorer, démolir, dépenser ou autrement aliéner ce bien comme si la présente loi n'avait pas été adoptée.

Le nouveau régime des biens envisagé par la Loi, savoir, le droit *prima facie* de chacun des conjoints à la moitié des biens du mariage peu importe à qui ils appartiennent, n'a aucun effet sur les droits relatifs aux biens propres à moins que la cour

court orders distribution. Sections 21 and 22 govern the making of a distribution order. Section 21 provides:

21.—(1) Upon application by a spouse for the distribution of matrimonial property, the court shall, subject to any exceptions, exemptions and equitable considerations mentioned in this Act, order that the matrimonial property or its value be distributed equally between the spouses.

(2) Subject to section 22, where, having regard to:

(*a*) any written agreement between the spouses or between one or both spouses and a third party;

(*b*) the length of time that the spouses have cohabited before and during their marriage;

(*c*) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;

(*d*) the date when the matrimonial property was acquired;

(*e*) the contribution, whether financial or in some other form, made directly or indirectly by a third party on behalf of a spouse to the acquisition, disposition, operation, management or use of the matrimonial property;

(*f*) any direct or indirect contribution made by one spouse to the career or career potential of the other spouse;

(*g*) the extent to which the financial means and earning capacity of each spouse have been affected by the responsibilities and other circumstances of the marriage;

(*h*) the fact that a spouse has made:

(*i*) a substantial gift of property to a third party; or

(*ii*) a transfer of property to a third party other than a *bona fide* purchaser for value;

(*i*) a previous distribution of matrimonial property between the spouses by gift or agreement or pursuant to an order of any court of competent jurisdiction made before or after the coming into force of this Act;

(*j*) a tax liability that may be incurred by a spouse as a result of the transfer or sale of matrimonial property or any order made by the court;

(*k*) the fact that a spouse has dissipated matrimonial property;

(*l*) subject to subsection 30(3), any benefit received or receivable by the surviving spouse as a result of the death of his spouse;

(*m*) any maintenance payments payable for the support of a child;

n'ordonne le partage à la demande de l'un des conjoints. Les articles 21 et 22 régissent les ordonnances de partage. L'article 21 prévoit:

[TRADUCTION] **21.**—(1) Lorsqu'un conjoint demande le partage des biens du mariage, la cour doit, sous réserve des exceptions, exemptions et considérations d'équité mentionnées dans la présente loi, ordonner que les biens du mariage ou leur valeur soient partagés également entre les conjoints.

(2) Sous réserve de l'article 22, lorsque, étant donné

a) l'existence d'un accord écrit entre les conjoints ou entre l'un d'entre eux ou les deux et un tiers,

b) la durée de la cohabitation des conjoints avant et pendant leur mariage,

c) la durée de séparation des conjoints,

d) la date de l'acquisition des biens du mariage,

e) l'apport, financier ou autre, fait directement ou indirectement par un tiers pour le compte d'un conjoint aux fins de l'acquisition, de l'aliénation, du fonctionnement, de la gestion ou de l'emploi des biens du mariage,

f) l'apport direct ou indirect d'un conjoint à la carrière de son conjoint ou à son avancement,

g) la mesure dans laquelle les moyens financiers et la capacité de gain de chaque conjoint ont été influencés par les responsabilités et autres circonstances du mariage,

h) qu'un conjoint a

(*i*) donné un bien d'une valeur considérable à un tiers, ou

(*ii*) cédé un bien à un tiers autre qu'un acheteur de bonne foi contre valeur,

i) le partage antérieur des biens du mariage entre les conjoints par donation ou accord ou en vertu d'une ordonnance d'une cour compétente rendue avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi,

j) l'impôt auquel peut être assujetti un conjoint par suite du transfert ou de la vente d'un bien du mariage ou d'une ordonnance judiciaire,

k) qu'un conjoint a dissipé les biens du mariage,

l) sous réserve du paragraphe 30(3), un avantage reçu ou recevable par le conjoint survivant par suite du décès de son conjoint,

m) les versements d'une pension alimentaire pour l'entretien d'un enfant,

(*n*) interests of third parties in the matrimonial property;

(*o*) any debts or liabilities of a spouse including debts paid during the course of the marriage;

(*p*) the value of matrimonial property situated outside Saskatchewan;

(*q*) any other relevant fact or circumstance;

the court is satisfied that it would be unfair and inequitable to make an equal distribution of matrimonial property or its value, the court may:

(*r*) refuse to order any distribution;

(*s*) order that all the matrimonial property or its value be vested in one spouse; or

(*t*) make any other order that it considers fair and equitable.

It may be seen that the distribution is to be equal, subject to the exceptions, exemptions, and equitable considerations mentioned in the Act. Subsection (2) goes on to provide that if upon a consideration of the factors mentioned in paras. (*a*) to (*q*) the court is satisfied that it would be unfair and inequitable to make an equal distribution of matrimonial property or its value, the court may decline to order a distribution, vest all property in one spouse, or make any other order it considers fair and equitable.

Section 22 deals with the matrimonial home in these words:

22.—(1) Where a matrimonial home is a subject of an application for an order under subsection 21(1), the court shall, having regard to any tax liability, encumbrance or other debt or liability pertaining to the matrimonial home, distribute the matrimonial home or its value equally between the spouses except where the court is satisfied that it would be:

(*a*) unfair and inequitable to do so, having regard only to any extraordinary circumstance; or

(*b*) unfair and inequitable to the spouse who has custody of the children;

and in that case the court may:

(*c*) refuse to order any distribution;

(*d*) order that the entire matrimonial home or its value be vested in one spouse; or

(*e*) order any distribution that it considers fair and equitable.

(2) Where there is more than one matrimonial home, the court may designate to which matrimonial home subsection (1) applies and any remaining matrimonial home shall be distributed in accordance with section 21.

n) les droits des tiers dans les biens du mariage,

o) les dettes ou engagements d'un conjoint, notamment les dettes acquittées au cours du mariage,

p) la valeur des biens du mariage se trouvant à l'extérieur de la Saskatchewan,

q) tout autre fait ou circonstance pertinents,

la cour est convaincue qu'il serait injuste et inéquitable de procéder à un partage égal des biens du mariage ou de leur valeur, elle peut:

r) refuser d'ordonner le partage,

s) ordonner que la totalité des biens du mariage ou de leur valeur soit dévolue à un conjoint, ou

t) rendre toute autre ordonnance qu'elle estime juste et équitable.

On peut constater que le partage doit être égal, sous réserve des exceptions, exemptions et considérations d'équité mentionnées dans la Loi. Le paragraphe (2) prévoit en outre que si, compte tenu des facteurs mentionnés aux al. *a*) à *q*), la cour est convaincue qu'il serait injuste et inéquitable de procéder à un partage égal des biens du mariage ou de leur valeur, elle peut refuser d'ordonner le partage, attribuer tous les biens à l'un des conjoints ou rendre toute autre ordonnance qu'elle estime juste et équitable.

L'article 22 régit le foyer conjugal en ces termes:

[TRADUCTION] **22.**—(1) Lorsqu'un foyer conjugal fait l'objet d'une demande d'ordonnance fondée sur le par. 21(1), la cour doit, compte tenu de l'assujettissement à l'impôt, d'une charge ou de toute autre dette ou obligation grevant le foyer conjugal, partager également ledit foyer ou sa valeur entre les conjoints, à moins qu'elle ne soit convaincue que ce partage serait

a) injuste et inéquitable, compte tenu uniquement de circonstances extraordinaires, ou

b) injuste et inéquitable pour le conjoint qui a la garde des enfants,

et la cour peut, dans ce cas,

c) refuser d'ordonner le partage,

d) ordonner que la totalité du foyer conjugal ou de sa valeur soit dévolue à un conjoint, ou

e) ordonner tout partage qu'elle estime juste et équitable.

(2) Lorsqu'il y a plus d'un foyer conjugal, la cour peut indiquer à quel foyer conjugal le paragraphe (1) s'applique et tout autre foyer conjugal doit être partagé en conformité avec l'art. 21.

Again, an equal distribution is envisaged, except where the court is satisfied that it would be unfair and inequitable, having regard only to an extraordinary circumstance or the needs of a spouse having custody of children. In such event, the court may make any of the orders provided for in s. 21.

It has been the practice of some judges in Saskatchewan to consider the death of a spouse and the contents of a will as relevant factors in making distribution orders. In *Re Spencer; Spencer v. Spencer* (1983), 34 R.F.L. (2d) 358 (Sask. Q.B.), McIntyre J. dealt with the distribution of a substantial matrimonial estate where the husband had died prior to its resolution and where the applicant wife had contributed greatly to the acquisition of the property. At pages 364-65, he said:

> It seems to me that the purpose of the Matrimonial Property Act is to distribute property between spouses and when one spouse is gone, as is the case here, then this factor must weigh heavily in my decision as to what, if any, distribution should be made to anyone else. The position taken by the solicitor for the applicant is that Mrs. Spencer should receive 100 per cent of the matrimonial estate. The position taken by the solicitor for the respondent is that Mrs. Spencer is entitled to one half of the estate and that the other half should be distributed in accordance with the testamentary wishes of Ralph Spencer. The hard fact that I must keep in mind is that there is no order I could possibly make which could give effect to the testamentary wishes of Ralph Spencer because his principal benficiary was his bachelor brother, who has departed this world.

and continued, at p. 365:

> This, then, brings me to the crucial question: what should the applicant Marion Ruth Spencer receive? After carefully considering all of the facts and the applicable law, I am of the view that it would be totally unfair and highly inequitable to make an equal distribution of this matrimonial property and I direct that all of the matrimonial property be vested in Marion Ruth Spencer. It seems to me that the life of deprivation and hard work of Marion Ruth Spencer brings this application squarely within s. 21(2)(*s*) and, pursuant to s. 21(2)(*t*), I consider that this order is fair and equitable. I need not look carefully into the Dependants' Relief Act application because of my disposition of the estate

On envisage une fois de plus un partage égal, sauf lorsque la cour est convaincue que ce partage serait injuste et inéquitable, compte tenu uniquement de circonstances extraordinaires ou des besoins d'un conjoint qui a la garde des enfants. Dans un tel cas, la cour peut rendre l'une ou l'autre des ordonnances prévues à l'art. 21.

Il est devenu habituel pour certains juges de la Saskatchewan de considérer le décès d'un conjoint et la teneur d'un testament comme des facteurs pertinents lorsqu'ils rendent une ordonnance de partage. Dans l'affaire *Re Spencer; Spencer v. Spencer* (1983), 34 R.F.L. (2d) 358 (B.R. Sask.), le juge McIntyre a examiné le partage de biens importants du mariage en tenant compte du fait que l'époux est décédé avant le règlement de ce partage et que l'épouse requérante avait largement contribué à l'acquisition des biens. Voici ce qu'il a dit aux pp. 364 et 365:

> [TRADUCTION] Il me semble que The Matrimonial Property Act a pour but de répartir les biens entre les conjoints et que lorsque l'un d'eux décède, comme en l'espèce, ce facteur revêt une grande importance lorsqu'il me faut décider s'il doit y avoir un partage en faveur de quelqu'un d'autre. Le procureur de la requérante prétend que M^me^ Spencer a droit à la totalité des biens du mariage. Le procureur de l'intimé soutient que M^me^ Spencer a droit à la moitié de ces biens et que l'autre moitié doit être partagée conformément aux volontés de Ralph Spencer. Il me faut garder à l'esprit que je ne peux rendre aucune ordonnance qui donnerait effet aux volontés de Ralph Spencer car son principal bénéficiaire était son frère célibataire qui n'est plus de ce monde.

Et il a ajouté à la p. 365:

> [TRADUCTION] Cela m'amène à la question cruciale qui est de déterminer la part de la requérante Marion Ruth Spencer. Après avoir soigneusement examiné tous les faits et le droit applicable, je suis d'avis qu'il serait tout à fait injuste et hautement inéquitable de partager également ces biens du mariage et j'attribue tous ces biens à Marion Ruth Spencer. Il me semble que la vie de privation et de dur labeur de Marion Ruth Spencer permet nettement d'appliquer l'al. 21(2)*s*) à la présente demande et j'estime que cette ordonnance est juste et équitable au sens de l'al. 21(2)*t*). Je n'ai pas à scruter la demande fondée sur The Dependants' Relief Act, étant donné le partage des biens que j'ai effectué en vertu de

under the Matrimonial Property Act but, in accordance with the agreement to apply the evidence, I am satisfied that if I had to decide the matter pursuant to the Dependants' Relief Act, I would likely make the same order, namely, that all of the estate of Ralph Spencer vest in Marion Ruth Spencer.

In *Van Meter Estate v. Van Meter* (1983), 25 Sask. R. 109 (Sask. Q.B.), Gerein J. ordered an unequal division where the wife died prior to completion of her application for distribution of assets. He weighed a number of factors in reaching this decision including the length of the marriage (six years), the date of acquisition of the home, the death of the wife, and the contents of her will which would have distributed the property to strangers.

In *Troendle v. Canada Permanent Trust Co.* (1981), 11 Sask. R. 47 (Sask. Fam. Ct.), a surviving spouse brought an application for division of matrimonial property. It was coupled with an application under *The Dependants' Relief Act*, R.S.S. 1978, c. D-25. By his will, the deceased husband had left all his property to his Trustee in trust to run the farm and pay the net income therefrom to his wife during her lifetime. The wife was capable of running the farm operation on her own but the Trustee had refused to lease the land to her. The wife would have been entitled, had her husband been living, to fifty per cent of the farm, but Dickson J. ordered that the entire estate vest in the wife. While the only reason given for this unequal division was the finding that a division of the farm would result in two uneconomical units, it is apparent that the death and will of the husband were decisive factors since there was nothing else in the relationship of the parties which would have justified a distribution of one hundred per cent of the assets to the wife. Having disposed of the application under *The Matrimonial Property Act*, Dickson J. dismissed the application under *The Dependants' Relief Act*.

I am of the view that the trial judge in the case at bar and the judges in the cases cited above were not in error in taking the death and will of a spouse into consideration in distributing matrimonial property. This approach is consistent

The Matrimonial Property Act mais, conformément à l'entente permettant d'appliquer les éléments de preuve, je suis convaincu que, si je devais trancher la question sous le régime de The Dependants' Relief Act, je rendrais vraisemblablement la même ordonnance, c'est-à-dire que j'attribuerais tous les biens de Ralph Spencer à Marion Ruth Spencer.

Dans l'affaire *Van Meter Estate v. Van Meter* (1983), 25 Sask. R. 109 (B.R. Sask.), le juge Gerein a ordonné un partage inégal parce que l'épouse est décédée avant que sa demande de partage des biens ne soit tranchée. Il a rendu sa décision en tenant compte d'un certain nombre de facteurs notamment la durée du mariage (six ans), la date d'acquisition du domicile, le décès de l'épouse et la teneur de son testament qui aurait attribué les biens à des étrangers.

Dans l'affaire *Troendle v. Canada Permanent Trust Co.* (1981), 11 Sask. R. 47 (Trib. de la famille Sask.), un conjoint survivant a présenté une demande de partage des biens du mariage ainsi qu'une demande fondée sur *The Dependants' Relief Act*, R.S.S. 1978, chap. D-25. Aux termes de son testament, l'époux décédé léguait tous ses biens à son fiduciaire pour qu'il exploite la ferme et verse le revenu net de cette exploitation à son épouse sa vie durant. Celle-ci était en mesure d'exploiter elle-même la ferme mais le fiduciaire a refusé de la lui céder à bail. Si l'époux avait survécu, son épouse aurait eu droit à la moitié de la ferme, mais le juge Dickson a décidé que tous les biens lui revenaient. Bien que le seul motif expliquant ce partage inégal fût la conclusion selon laquelle le partage de la ferme créerait deux unités non rentables, il est manifeste que le décès et le testament de l'époux ont été des facteurs décisifs puisque rien d'autre dans les rapports entre les parties n'aurait justifié l'attribution de la totalité des biens à l'épouse. Ayant statué sur la demande en vertu de *The Matrimonial Property Act*, le juge Dickson a rejeté la demande fondée sur *The Dependants' Relief Act*.

Je suis d'avis que le juge de première instance en l'espèce et les juges qui se sont prononcés dans les causes susmentionnées n'ont pas commis d'erreur en prenant en considération le décès et le testament d'un conjoint aux fins du partage des biens

with the overall scheme of the Act which is designed to insure that the parties to a marriage share the property they have acquired through their mutual efforts. The Act's purpose is to benefit the spouses personally, and not their estates. This is evident from a reading of s. 36 of the Act which provides.

> **36.** Notwithstanding any other Act or law, but subject to sections 8, 10 and 11 and subsections 26(2) and 30(1), the rights conferred on a person under this Act do not survive the death of that person for the benefit of his estate.

None of the exceptions mentioned in ss. 8, 10, 11 and 26(2) is applicable here. Section 30(1) does apply. Its purpose, however, is not to oust the jurisdiction of the Court to make an equitable division but to preserve the rights under the Act of a deceased spouse who has invoked the jurisdiction of the Court during his or her lifetime. It does not in any way interfere with the deceased spouse's right to dispose of his or her property by will. The decision made by the Court will, of course, determine the extent of the property over which that spouse has disposing power. That result follows on the continuation by a personal representative of an application commenced by a deceased spouse. Had Mrs. Bugoy not brought her application her rights under the Act would have died with her by virtue of s. 36. As it is, they remain open for determination by the Court in accordance with the provisions of the Act. There is nothing in s. 30(1) to eliminate consideration of the death of the deceased in determining those rights. The exception could have other purposes as well, in that it could be employed by a personal representative in advancing a claim that certain property is not subject to distribution under the Act and forms part of the estate of the deceased's spouse independently of the provisions of the Act.

Counsel for the appellant contended that the will of a deceased spouse should not be considered in the division of matrimonial assets, but rather under *The Dependants' Relief Act*. Section 37 of *The Matrimonial Property Act* expressly provides that a surviving spouse retains the right to seek relief under *The Dependants' Relief Act* and to join that application with proceedings under *The*

du mariage. Ce point de vue est compatible avec l'économie générale de la Loi qui vise à faire en sorte que les époux partagent les biens qu'ils ont acquis grâce à leurs efforts communs. La Loi a pour objet d'avantager les conjoints personnellement et non leurs héritiers. Cela est évident à la lecture de l'art. 36 de la Loi qui prévoit:

> [TRADUCTION] **36.** Nonobstant toute autre loi ou règle de droit, mais sous réserve des articles 8, 10 et 11 et des paragraphes 26(2) et 30(1), les droits conférés à une personne en vertu de la présente loi ne sont pas transmis à ses héritiers lors de son décès.

Aucune des exceptions mentionnées aux art. 8, 10 et 11 et au par. 26(2) ne s'appliquent ici. Par contre, le par. 30(1) s'applique. Son objet n'est toutefois pas de priver la Cour de son pouvoir de faire un partage équitable, mais de préserver les droits conférés par la Loi au conjoint décédé qui, de son vivant, avait eu recours aux tribunaux. Il ne touche en aucune façon au droit du conjoint décédé de léguer ses biens par testament. La décision de la Cour déterminera évidemment la part des biens que cet époux avait le pouvoir de léguer. Ce résultat découle de la reprise par un représentant successoral de la demande présentée par le conjoint décédé. Si M^me^ Bugoy n'avait pas présenté sa demande, les droits que lui conférait la Loi se seraient éteints en vertu de l'art. 36. En l'occurrence, il appartient toujours à la Cour de les trancher conformément aux dispositions de la Loi. Rien au par. 30(1) n'empêche de prendre en considération le décès lorsqu'on détermine ces droits. L'exception peut aussi avoir d'autres objets, en ce sens qu'un représentant successoral pourrait l'utiliser pour faire valoir que certains biens sont exclus du partage en vertu de la Loi et font partie de la succession du conjoint décédé, indépendamment des dispositions de la Loi.

L'avocat de l'appelante soutient que le testament d'un conjoint décédé ne doit pas entrer en ligne de compte dans le partage des biens du mariage, mais qu'il a son effet sous le régime de *The Dependants' Relief Act*. L'article 37 de *The Matrimonial Property Act* prévoit expressément qu'un conjoint survivant conserve le droit de demander un redressement en vertu de *The*

Matrimonial Property Act. It was therefore argued that dependants' relief proceedings were the only means by which the testamentary dispositions of a deceased spouse could be questioned. I see no reason why the right to seek relief under *The Dependants' Relief Act* should bar consideration of the death and will of a spouse in the division of matrimonial property. Consideration of these factors in an application for a distribution of matrimonial property under the provisions of the Act would not render redundant the statutory reference to *The Dependants' Relief Act*. The right to invoke the provisions of *The Dependants' Relief Act* could, for example, be of great significance in a case where the assets subject to distribution were small in value and insufficient to provide for a surviving spouse and where, at the same time, the assets of the deceased spouse were in great part exempted from distribution under s. 23 of the Act. It is for this reason that s. 37 leaves intact the right of a surviving spouse under *The Dependants' Relief Act*.

Furthermore, the consideration of the will of the deceased by the trial judge involves no undue interference with the right of testamentary disposition, as was contended by the appellant. The will of the deceased spouse will still be effective to deal with property not subject to the provisions of the Act, such as property falling within the premarital exemption under s. 23, as well as his or her share of property as fixed in the order of distribution. It should be remembered as well that the deceased spouse has not, prior to the distribution order, acquired any vested interest in the matrimonial property subject to division. Until the order is made the rights of a spouse are limited to a right to apply to the court for a determination of the extent of his or her interest: see *Re Maroukis and Maroukis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 718 (Ont. C.A.), (appeal dismissed in this Court, [1984] 2 S.C.R. 137).

The purpose of the Act is to deal equitably between the spouses with respect to the assets

Dependants' Relief Act et de joindre cette demande aux procédures engagées sous le régime de *The Matrimonial Property Act*. On a donc prétendu que les demandes de redressement présentées par les personnes à charge étaient le seul moyen qui permettrait de contester les dispositions testamentaires d'un conjoint décédé. Je ne vois pas pourquoi le droit de demander un redressement sous le régime de *The Dependants' Relief Act* empêcherait les tribunaux de prendre en considération le décès et le testament d'un conjoint aux fins du partage des biens du mariage. Considérer ces facteurs dans une demande de partage des biens du mariage en vertu des dispositions de la Loi ne rendrait pas inutile le renvoi, dans ladite loi, à *The Dependants' Relief Act*. Le droit d'invoquer les dispositions de cette dernière loi pourrait, par exemple, revêtir une grande importance dans une affaire où les biens faisant l'objet du partage ont une valeur minime et ne suffisent pas à subvenir aux besoins d'un conjoint survivant et où, en même temps, les biens du conjoint décédé sont en grande partie exclus du partage en vertu de l'art. 23 de la Loi. C'est pour cette raison que l'art. 37 ne porte aucunement atteinte au droit conféré au conjoint survivant par *The Dependants' Relief Act*.

En outre, le juge de première instance ne s'immisce pas indûment dans le droit de léguer par testament en prenant en considération le testament du défunt, comme l'a prétendu l'appelante. Le testament du conjoint décédé continuera de s'appliquer aux biens qui ne sont pas assujettis à la Loi, par exemple les biens acquis avant le mariage qui sont exclus par l'art. 23, de même que sa part des biens déterminée par l'ordonnance de partage. Il faut également se rappeler que, avant l'ordonnance de partage, le conjoint décédé n'a aucun droit acquis dans les biens du mariage qui font l'objet du partage. Avant que l'ordonnance ne soit rendue, un conjoint ne peut que demander à la cour de déterminer l'étendue de ses droits: voir *Re Maroukis and Maroukis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 718 (C.A. Ont.), (pourvoi rejeté par cette Cour, [1984] 2 R.C.S. 137).

L'objet de la Loi est de traiter équitablement les époux relativement aux biens acquis d'un commun

which have been acquired by their joint efforts during marriage. When one of the spouses dies after submitting her rights to the court but prior to the court's determination as to what equity calls for, it seems quite unrealistic to say that such a circumstance is not a relevant factor for the court to consider. What constitutes equity between two spouses who will continue to enjoy their respective shares of the assets which they worked in concert to acquire will not necessarily constitute equity between spouses one of whom will continue to enjoy his share and one whose sole interest will be her power to pass her share on to others. I would not say that in all cases where a spouse dies before the making of a distribution order his or her share may be automatically reduced. There will, no doubt, be many cases where the death of a spouse and the contents of a will would be of no consequence in the court's decision.

In this case, where the will would divert a large part of the matrimonial property to strangers who made no contribution to the acquisition of the assets, and where a substantial distribution to the deceased's estate would affect the interest of the son in property subject to the agreement found by the trial judge to have been made with his parents, I am of the opinion that the trial judge was right in his disposition of the matter and I agree with the Court of Appeal that it should not be disturbed. I would therefore dismiss the appeal. The appellant is entitled to costs at trial and in the Court of Appeal. There will be no order as to costs in this Court.

Appeal allowed, MCINTYRE, LAMER *and* WILSON JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Olive, Waller, Zinkhan and Waller, Regina.

Solicitors for the respondent: Rusnak, Balacko & Kachur, Yorkton.

effort au cours du mariage. Lorsqu'un des conjoint décède après avoir demandé à la cour de statuer sur ses droits, mais avant la détermination par cette dernière de ce que l'équité impose, il semble tout à fait irréaliste de dire que cette circonstance ne constitute pas un facteur pertinent dont la cour peut tenir compte. Ce qui constitue l'équité entre deux conjoints qui vont continuer à jouir de leurs parts respectives des biens qu'ils ont acquis de concert par leur travail ne constitue pas nécessairement l'équité entre des conjoints dont l'un continue de jouir de sa part et l'autre dont le seul droit sera le pouvoir de transmettre sa part à d'autres. Je ne veux pas dire que dans tous les cas où un conjoint décède avant qu'une ordonnance de partage soit rendue, sa part peut être automatiquement réduite. Il y aura sans doute bien des cas où le décès d'un conjoint et la teneur de son testament n'auront aucun effet sur la décision de la cour.

Dans le présent cas où le testament attribue une partie importante des biens du mariage à des étrangers et où l'attribution d'une part considérable à la succession de la défunte toucherait au droit du fils sur les biens compte tenu de l'accord que, comme l'a établi le juge de première instance, il avait conclu avec ses parents, je suis d'avis que le juge de première instance a eu raison de trancher la question comme il l'a fait et je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne faut pas modifier sa décision. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi. L'appelante a droit aux dépens en première instance et en Cour d'appel. Il n'y aura pas adjudication de dépens en cette Cour.

Pourvoi accueilli, les juges MCINTYRE, LAMER *et* WILSON *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante: Olive, Waller, Zinkhan et Waller, Regina.

Procureurs de l'intimé: Rusnak, Balacko & Kachur, Yorkton.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Brian Wayne Toews *Respondent.*

File No.: 17666.

1984: October 30; 1985: September 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Care and control of vehicle while impaired — Accused sleeping in sleeping bag on front seat — Ignition on but motor not running — Whether or not accused in care and control of vehicle — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1), 237(1).

The police found respondent asleep in a sleeping bag on the front seat of a truck with his head by the passenger door. The truck was parked on private property. The ignition key was on and the stereo blaring but the truck was not running and the lights were off. There was no evidence as to who had put the key in the ignition but the truck had been last driven by a friend of the accused. The police noticed signs of alcoholic impairment when they woke the accused and blood alcohol readings were above the legal limit. Respondent was convicted in provincial court of having care and control of a motor vehicle while legally impaired. The County Court upheld the conviction but the Court of Appeal overturned it.

Held: The appeal should be dismissed.

The offence of having care or control of a motor vehicle while impaired is a separate offence from driving while impaired and may be committed whether or not the vehicle is in motion. The *mens rea* is the intent to assume care or control after voluntarily consuming alcohol or a drug and the *actus reus* is the act of assuming care or control. An absence of intent to drive does not of itself afford a defence. The Crown, given the facts, could not rely on the presumption of control arising out of the accused's occupying the driver's seat and had to rely on evidence showing control.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Brian Wayne Toews *Intimé.*

N° du greffe: 17666.

1984: 30 octobre; 1985: 19 septembre.

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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Garde et contrôle d'un véhicule alors que les facultés sont affaiblies — Accusé qui dort dans un sac de couchage sur le siège avant — Contact mis, mais moteur à l'arrêt — L'accusé a-t-il la garde et le contrôle du véhicule? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234(1), 237(1).

La police a trouvé l'accusé endormi dans un sac de couchage sur le siège avant d'un camion, la tête près de la portière du côté du passager. Le camion était stationné sur un terrain privé. La clef de contact était en place et le stéréo jouait fort, mais le moteur du camion ne tournait pas et les phares étaient éteints. Il n'y a pas de preuve à savoir qui a mis la clef dans le contact, mais un ami de l'accusé avait été le dernier à conduire le camion. Les policiers ont remarqué des signes d'ébriété après avoir réveillé l'intimé dont le taux d'alcoolémie dépassait la limite permise. L'intimé a été déclaré coupable en cour provinciale d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies. La Cour de comté a confirmé la déclaration de culpabilité, mais la Cour d'appel l'a annulée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'infraction qui consiste à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que ses facultés sont affaiblies est distincte de celle de conduire avec facultés affaiblies et on peut la commettre que le véhicule soit en mouvement ou non. La *mens rea* est l'intention d'assumer la garde ou le contrôle d'un véhicule après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue et l'*actus reus* est l'acte d'en assumer la garde ou le contrôle. L'absence d'intention de conduire ne constitue pas un moyen de défense. Vu les faits, la poursuite ne peut pas invoquer la présomption de contrôle qui découle de l'occupation par l'accusé de la place du conducteur et elle doit soumettre des éléments de preuve qui démontrent des actes de contrôle.

Acts of care or control, short of driving, involve some use of the car or its fittings and equipment, or some course of conduct associated with the vehicle which would involve a risk of putting the vehicle in motion. Respondent was unconscious and clearly not in *de facto* control, and his use of the sleeping bag supported the contention that the truck was merely a place to sleep. He was not occupying the driver's seat and no adverse inference would be drawn from the ignition key evidence. Since respondent was not shown to have performed any acts of care or control, he did not perform the *actus reus*.

Les actes de garde ou de contrôle, hormis l'acte de conduire, sont des actes qui comportent une certaine utilisation du véhicule ou de ses accessoires, ou une conduite quelconque à l'égard du véhicule qui comporte un risque de le mettre en mouvement. L'intimé était inconscient et n'avait clairement pas le contrôle réel du véhicule; l'utilisation d'un sac de couchage appuie l'affirmation qu'il utilisait le véhicule simplement comme un endroit pour dormir. Il n'occupait pas le siège du conducteur et on ne peut tirer de conclusion défavorable uniquement à cause de la preuve relative à la clef de contact. Puisqu'il n'a pas été démontré que l'intimé a accompli un acte de garde ou de contrôle, il n'a pas accompli l'*actus reus*.

Cases Cited

R. v. Donald (1970), 3 C.C.C. (2d) 146; *R. v. Thomson* (1940), 75 C.C.C. 141; *R. v. Henley*, [1963] 3 C.C.C. 360; *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378; *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231, referred to.

Jurisprudence

R. v. Donald (1970), 3 C.C.C. (2d) 146; *R. v. Thomson* (1940), 75 C.C.C. 141; *R. v. Henley*, [1963] 3 C.C.C. 360; *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378; *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1), 237(1).

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234(1), 237(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1983] 3 W.W.R. 667, 4 C.C.C. (3d) 450, 33 C.R. (3d) 279, allowing an appeal from a judgment of Perry Ct. Co. J. dismissing an appeal from a judgment of Kenny Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1983] 3 W.W.R. 667, 4 C.C.C. (3d) 450, 33 C.R. (3d) 279, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Perry, de la Cour de comté, rejetant un appel de la décision du juge Kenny de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Catherine Ryan, for the appellant.

Catherine Ryan, pour l'appelante.

William Firman, for the respondent.

William Firman, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

McINTYRE J.—The Crown has appealed against the unanimous judgment of the British Columbia Court of Appeal (Nemetz C.J.B.C., Carrothers and Hutcheon JJ.A.), which reverses the conviction of the respondent, Toews, upon a charge, under s. 234(1) of the *Criminal Code*, alleging that he had had care or control of an automobile while his ability to drive a motor vehicle was impaired by alcohol or a drug. In reasons for judgment, written by Hutcheon J.A., he referred to the conviction as being under s. 236(1) of the *Code*, that of having care or control of a motor vehicle having consumed alcohol in such

LE JUGE McINTYRE—Sa Majesté se pourvoit contre l'arrêt unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Nemetz et les juges Carrothers et Hutcheon) qui annule la déclaration de culpabilité de l'intimé Toews relativement à une accusation, portée en vertu du par. 234(1) du *Code criminel*, d'avoir eu la garde ou le contrôle d'une automobile à un moment où sa capacité de conduire était affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue. Dans les motifs de jugement qu'il a rédigés, le juge Hutcheon parle d'une déclaration de culpabilité en vertu du par. 236(1) du *Code*, c'est-à-dire d'avoir eu la garde ou le

quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. There is no significance for the purpose of this judgment in the difference.

The respondent was found by the police sleeping in the front seat of his truck at about 5:15 a.m. on July 20, 1980. The vehicle was on private property some eight to ten feet away from the road. The respondent was lying on the front seat, his head by the passenger side door, his lower body encased in a sleeping bag extending under the steering wheel with his feet resting on, or hanging towards, the floor. The ignition key was in the ignition, the stereo was playing loudly, the engine of the truck was not running, and the lights were not on. The police aroused the respondent and noted signs of alcoholic impairment. It was conceded that the respondent's blood alcohol readings were .16 and .17 and that his ability to drive was impaired. The evidence further revealed, and it was unquestioned, that the respondent had been driven by a friend from his home in the town of Endako to the house in Fraser Lake where his truck was parked and where the party was being held. The respondent left the party about 1:30 a.m. because he was tired and got into his truck to lie down and await his friend who remained at the party. The police arrived at about 5:15 a.m. in response to a call on another matter and found the respondent sleeping soundly in the truck. The respondent swore that he had no intent to drive the truck when he entered it and this seems to have been accepted in the courts below.

The respondent was convicted in the provincial court. The trial judge expressed the opinion that while the accused may not have entered the truck with the intent to drive it, and he may not have formed the intention while in the truck, he could, nevertheless, have changed his mind and driven it. The conviction was entered.

On the summary conviction appeal to the County Court (Perry Co. Ct. J.) the appeal was dismissed. Perry Co. Ct. J. was of the view that he was bound by the case of *R. v. Donald* (1970), 3 C.C.C. (2d) 146, in the British Columbia Court of Appeal. He concluded on the basis of that case that: "... the matter of the man's intention cannot

contrôle d'un véhicule à moteur avec un taux d'alcoolémie dépassant 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Pour les fins du présent pourvoi, cette différence n'a aucune importance.

La police a trouvé l'accusé endormi sur le siège avant de son camion, vers 5 h 15 le matin du 20 juillet 1980. Le véhicule était sur un terrain privé, à huit ou dix pieds de la route. L'intimé était couché sur le siège avant, la tête près de la portière du côté du passager, enveloppé jusqu'à la ceinture dans un sac de couchage étendu jusque sous le volant et avait les pieds pendants ou touchant le plancher. La clef de contact était en place, l'appareil stéréo jouait fort, mais le moteur du camion était arrêté et les phares étaient éteints. Les policiers ont réveillé l'intimé et remarqué des signes d'ébriété. Il est admis que le taux d'alcoolémie de l'intimé se situait entre 0,16 et 0,17 et que sa capacité de conduire était affaiblie. La preuve révèle de plus, ce qui n'est pas contesté, que l'intimé avait été conduit par un ami de chez lui à Endako à une maison à Fraser Lake où son camion était stationné et où la soirée avait lieu. L'intimé a quitté la soirée vers 1 h 30 du matin parce qu'il était fatigué; il est monté dans son camion pour se coucher et attendre son ami qui était resté à la soirée. Les policiers sont arrivés vers 5 h 15 du matin répondant à un appel relativement à autre chose et ont trouvé l'intimé profondément endormi dans le camion. L'intimé a juré qu'il n'avait pas l'intention de conduire le camion lorsqu'il y est monté, ce que semblent avoir cru les cours d'instance inférieure.

L'intimé a été déclaré coupable en cour provinciale. Le juge du procès a exprimé l'avis que, bien que l'accusé puisse être monté dans le camion sans avoir l'intention de le conduire et ne pas avoir formé cette intention alors qu'il était dans le camion, il aurait pu néanmoins changer d'avis et le conduire. Il a été déclaré coupable.

L'appel interjeté de la déclaration sommaire de culpabilité à la Cour de comté (le juge Perry) a été rejeté. Le juge Perry a été d'avis qu'il était lié par l'arrêt *R. v. Donald* (1970), 3 C.C.C. (2d) 146, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. En fonction de cet arrêt, il a conclu que [TRADUCTION] « ... la question de l'intention de la per-

really be a factor in this appeal", and he dismissed the appeal.

In the British Columbia Court of Appeal two grounds of appeal were considered. On the primary ground, that is, that the respondent had no intention of setting the truck in motion on his entry into the vehicle, Hutcheon J.A., for the Court, said:

> The appeal to this Court was filed some time before the majority of the Supreme Court of Canada in *Ford v. The Queen* (1982) 65 C.C.C. (2d) 392 (S.C.C.) [[1982] 1 S.C.R. 231] held that an intention to drive was not an essential element of the offence created by s. 236. The effect of *Ford v. The Queen* is to conclude this appeal against Toews on the primary issue raised in the Notice of Application for Leave to Appeal.

The second issue raised was stated by Hutcheon J.A. in these words:

> Can a person have care or control of a motor vehicle if his intention is to sleep in the vehicle rather than drive it?

He considered the decision of the majority of this Court in the *Ford* case, and said:

> Ritchie, J., speaking for the majority, found that an absence of intention to drive did not constitute a valid defence. He did not go on to define the mental element required.
>
> In my opinion, at the very least, the Crown must establish by inference or otherwise that the accused had the intention to use the motor vehicle as a motor vehicle - that is, to have the care or control of the motor vehicle as a motor vehicle. In the present case, the Crown has failed to establish that mental element.

Section 234(1) of the *Criminal Code* provides:

> **234.** (1) Every one who, while his ability to drive a motor vehicle is impaired by alcohol or a drug, drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable
>
> (*a*) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;
>
> (*b*) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

sonne ne peut pas réellement être un facteur déterminant dans le présent appel» et il a rejeté l'appel.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné deux moyens d'appel. Sur le premier moyen, savoir que l'intimé n'avait pas l'intention de mettre le camion en marche lorsqu'il y est monté, le juge Hutcheon, qui a rédigé les motifs, dit ceci:

> [TRADUCTION] L'appel en cette Cour a été inscrit quelque temps avant que la Cour suprême du Canada à la majorité ne décide, dans l'arrêt *Ford c. La Reine* (1982), 65 C.C.C. (2d) 392 (C.S.C.) [[1982] 1 R.C.S. 231], que l'intention de conduire n'est pas un élément essentiel de l'infraction définie par l'art. 236. Il résulte de l'arrêt *Ford c. La Reine* que le présent appel doit être tranché à l'encontre de Toews sur le premier moyen soulevé dans l'avis de demande d'autorisation d'appel.

Le juge Hutcheon expose le second moyen dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] Une personne peut-elle avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur si son intention est de dormir dans le véhicule plutôt que de le conduire?

Il a examiné l'arrêt majoritaire de cette Cour dans l'affaire *Ford* et a dit:

> [TRADUCTION] Le juge Ritchie a, au nom de la majorité, conclu que l'absence d'intention de conduire ne constitue pas un moyen valide de défense. Il n'a pas élaboré pour définir l'élément moral requis.
>
> À mon avis, la poursuite doit à tout le moins, établir par déduction ou autrement que l'accusé avait l'intention d'utiliser le véhicule à moteur comme un véhicule à moteur, c'est-à-dire avoir la garde ou le contrôle du véhicule à moteur en tant que véhicule à moteur. En l'espèce, la poursuite n'a pas prouvé cet élément moral.

Le paragraphe 234(1) du *Code criminel* dispose:

> **234.** (1) Quiconque, à un moment où sa capacité de conduire un véhicule à moteur est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, conduit un véhicule à moteur ou en a la garde ou le contrôle, que ce véhicule soit en mouvement ou non, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible,
>
> *a*) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une des peines;
>
> *b*) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

(*c*) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

While in my view the section is not applicable in this case, s. 237(1)(*a*) provides:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

(*a*) where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion;

At the outset it must be observed that the *Criminal Code* in s. 234(1) creates two separate offences. The first is driving a motor vehicle while the ability to drive is impaired by alcohol or a drug, and the second is having care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, while the ability to drive is impaired by alcohol or a drug. It follows then that when s. 234(1) provides for this second offence—that of having care or control—its words must refer to an element of care or control other than that of driving. For this reason it is clear, as has been held in this Court in *Ford*, that proof of an intent to drive—that is, to set the vehicle in motion—is not an essential element of proof in a charge of having care or control. On this question of intention on the part of the accused Hutcheon J.A. added:

I agree with Miss Ryan, counsel for the Crown, that the mens rea of the offence is not an intention to put the vehicle in motion; *Ford v. The Queen*. There is no such authority for the proposition that the means rea [*sic*] of the offence is not an intention to have care or control of the vehicle as a vehicle. If the evidence demonstrates that the accused intends to use the vehicle as his bedroom, why should that intention be irrelevant to this offence?

I am of the view that the intention of an accused charged under s. 234(1) is relevant in so far as it may contribute to the presence of the required *mens rea* for the offence or tend to exclude it. The

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

Bien qu'à mon avis il ne soit pas applicable à l'espèce, l'al. 237(1)*a*) dispose:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

a) lorsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu'il n'établisse qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche;

D'abord, il faut remarquer que le par. 234(1) du *Code criminel* crée deux infractions distinctes. La première consiste à conduire un véhicule à moteur à un moment où la capacité de conduire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue et la seconde consiste à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, que celui-ci soit en mouvement ou non, à un moment où la capacité de conduire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue. Il s'ensuit donc que lorsque le par. 234(1) définit cette seconde infraction—celle d'avoir la garde ou le contrôle—les mots doivent avoir trait à un élément de garde ou de contrôle autre que celui de conduire. Pour ce motif, il est clair, comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *Ford*, que la preuve de l'intention de conduire—c'est-à-dire de mettre le véhicule en mouvement—n'est pas un élément essentiel de la preuve de l'accusation d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule. À propos de cette question de l'intention de la part de l'accusé, le juge Hutcheon ajoute:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec Me Ryan, le substitut du procureur général, que la *mens rea* de l'infraction n'est pas l'intention de mettre le véhicule en mouvement; *Ford c. La Reine*. Il n'y a pas de jurisprudence selon laquelle la *mens rea* de l'infraction n'est pas l'intention d'avoir la garde ou le contrôle du véhicule en tant que véhicule. Si la preuve démontre que l'accusé a l'intention d'utiliser le véhicule comme sa chambre à coucher, pourquoi cette intention serait-elle étrangère à cette infraction?

Je suis d'avis que l'intention qu'a un accusé inculpé en vertu du par. 234(1) est pertinente pour autant qu'elle peut contribuer à établir la présence ou l'absence de la *mens rea* exigée pour l'infrac-

mens rea for driving while impaired is the intent to drive a motor vehicle after the voluntary consumption of alcohol or a drug. The *actus reus* is the act of driving where the voluntary consumption of alcohol or a drug has impaired the ability to drive. Similarly, the *mens rea* for having care or control of a motor vehicle is the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol or a drug. The *actus reus* is the act of assumption of care or control when the voluntary consumption of alcohol or a drug has impaired the ability to drive. In proving its case, the Crown must establish the presence of impairment by evidence in the usual way and the element of care or control may be established either by reliance upon the presumption in s. 237(1), where it is applicable, or by showing actual care or control without reliance upon the presumption: see *R. v. Donald, supra, per* Tysoe J.A., at p. 149.

tion. La *mens rea* de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies est l'intention de conduire un véhicule à moteur après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue. L'*actus reus* est l'acte qui consiste à conduire alors que la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue a affaibli la capacité de conduire. De même, la *mens rea* de l'infraction d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur est l'intention d'assumer la garde ou le contrôle après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue. L'*actus reus* est l'acte qui consiste à assumer la garde ou le contrôle du véhicule alors que la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue a affaibli la capacité de conduire. Pour faire sa preuve, la poursuite doit établir que les facultés sont affaiblies, selon les modes ordinaires de preuve, et l'élément de garde ou de contrôle peut être prouvé soit par recours à la présomption du par. 237(1), lorsqu'elle est applicable, ou par démonstration qu'il y a eu effectivement garde ou contrôle sans invoquer la présomption: voir *R. v. Donald*, précité, le juge Tysoe, à la p. 149.

To turn to the case at bar, as I have indicated above, I am in agreement with Hutcheon J.A. that the absence of an intent to drive the truck on the part of the respondent does not by itself afford him any defence. I am also of the view that the Crown cannot rely, in the facts of this case, on the presumption in s. 237(1). I would agree that to occupy the seat ordinarily occupied by the driver within the meaning of s. 237(1), one need not be sitting up straight with hands on the steering wheel and in all respects be ready to drive. The fact that some movement or adjustment of position might be required to enable a person to take the steering wheel and drive the car will not necessarily be such a departure from the occupation of the driver's seat that it will deprive the Crown of the right to rely on the presumption. However, in my view, by no extension or liberal interpretation of the words 'occupying the driver's seat' can the section apply here. The respondent was lying across the front seat, his head on the passenger side, his legs encased in a sleeping bag under the steering wheel. The Crown can take no comfort from the presumption in this case. The Crown is left then to

Pour revenir à l'espèce, comme je l'ai indiqué précédemment, je suis de l'avis du juge Hutcheon que l'absence d'intention de la part de l'intimé de conduire le camion ne constitue pas, en soi, un moyen de défense. Je suis également d'avis que la poursuite ne peut pas, vu les faits de l'espèce, invoquer la présomption du par. 237(1). Je conviens que pour occuper le siège ordinairement occupé par le conducteur au sens du par. 237(1), il n'est pas nécessaire d'être assis droit, d'avoir les mains sur le volant et d'être à tous égards prêt à conduire. Le fait qu'il soit nécessaire de faire une manœuvre ou un ajustement de position quelconque pour pouvoir prendre le volant et conduire la voiture n'est pas nécessairement tellement différent du fait d'occuper le siège de conducteur que cela privera la poursuite du droit d'invoquer la présomption. Cependant, à mon avis, aucune extension ou interprétation libérale des mots «occupait la place ordinairement occupée par le conducteur» ne permet d'appliquer l'article en l'espèce. L'intimé était couché sur le siège avant, la tête du côté du passager, les jambes glissées dans un sac de couchage sous le volant. La poursuite ne

rely on the evidence to show acts of care or control.

As I have noted earlier, the offence of having care or control of a motor vehicle while the ability to drive is impaired by alcohol or a drug is a separate offence from driving while the ability is impaired. It may be committed whether the vehicle is in motion or not. This leaves the Court with the question: What will constitute having care or control short of driving the vehicle? It is, I suggest, impossible to set down an exhaustive list of acts which could qualify as acts of care or control, but courts have provided illustrations which are of assistance. In *R. v. Thomson* (1940), 75 C.C.C. 141 (N.S.C.A.), Baxter C.J. said, at pp. 143-44:

I have had some difficulty in construing this expression but have come to the conclusion that "care" is intended to cover such a case as an intoxicated driver placing his vehicle, without applying the brakes, in such a situation that it may run away and occasion danger to the public. It is probably intended to cover the possible omission, because of intoxication, of such acts of care as would or might occasion harm, such acts, in short, as would render any person liable in damages for negligence. "Control" does not need definition. The man who is in a car and has within his reach the means of operating it is in control of it.

In the Nova Scotia County Court His Honour Judge Pottier said in *R. v. Henley*, [1963] 3 C.C.C. 360, at p. 366, in a case similar to this one:

It appears from the above cases that the word "care" implies at least physical possession of the motor vehicle with an element of control. A person *in* the motor vehicle may have the care thereof. The word care is generally used in jurisprudence in the sense of attention, heed, vigilance as opposed to carelessness, negligence, heedlessness. These uses are involved in the cases of duties and liabilities of motor vehicle operators, carriers, bailees, professional persons, etc., and turn largely on the question of negligence.

peut invoquer la présomption en l'espèce. La poursuite doit donc soumettre des éléments de preuve qui démontrent des actes de garde ou de contrôle.

Comme je l'ai noté précédemment, l'infraction qui consiste avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que la capacité de conduire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue est une infraction distincte de celle de conduire avec facultés affaiblies. On peut la commettre que le véhicule soit en mouvement ou non. Il reste donc à la Cour à résoudre la question suivante: en quoi consiste la garde ou le contrôle d'un véhicule si on ne le conduit pas? Il est, je pense, impossible de dresser une liste exhaustive des actes qui pourraient constituer des actes de garde ou de contrôle, mais les tribunaux ont donné des exemples qui peuvent aider. Dans *R. v. Thomson* (1940), 75 C.C.C. 141 (C.A.N.-É.), le juge en chef Baxter dit, aux pp. 143 et 144:

[TRADUCTION] J'ai eu un peu de difficulté à interpréter cette expression, mais je suis venu à la conclusion que la «garde» viserait le cas où un conducteur en état d'ébriété place son véhicule, sans mettre les freins, dans un endroit où celui-ci pourrait se déplacer et mettre le public en danger. Il vise probablement certaines mesures de précaution, peut-être omises à cause de l'état d'ébriété, qui pourraient constituer un danger, les actes, en bref, qui rendraient une personne responsable des dommages causés par sa négligence. Le «contrôle» n'a pas besoin d'être défini. Une personne qui se trouve dans une voiture et a à sa portée les moyens de la mettre en marche en a le contrôle.

En Cour de comté de Nouvelle-Écosse le juge Pottier dit dans *R. v. Henley*, [1963] 3 C.C.C. 360, à la p. 366, dans une affaire similaire à l'espèce:

[TRADUCTION] Il ressort des décisions mentionnées ci-dessus que le mot «garde» fait intervenir au moins la possession matérielle du véhicule à moteur en plus d'un élément de contrôle. Une personne qui se trouve *dans* le véhicule peut en avoir la garde. Le mot garde s'emploie généralement en droit dans le sens d'attention, de soin, de vigilance, par opposition à incurie, négligence, insouciance. Ces sens s'appliquent dans les affaires relatives aux devoirs et responsabilités des opérateurs de véhicule, des transporteurs, des locateurs ou des membres de professions libérale etc. et se rapportent principalement à la question de négligence.

The word "care" may also mean custody, charge, safe keeping, preservation, oversight or attention. Where it is used in this sense it becomes a relative term and is of broad comprehension. One has to look at the provision of its use and determine its physical sense from that standpoint . . . .

In *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 (N.B.C.A.), Limerick J.A., speaking for the Court, at pp. 383-84, said:

The word "care" is defined in The Oxford English Dictionary as "having in charge or protection". "Control" on the other hand is defined as "the fact of controlling or of checking and directing action" also as "the function or power of directing and regulating; domination, command, sway" . . . . The mischief sought to be prohibited by the section as expressed by the wording is that an intoxicated person who is in the immediate presence of a motor vehicle with the means of controlling it or setting it in motion is or may be a danger to the public. Even if he has no immediate intention of setting it in motion he can at any instant determine to do so, because his judgment may be so impaired that he cannot foresee the possible consequences of his actions.

This Court has recently considered the question in *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231. Ritchie J., speaking for the majority, said, at p. 249:

Care or control may be exercised without such intent where an accused performs some act or series of acts involving the use of the car, its fittings or equipment, such as occurred in this case, whereby the vehicle may unintentionally be set in motion creating the danger the section is designed to prevent.

There are, of course, other authorities dealing with the question. The cases cited, however, illustrate the point and lead to the conclusion that acts of care or control, short of driving, are acts which involve some use of the car or its fittings and equipment, or some course of conduct associated with the vehicle which would involve a risk of putting the vehicle in motion so that it could become dangerous. Each case will depend on its own facts and the circumstances in which acts of care or control may be found will vary widely. In *Ford*, the appellant's vehicle and others were in a field open to the public. A drinking party was in progress in the car, and the appellant had occupied the driver's seat and had turned on the ignition on

Le mot «garde» peut aussi signifier surveillance, charge, conservation, préservation ou attention. Utilisé dans ce sens, il s'agit d'un terme relatif qui a une acception large. Il faut considérer les dispositions dans lesquelles il est employé et déterminer son sens concret de ce point de vue . . .

Dans l'arrêt *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 (C.A.N.-B.), le juge Limerick dit au nom de la cour aux pp. 383 et 384:

[TRADUCTION] *The Oxford English Dictionary* définit le mot «*care*» comme «avoir sous sa charge ou sa protection». D'autre part, «*control*» y est défini comme «le fait de contrôler ou de vérifier et de diriger les actes» et également comme «la fonction ou le pouvoir de diriger et réglementer; domination, commandement, empire» . . . L'article vise à empêcher, d'après son texte, qu'une personne en état d'ébriété qui est en présence immédiate d'un véhicule à moteur et a le moyen de le contrôler ou de le mettre en mouvement ne soit ou ne devienne un danger pour le public. Même si la personne n'a pas l'intention immédiate de le mettre en mouvement, elle peut à tout instant décider de le faire parce que son jugement peut être si affaibli qu'elle ne peut prévoir les conséquences possibles de ses actes.

Cette Cour a récemment étudié la question dans l'arrêt *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231. Le juge Ritchie, qui a rédigé les motifs de la majorité, dit à la p. 249:

Il peut y avoir garde même en l'absence de cette intention lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un accusé accomplit un acte ou une série d'actes ayant trait à l'utilisation du véhicule ou de ses accessoires, qui font que le véhicule peut être mis en marche involontairement, créant le danger que l'article vise à prévenir.

Il y a, bien sûr, d'autres précédents qui portent sur la question. Cependant, la jurisprudence citée illustre le point et amène à conclure que les actes de garde ou de contrôle, hormis l'acte de conduire, sont des actes qui comportent une certaine utilisation du véhicule ou de ses accessoires, ou une conduite quelconque à l'égard du véhicule qui comporterait le risque de le mettre en mouvement de sorte qu'il puisse devenir dangereux. Chaque affaire sera décidée en fonction de ses propres faits et les circonstances où l'on pourra conclure qu'il y a des actes de garde ou de contrôle varieront beaucoup. Dans l'affaire *Ford*, le véhicule de l'appelant se trouvait avec d'autres véhicules dans un champ accessible au public. Une beuverie était en

various occasions to operate the heater as the party progressed. These facts were considered sufficient to establish care or control. In the case at bar the vehicle was on private property and the respondent was not in occupation of the driver's seat. He was unconscious and clearly not in *de facto* control. The fact of his use of a sleeping bag would support his statement that he was merely using the vehicle as a place to sleep. There remains the fact that the key was in the ignition and that the stereo was playing. Strangely enough, however, there is no direct evidence that the respondent put the key in the ignition or turned on the stereo, and the evidence is that the last driver of the vehicle was his friend, who drove him to the party and who was to drive him home. I consider that in view of all the circumstances described above no adverse inference should be drawn in this case on the basis of the ignition key evidence alone. It has not been shown then that the respondent performed any acts of care or control and he has therefore not performed the *actus reus*.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General for the Province of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the respondent: William Firman, Prince George.

cours dans la voiture; l'appelant occupait le siège du conducteur et avait fait tourner le moteur à diverses reprises pour faire fonctionner l'appareil de chauffage. Ces faits ont été considérés suffisants pour prouver la garde ou le contrôle. En l'espèce, le véhicule se trouvait sur un terrain privé et l'intimé n'occupait pas le siège du conducteur. Il était inconscient et n'avait clairement pas le contrôle réel du véhicule. L'utilisation d'un sac de couchage vient appuyer son affirmation qu'il utilisait le véhicule simplement comme un endroit pour dormir. Reste que la clef était dans le contact et que le stéréo fonctionnait. Assez curieusement cependant, il n'y a pas de preuve directe que l'intimé ait mis la clef dans le contact ou mis le stéréo en marche mais, selon la preuve, c'est son ami qui a été le dernier conducteur du véhicule et qui l'a conduit à la réception et devait le ramener chez lui. À partir de tous ces faits, je considère qu'on ne peut tirer de conclusion défavorable en l'espèce uniquement à cause de la preuve relative à la clef de contact. Il n'a donc pas été démontré que l'intimé a accompli des actes de garde ou de contrôle et il n'a donc pas accompli l'*actus reus*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général de la province de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intimé: William Firman, Prince George.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Damon Fidel Garfield Jewitt *Respondent.*

File No.: 17693.

1984: October 31; 1985: September 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Courts — Whether a trial judge has the power to direct a stay of proceedings for abuse of process.

Criminal law — Appeal — Crown's right to appeal from "judgment or verdict of acquittal" — Stay of proceedings — Whether stay of proceedings constitutes "judgment or verdict of acquittal" — Criminal Code, s. 605(1)(a).

Respondent was charged with unlawfully trafficking in a narcotic. At trial, he admitted selling marijuana to an undercover police officer but only because he was persuaded to do so by a fellow employee who was a police informer. The jury found there had been unlawful entrapment and the court therefore directed "a stay of proceedings". On appeal, a majority of the Court of Appeal dismissed the Attorney General's appeal for want of jurisdiction. This appeal is to determine (1) whether a discretionary power exists at common law to stay proceedings in a criminal case for abuse of process, and if so, (2) whether a judicially entered stay of proceedings is a "judgment or verdict of acquittal of a trial court", from which the Crown may appeal to the Court of Appeal under s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be allowed.

In a criminal case, a trial court judge has a residual discretion to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings. Such power, however, can be exercised only in the clearest of cases. In the case at bar, the stay of proceedings was tantamount to a judgment or verdict of acquittal and subject to appeal by the Crown pursuant to s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*. The decision to stay was not based on procedural considerations, but

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Damon Fidel Garfield Jewitt *Intimé.*

N° du greffe: 17693.

1984: 31 octobre; 1985: 19 septembre.

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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Tribunaux — Le juge du procès a-t-il le pouvoir d'ordonner une suspension d'instance pour abus de procédure?

Droit criminel — Appel — Droit de Sa Majesté d'en appeler d'un «jugement ou verdict d'acquittement» — Suspension d'instance — La suspension d'instance constitue-t-elle un «jugement ou verdict d'acquittement»? — Code criminel, art. 605(1)a).

L'intimé a été accusé d'avoir fait le trafic d'un stupéfiant. À son procès, il a reconnu avoir vendu de la marijuana à un faux client, un agent de police, mais seulement parce que c'est un camarade de travail, qui était un indicateur de police, qui l'a convaincu de le faire. Le jury a conclu qu'il y avait eu provocation policière et la cour a donc ordonné «une suspension d'instance». La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel du Procureur général pour défaut de compétence. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) s'il existe, en *common law*, un pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance criminelle pour abus de procédure et, dans l'affirmative, (2) si une suspension judiciaire d'instance est un «jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance» dont Sa Majesté peut interjeter appel à la cour d'appel en application de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Dans une instance criminelle, le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. Ce pouvoir ne peut toutefois être exercé que dans les cas les plus manifestes. En l'espèce, la suspension d'instance équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement et peut faire l'objet d'un appel par Sa Majesté, conformément à l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*. La décision de suspendre

rather on questions of law, and such decision was final. The accused was in jeopardy and the action taken by the trial judge was in the nature of an acquittal. If the accused were subsequently charged with the offence spelled out in the indictment, a plea of *autrefois acquit* would lie.

était fondée non pas sur des considérations relatives à la procédure mais plutôt sur des questions de droit; une telle décision est définitive. L'accusé a été mis en péril et la mesure prise par le juge du procès tient de la nature d'un acquittement. Si l'accusé devait par la suite être accusé de l'infraction inscrite dans l'acte d'accusation, il pourrait plaider autrefois acquit.

Cases Cited

Lattoni and Corbo v. The Queen, [1958] S.C.R. 603; *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614; *Cheyenne Realty Ltd. v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 87, applied; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *R. v. Belton* (1982), 31 C.R. (3d) 223; *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93; *R. v. Catagas* (1977), 2 C.R. (3d) 328; *Kipp v. Attorney-General of Ontario*, [1965] S.C.R. 57, considered; *R. v. Vermette (No. 5)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 36, [1983] C.A. 230; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132; *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Holmes* (1983), 4 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 557; *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *Re Regina and Kripps Pharmacy Ltd. and Kripps* (1981), 60 C.C.C. (2d) 332; *R. v. Gee* (1973), 14 C.C.C. (2d) 538; *R. v. Sanver* (1973), 12 C.C.C. (2d) 105; *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 47 C.C.C. (2d) 487; *R. v. Crneck, Bradley and Shelley* (1980), 30 O.R. (2d) 1; *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445; *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54; *R. v. Boross* (1984), 12 C.C.C. (3d) 480; *R. v. Hamm* (1984), 34 Sask. R. 241; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, referred to.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] R.C.S. 603; *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614; *Cheyenne Realty Ltd. c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 87; arrêts examinés: *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *R. v. Belton* (1982), 31 C.R. (3d) 223; *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93; *R. v. Catagas* (1977), 2 C.R. (3d) 328; *Kipp v. Attorney-General of Ontario*, [1965] R.C.S. 57; arrêts mentionnés: *R. c. Vermette*, [1983] C.A. 230, 3 C.C.C. (3d) 36; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132; *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Holmes* (1983), 4 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 557; *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *Re Regina and Kripps Pharmacy Ltd. and Kripps* (1981), 60 C.C.C. (2d) 332; *R. v. Gee* (1973), 14 C.C.C. (2d) 538; *R. v. Sanver* (1973), 12 C.C.C. (2d) 105; *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 47 C.C.C. (2d) 487; *R. v. Crneck, Bradley and Shelley* (1980), 30 O.R. (2d) 1; *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445; *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *R. v. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54; *R. v. Boross* (1984), 12 C.C.C. (3d) 480; *R. v. Hamm* (1984), 34 Sask. R. 241; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605(1)(*a*), 621(1)(*a*).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)*a*), 621(1)*a*).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul Minn., West Publishing Co., 1979, "stay".

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul Minn., West Publishing Co., 1979, "stay".

Cohen, S. A. "Observations on the Re-emergence of the Doctrine of Abuse of Process" (1981), 19 C.R. (3d) 310.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 5 C.C.C. (3d) 234, 34 C.R. (3d) 193, [1983] 4 W.W.R. 481, dismissing the Crown's appeal from a stay of proceedings relating to a charge of trafficking in narcotics. Appeal allowed.

S. David Frankel, for the appellant.

J. M. Brian Coleman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue in this appeal is whether a judicially entered stay of proceedings is "a judgment or verdict of acquittal of a trial court" from which the Crown may appeal to the Court of Appeal under s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*. The point, though narrow, is important and contentious. It has given rise to conflicting opinions in Courts of Appeal of this country.

The respondent, Damon Fidel Garfield Jewitt, was charged with unlawfully trafficking in a narcotic, cannabis (marijuana), contrary to the provisions of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. He pleaded not guilty to the charge. He was tried at Vancouver before Wong Co. Ct. J. sitting with a jury. He admitted selling one pound of marijuana but said he was persuaded to sell to the undercover police officer by a fellow employee who was a police informer. The jury found there had been unlawful entrapment and the Court thereupon directed the Clerk of the Court to make an entry on the record staying the proceedings on the indictment.

The Attorney General of Canada appealed the "acquittal" to the British Columbia Court of Appeal upon the following grounds:

Cohen, S. A. «Observations on the Re-emergence of the Doctrine of Abuse of Process» (1981), 19 C.R. (3d) 310.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 5 C.C.C. (3d) 234, 34 C.R. (3d) 193, [1983] 4 W.W.R. 481, qui a rejeté l'appel interjeté par Sa Majesté à l'encontre d'une suspension d'instance relativement à une accusation de trafic d'un stupéfiant. Pourvoi accueilli.

S. David Frankel, pour l'appelante.

J. M. Brian Coleman, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le point principal en litige dans ce pourvoi est de savoir si une suspension judiciaire d'instance est «un jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance» dont Sa Majesté peut interjeter appel à la cour d'appel en application de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*. Cette question, quoique limitée, est importante et controversée. Elle a donné lieu à des opinions divergentes dans les cours d'appel du pays.

L'intimé, Damon Fidel Garfield Jewitt, a été accusé d'avoir fait le trafic d'un stupéfiant, savoir du cannabis (marijuana), contrairement aux dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. Il a plaidé non coupable à cette accusation. Il a été jugé à Vancouver par le juge Wong de la Cour de comté et un jury. Il a reconnu avoir vendu une livre de marijuana, mais a déclaré que c'est un camarade de travail, qui était un indicateur de police, qui l'a convaincu de la vendre à un faux client, un agent de police. Le jury a conclu qu'il y avait eu provocation policière et la cour a donc ordonné au greffier d'inscrire une suspension d'instance relativement à l'acte d'accusation.

Le procureur général du Canada a interjeté appel de «l'acquittement» auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, invoquant les moyens suivants:

1. THAT the learned trial Judge erred in law in holding that the defence of entrapment was available to the Respondent.
2. THAT the learned trial Judge erred in law in instructing the Jury as to what constitutes entrapment.
3. THAT the learned trial Judge erred in law in instructing the Jury that the onus lay on the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there had been no "unlawful entrapment".
4. THAT the learned trial Judge erred in law in taking from the Jury a special verdict of "unlawful entrapment".
5. THAT the learned trial Judge erred in law and exceeded his jurisdiction in directing a stay of proceedings with respect to the indictment.

A majority of the Court of Appeal of British Columbia (Seaton and Lambert JJ.A.) dismissed the appeal for want of jurisdiction: see (1983), 5 C.C.C. (3d) 234. Anderson J.A. concluded the matter fell within the jurisdiction of the Court of Appeal, but he would have dismissed the appeal nonetheless.

The Crown filed a notice of appeal, as of right, pursuant to the provisions of s. 621(1)(*a*) of the *Criminal Code* on the basis of Anderson J.A.'s dissent on the jurisdictional issue. Leave to appeal was granted on application brought *ex abundante cautela*.

I

Abuse of Process

Before considering whether a stay of proceedings is a judgment or verdict of acquittal or tantamount thereto, it is necessary to determine whether, at common law, a discretionary power to stay proceedings in a criminal case for abuse of process exists, in the words of Laskin C.J. in *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, as a means of "controlling prosecution behaviour which operates prejudicially to accused persons" (p. 1034).

The inherent jurisdiction of a superior court to stay proceedings which are an abuse of its process was recognized in Canada as early as 1886, in the case of *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140. In

[TRADUCTION]

1. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en décidant que l'intimé pouvait invoquer la provocation policière comme moyen de défense.
2. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en donnant au jury des directives sur ce qui constitue de la provocation policière.
3. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en disant au jury dans ses directives qu'il incombait à Sa Majesté d'établir hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait eu aucune «provocation policière».
4. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en acceptant du jury un verdict spécial de «provocation policière».
5. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit et a excédé sa compétence en ordonnant une suspension d'instance relativement à l'acte d'accusation.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité (les juges Seaton et Lambert) a rejeté l'appel pour défaut de compétence: voir (1983), 5 C.C.C. (3d) 234. Le juge Anderson a conclu que l'affaire relevait de la compétence de la Cour d'appel, mais il aurait néanmoins rejeté l'appel.

Sa Majesté a, de plein droit, déposé un avis d'appel conformément aux dispositions de l'al. 621(1)*a*) du *Code criminel*, en invoquant la dissidence du juge Anderson sur la question de compétence. L'autorisation de pourvoi a été accordée sur demande faite *ex abundante cautela*.

I

L'abus de procédure

Avant de se demander si une suspension d'instance constitue un jugement ou verdict d'acquittement ou l'équivalent, il est nécessaire d'établir si, en *common law*, le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance criminelle pour abus de procédure constitue, pour reprendre les termes du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, un moyen de «contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice au prévenu» (p. 1034).

La compétence inhérente d'une cour supérieure de suspendre une instance pour abus de ses procédures a été reconnue au Canada dès 1886, dans l'arrêt *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140. Au

recent years, however, uncertainty has clouded the question whether Canadian courts, apart from powers given to the Attorney General under s. 508 of the *Criminal Code*, have a discretion to stay proceedings for abuse of process. This may, in some measure, stem from several decisions of this Court, in particular, *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184; *Rourke v. The Queen*, *supra*; and *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418.

This Court's decision in *Rourke*, *supra*, was seen by some as a death blow to the doctrine of abuse of process. As Stanley A. Cohen stated in "Observations on the Re-emergence of the Doctrine of Abuse of Process" (1981), 19 C.R. (3d) 310, "The strong statements of Pigeon J. in disposing of that appeal led many to believe that any future use of the doctrine had been foreclosed" (p. 310).

In *Rourke*, the abuse alleged stemmed from lengthy delay on the part of the police in arresting the accused. Pigeon J., speaking for the majority of the Court, concluded at p. 1043:

> For the reasons I gave in *The Queen v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, I cannot admit of any general discretionary power in courts of criminal jurisdiction to stay proceedings regularly instituted because the prosecution is considered oppressive.

and on the same page:

> I cannot find any rule in our criminal law that prosecutions must be instituted promptly and ought not to be permitted to be proceeded with if a delay in instituting them may have caused prejudice to the accused.

The apparent finality with which Pigeon J. appeared to deny discretionary power to stay proceedings was tempered by his adoption, as the "correct view", of what was said by Viscount Dilhorne in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.) at pp. 510-11. The passage quoted by Pigeon J. at p. 1044 concluded with these words:

> If there is the power which my noble and learned friends think there is to stop a prosecution on indictment

cours des dernières années toutefois, l'incertitude a entouré la question de savoir si, hormis les pouvoirs conférés au procureur général par l'art. 508 du *Code criminel*, les tribunaux canadiens ont le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance pour abus de procédure. Cela peut, dans une certaine mesure, découler de plusieurs arrêts de cette Cour, en particulier les arrêts *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, *Rourke c. La Reine*, précité, et *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418.

Certains ont considéré que l'arrêt *Rourke*, précité, a porté un coup mortel au principe de l'abus de procédure. Comme Stanley A. Cohen l'affirme dans «Observations on the Re-emergence of the Doctrine of Abuse of Process» (1981), 19 C.R. (3d) 310, [TRADUCTION] «Le juge Pigeon en statuant sur ce pourvoi, a employé des termes tellement forts que beaucoup en sont venus à croire qu'on ne pourrait plus à l'avenir recourir à ce principe» (p. 310).

Dans l'affaire *Rourke*, l'abus aurait découlé du long retard mis par la police à arrêter le prévenu. Le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, conclut à la p. 1043:

> Pour les motifs que j'ai énoncés dans *La Reine c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, je ne puis admettre que les tribunaux criminels aient un pouvoir discrétionnaire général de suspendre des procédures régulièrement instituées, parce que la poursuite est considérée comme oppressive.

Et, à la même page:

> Je ne trouve aucune règle dans notre droit pénal qui édicte que les poursuites doivent être entamées promptement et qu'on ne doit pas y donner suite si un retard dans leur introduction a pu causer un préjudice à l'accusé.

Si, en apparence, le juge Pigeon a semblé nier définitivement l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance, cela devait être tempéré par les dires du vicomte Dilhorne dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), aux pp. 510 et 511, qu'il a adoptés comme étant «le principe à suivre». Le passage que cite le juge Pigeon, à la p. 1044, se termine comme suit:

> [TRADUCTION] Si, comme le pensent mes nobles et savants collègues, on peut arrêter *in limine* des poursui-

in limine, it is in my view a power that should only be exercised in the most exceptional circumstances.

The breadth of the decision in *Rourke* has been the subject of differing views in various provincial appellate courts.

The British Columbia Court of Appeal in *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93, interpreted *Rourke* widely and declared *simpliciter* that the doctrine of abuse of process was not available in criminal proceedings. A similar result was reached by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Catagas* (1977), 2 C.R. (3d) 328.

On the other hand, the Ontario and Alberta Courts of Appeal began almost immediately to construe the decision in *Rourke* restrictively and assert the potential for application of the doctrine in exceptional circumstances. See, for example, *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (Ont. C.A.); *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (Ont. C.A.); *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 47 C.C.C. (2d) 487 (Ont. C.A.); *R. v. Crneck, Bradley and Shelley* (1980), 30 O.R. (2d) 1 (Ont. H.C.); *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (Alta. S.C., A.D.)

Several decisions of this Court also contained *obiter dicta* suggesting the doctrine was not entirely moribund.

Pratte J., in *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926, referred obliquely to the doctrine of abuse of process, remarking on p. 957:

> The normal procedure for determining the voluntariness of a statement of the accused is through a *voir dire* and, the onus being on the Crown to prove voluntariness, a request for a *voir dire* should not be denied save in rare circumstances, where, for instance, the request would be clearly frivolous or would constitute a demonstrable abuse of process.
>
> (Emphasis added.)

tes sur mise en accusation, ce pouvoir, selon moi, ne devrait être exercé que dans les circonstances les plus exceptionnelles.

La portée de l'arrêt *Rourke* a fait l'objet d'opinions divergentes dans diverses cours d'appel provinciales.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans son arrêt *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93, a donné à l'arrêt *Rourke* une interprétation large, déclarant tout simplement qu'on ne pouvait avoir recours au principe de l'abus de procédure dans les instances criminelles. C'est au même résultat qu'est arrivée la Cour d'appel du Manitoba dans son arrêt *R. v. Catagas* (1977), 2 C.R. (3d) 328.

D'autre part, les cours d'appel de l'Ontario et de l'Alberta ont donné presque immédiatement à l'arrêt *Rourke* une interprétation restrictive, affirmant qu'il était possible d'appliquer ce principe dans des circonstances exceptionnelles. Voir, par exemple, les arrêts *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (C.A. Ont.); *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (C.A. Ont.); *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 47 C.C.C. (2d) 487 (C.A. Ont.); *R. v. Crneck, Bradley and Shelley* (1980), 30 O.R. (2d) 1 (H.C. Ont.); *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (C.S. Alb., div. d'appel).

Plusieurs arrêts de cette Cour comportent aussi des opinions incidentes laissant entendre que ce principe n'est pas tout à fait moribond.

Dans l'arrêt *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926, le juge Pratte se réfère indirectement au principe de l'abus de procédure, en faisant remarquer à la p. 957:

> Le voir dire est la procédure normale pour décider du caractère volontaire d'une déclaration de l'accusé. Comme il incombe au ministère public d'établir le caractère volontaire, une demande de voir dire ne saurait être rejetée sauf dans de rares cas, lorsque, par exemple, la demande est nettement futile ou constitue un abus de procédure manifeste.
>
> (C'est moi qui souligne.)

The matter was raised again in *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, where, in reasons in which Pigeon J. concurred, I commented on p. 1061:

Indeed, the laying of another information may amount to nothing less than an abuse of process.

Abuse of process was most recently reviewed by this Court in the case of *Amato*, *supra*. The pivotal issue in *Amato* was the defence of entrapment. Estey J., with Laskin C.J., McIntyre and Lamer JJ. concurring, reviewed the power of the court to stay a prosecution where an abuse of process was found to have occurred. On this matter, Estey J. concluded, on pp. 453-54:

I come therefore to the conclusion that the decisions of *Osborn* and *Rourke* must be taken as standing on their own facts and limited precisely to the ratio of the judgments disposing of the issues arising on those facts. It follows therefore that the observations of Jessup J.A. in *Osborn* with reference to the origins and breadth of the trial court discretion to protect the processes of the courts from abuse remain substantially unimpaired by succeeding decisons in this Court. Viewed from another perspective the majority in *Rourke* affirms an exceptional jurisdiction to stay proceedings whereas Laskin C.J.C. for the minority takes the view of Lord Devlin in *Connelly* and finds the doctrine of abuse of process a wide-ranging technique for the control by the criminal court of criminal procedure in the protection of the processes of that court; a technique illustrated but not limited by the special pleas of *autrefois acquit* and *convict*, *res judicata* and issue estoppel (p. 287). In my respectful view, much of what was said by both divisions of this Court in *Rourke* is *obiter dicta*, bearing in mind the precise issue of abuse of process in the form of delay by the prosecution which was then the only issue before the Court. There is a distinction to be drawn where the initiating process is valid and the only issue is delay prejudicial to the accused, as in *Rourke*; and the case where the executive action leading to the charge and its prosecution is offensive to the principles on which the administration of justice is conducted by the courts. It is for this further reason that the judgment in *Rourke*, in my view, is not here applicable.

La question a été soulevée de nouveau dans l'arrêt *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, où, dans des motifs auxquels le juge Pigeon souscrit, j'affirme aux pp. 1061 et 1062:

Le dépôt d'une autre dénonciation peut même équivaloir à rien de moins qu'un abus de procédure.

L'abus de procédure a tout récemment fait l'objet d'un examen par cette Cour dans l'arrêt *Amato*, précité. Le nœud du litige dans l'affaire *Amato* était le moyen de défense fondé sur la provocation policière. Le juge Estey, à l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Laskin ainsi que les juges McIntyre et Lamer, y étudie le pouvoir qu'a la cour de suspendre une instance lorsqu'on conclut qu'il y a eu abus de procédure. À ce propos, le juge Estey conclut aux pp. 453 et 454:

J'arrive par conséquent à la conclusion qu'il faut considérer que les arrêts *Osborn* et *Rourke* portent sur les faits qui leur sont propres et se limitent précisément aux motifs de jugement qui tranchent les questions qui découlent de ces faits. Il s'ensuit par conséquent que les remarques que fait le juge Jessup en Cour d'appel dans l'arrêt *Osborn*, sur les origines et l'ampleur du pouvoir discrétionnaire qu'a le tribunal de première instance pour protéger les procédures des tribunaux contre l'abus, ne sont pas infirmées par les décisions de cette Cour qui l'ont suivi. Vue sous un autre angle, l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Rourke* confirme un pouvoir exceptionnel de suspendre les procédures, alors que le juge en chef Laskin, au nom des juges de la minorité, partage l'opinion de lord Devlin dans l'arrêt *Connelly* et estime que la doctrine de l'abus de procédure est une technique très large qui permet au tribunal criminel de contrôler la procédure criminelle pour lui assurer la protection de ses procédures; une technique qu'illustre les plaidoyers spéciaux d'autrefois acquit et convict, de la chose jugée et d'irrecevabilité à remettre en litige, mais sans s'y limiter (à la p. 287). Avec égard, je suis d'avis qu'une bonne partie de ce qui a été dit dans les deux tendances de cette Cour dans l'arrêt *Rourke* constitue des opinions incidentes, si on retient que la question précise de l'abus de procédure sous la forme d'un retard à poursuivre était alors la seule question que la Cour devait trancher. Il faut faire une distinction entre le cas où la procédure introductive d'instance est valide et que la seule question en litige est le retard préjudiciable à l'accusé, comme dans l'affaire *Rourke*, et celui où la conduite de l'exécutif qui a mené à l'accusation et au procès porte atteinte aux principes suivant lesquels les tribunaux administrent la justice. C'est un autre motif pour lequel, à mon avis, l'arrêt *Rourke* ne s'applique pas en l'espèce.

Four members of the Court, of whom I was one, held that the defence of entrapment, assuming it to be available under Canadian law, did not arise on the facts of the case. Ritchie J. was of the view that if Amato had been subjected to a threat of violence against himself if he failed to cooperate with the police plan for procuring the drug, this might well have supported a defence of entrapment. Ritchie J. concluded, however, that the evidence did not disclose any such threat.

Although the existence of the power to stay proceedings for abuse of process remained an open question following this Court's decision in *Amato*, a number of courts assumed authority to enter a stay in exceptional circumstances. See for example *R. v. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54 (B.C.C.A.); *R. v. Boross* (1984), 12 C.C.C. (3d) 480 (Alta. C.A.); and *R. v. Hamm* (1984), 34 Sask. R. 241 (C.A.), (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, Oct. 1, 1984, [1984] 2 S.C.R. vii).

The Ontario Court of Appeal recently reviewed the authorities in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289, *per* Dubin J.A., (Howland C.J.O. and Martin J.A. concurring) and concluded on p. 329:

> I am satisfied on the basis of the authorities that I have set forth above that there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings. It is a power, however, of special application which can be exercised only in the clearest of cases.

That the controversy continues, however, can be seen from *R. v. Belton* (1982), 31 C.R. (3d) 223, (leave to appeal to this court refused, [1983] 1 S.C.R. v). Monnin J.A., speaking for the Court, held that the Manitoba Court of Appeal was bound by the majority decision in *Rourke* to hold that there was no power to stay for an abuse of

Quatre membres de la Cour, y compris moi-même, ont conclu que le moyen de défense fondé sur la provocation policière, en présumant qu'il existe en droit canadien, ne pouvait être invoqué compte tenu des faits de l'espèce. Le juge Ritchie a exprimé l'avis que si Amato avait été l'objet d'une menace de violence contre sa personne s'il refusait de coopérer avec le plan de la police en vue d'obtenir de la drogue, cela aurait bien pu justifier un moyen de défense fondé sur la provocation policière. Le juge Ritchie a cependant conclu que la preuve soumise ne révélait l'existence d'aucune menace de ce genre.

Bien que l'arrêt *Amato* n'ait pas réglé la question de l'existence d'un pouvoir de suspendre une instance pour abus de procédure, un certain nombre de tribunaux ont, suite à cet arrêt, présumé qu'ils pouvaient prononcer une suspension dans des circonstances exceptionnelles. Voir par exemple les arrêts *R. v. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54 (C.A.C.-B.), *R. v. Boross* (1984), 12 C.C.C. (3d) 480 (C.A. Alb.) et *R. v. Hamm* (1984), 34 Sask. R. 241 (C.A.), (autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada refusée, 1er oct. 1984, [1984] 2 R.C.S. vii).

La Cour d'appel de l'Ontario a récemment passé en revue la jurisprudence dans son arrêt *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289, le juge Dubin (à l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Howland et le juge Martin), pour conclure à la p. 329:

> [TRADUCTION] La jurisprudence que je viens de citer me convainc que le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. C'est toutefois un pouvoir d'application spéciale, qui ne peut être exercé que dans les cas les plus manifestes.

La controverse se poursuit cependant, comme on peut le constater dans l'arrêt *R. v. Belton* (1982), 31 C.R. (3d) 223, (autorisation de pourvoi en cette Cour refusée, [1983] 1 R.C.S. v). Le juge Monnin, s'exprimant au nom de la cour, y conclut que la Cour d'appel du Manitoba est obligée, vu la décision de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Rourke*,

process. He also stated that the Supreme Court of Canada would have "to give clear indication whether a judicial stay is available or not in the matter of abuse of process" (p. 231). In a subsequent decision, *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (Man. C.A.), (leave to appeal to this Court refused, [1983] 2 S.C.R. v), Monnin C.J.M., again speaking for the Court, acknowledged that the abuse of process question was "not free from doubt" and sought further direction from this Court (p. 535).

The New Brunswick Court of Appeal, in *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5, also concluded that a trial court judge is without jurisdiction to stay proceedings for an abuse of process.

It seems to me desirable and timely to end the uncertainty which surrounds the availability of a stay of proceedings to remedy abuse of process. Clearly, there is a need for this Court to clarify its position on such a fundamental and wide-reaching doctrine.

Lord Devlin has expressed the rationale supporting the existence of a judicial discretion to enter a stay of proceedings to control prosecutorial behaviour prejudicial to accused persons in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) at p. 1354:

> Are the courts to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or who are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused.

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young*, *supra*, and affirm that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those funda-

de juger qu'il n'existe aucun pouvoir de suspendre pour abus de procédure. Il dit aussi que la Cour suprême du Canada devra [TRADUCTION] «indiquer clairement si une suspension judiciaire peut être prononcée en cas d'abus de procédure» (p. 231). Dans un arrêt subséquent, *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Man.), (autorisation de pourvoi en cette Cour refusée, [1983] 2 R.C.S. v), le juge Monnin, juge en chef du Manitoba, s'exprimant encore une fois au nom de la cour, reconnaît que la question de l'abus de procédure n'est pas [TRADUCTION] «libre de tout doute» et il demande à cette Cour de donner d'autres éclaircissements (p. 535).

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, dans son arrêt *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5, conclut elle aussi que le juge du procès n'a pas compétence pour suspendre une instance pour abus de procédure.

Il me semble souhaitable et opportun de mettre fin à l'incertitude qui entoure la question de la possibilité de suspendre une instance afin de remédier à un abus de procédure. Manifestement, il est nécessaire que la Cour clarifie sa position sur un principe aussi fondamental et d'aussi vaste portée.

Lord Devlin a exprimé la raison qui justifie l'existence d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance pour contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice à l'accusé, dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.), à la p. 1354:

> [TRADUCTION] Les tribunaux doivent-ils s'en remettre au pouvoir exécutif pour empêcher l'emploi abusif de leur procédure? N'ont-ils pas eux-mêmes le devoir, auquel ils ne sauraient échapper, de garantir un traitement équitable à ceux qui se présentent, ou qu'on amène, devant eux? À de semblables questions il ne peut y avoir qu'une seule réponse. Les tribunaux ne peuvent pas envisager un seul instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de s'assurer qu'il n'y a pas d'abus dans l'application de la loi.

Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. v. Young*, précité, et j'affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès viole-

mental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases".

II

Judgment or Verdict of Acquittal

I turn now to the question of whether a judicially-entered "stay of proceedings" is a "judgment or verdict of acquittal" as those words are used in s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

A stay of proceedings is a stopping or arresting of a judicial proceedings by the direction or order of a court. As defined in *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), it is a kind of injunction with which a court freezes its proceedings at a particular point, stopping the prosecution of the action altogether, or holding up some phase of it. A stay may imply that the proceedings are suspended to await some action required to be taken by one of the parties as, for example, when a non-resident has been ordered to give security for costs. In certain circumstances, however, a stay may mean the total discontinuance or permanent suspension of the proceedings.

Any right of appeal by the Crown is purely statutory and must be found in s. 605 of the *Criminal Code*:

> **605.** (1) The Attorney-General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal
>
> (*a*) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone, or
>
> (*b*) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.
>
> (2) For the purposes of this section a judgment or verdict of acquittal includes an acquittal in respect of an

rait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes».

II

Jugement ou verdict d'acquittement

J'aborde maintenant la question de savoir si une suspension judiciaire d'instance est un «jugement ou verdict d'acquittement» au sens de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*.

Une suspension d'instance est un arrêt des procédures judiciaires ordonné par un tribunal. Selon la définition qu'en donne le *Black's Law Dictionary* (5e éd. 1979), il s'agit d'une sorte d'ordonnance par laquelle un tribunal fige ses procédures en un point donné, en arrêtant complètement la poursuite de l'action ou en suspendant l'une ou l'autre de ses phases. Une suspension peut vouloir dire que les procédures sont suspendues en attendant que l'une des parties accomplisse un acte qu'elle doit accomplir comme, par exemple, lorsqu'un non-résident a reçu l'ordre de fournir caution pour les dépens. Dans certaines circonstances toutefois, une suspension peut signifier l'arrêt total ou la suspension permanente de l'instance.

Le seul droit d'appel que possède Sa Majesté est purement légal et est énoncé à l'art. 605 du *Code criminel*:

> **605.** (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel
>
> *a*) contre un jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement, ou
>
> *b*) moyennant l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, contre la sentence prononcée par une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.
>
> (2) Aux fins du présent article, un jugement ou un verdict d'acquittement comprend un acquittement à

offence specifically charged where the accused has on the trial thereof been convicted of an included or other offence.

(3) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal against a verdict that an accused is unfit, on account of insanity, to stand his trial, on any ground of appeal that involves a question of law alone.

(4) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal in respect of a conviction for second degree murder, against the number of years of imprisonment without eligibility for parole, being less than twenty-five, that has been imposed as a result of that conviction.

There is a line of authority in this Court to the effect that *quashing an indictment* under certain circumstances may be tantamount to a judgment or verdict of acquittal and thereby subject to appeal, notwithstanding the absence of an express statutory right of appeal. A review of these cases may be of assistance in determining whether an appeal is available under s. 605 from a stay of proceedings entered for abuse of process.

A) *Quashing an Indictment*

In *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] S.C.R. 603, a judgment quashing an indictment on the ground that the counts were nullities, since the offences were prescribed, was considered an acquittal.

Kerwin C.J. stated on p. 607:

. . . I agree with the Court of Appeal that the judgment of Judge Proulx was a final judgment quashing the indictment because he considered that all criminal proceedings as a result of the alleged acts of the accused were prescribed. I also agree that it was not a judgment on procedural grounds owing to a defect in the indictment and therefore if the accused were charged subsequently with the same offences as those embodied in the indictment, they could plead *autrefois acquit*. It was a decision on a question of law alone and being a judgment or verdict of acquittal was appealable under s. 584 [now s. 605] of the Code.

l'égard d'une infraction spécifiquement mentionnée dans l'acte d'accusation lorsque l'accusé a, lors du procès en l'espèce, été déclaré coupable d'une infraction comprise ou d'une autre infraction.

(3) Le procureur général ou le procureur constitué par lui à cette fin peut interjeter appel devant la cour d'appel d'un verdict portant qu'un accusé est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, pour tout motif d'appel qui comporte une simple question de droit.

(4) Le procureur général, ou un avocat instruit à cette fin, peut interjeter appel, devant la cour d'appel, de tout délai préalable à la libération conditionnelle inférieur à vingt-cinq ans, en cas de condamnation pour meurtre au deuxième degré.

Suivant une série d'arrêts de cette Cour, *l'annulation d'un acte d'accusation* peut, dans certaines circonstances, équivaloir à un jugement ou verdict d'acquittement et en conséquence être susceptible d'appel, malgré l'absence d'un droit d'appel explicite dans la loi. L'analyse de ces arrêts peut aider à déterminer si, en vertu de l'art. 605, il est possible d'en appeler d'une suspension d'instance prononcée en raison d'un abus de procédure.

A) *Annulation d'un acte d'accusation*

Dans l'arrêt *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] R.C.S. 603, le jugement qui avait annulé un acte d'accusation pour le motif que les chefs d'accusation étaient nuls puisque les infractions étaient prescrites, a été considéré comme un acquittement.

Le juge en chef Kerwin y dit, à la p. 607:

[TRADUCTION] . . . je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le jugement du juge Proulx est un jugement final annulant l'acte d'accusation parce qu'il estime que toutes les poursuites criminelles résultant des agissements de l'accusé sont prescrites. Je suis d'accord également pour dire qu'il ne s'agit pas d'un jugement fondé sur des considérations de procédure résultant d'un vice de l'acte d'accusation et, par conséquent, si les accusés étaient subséquemment inculpés des mêmes infractions que celles décrites à l'acte d'accusation il y aurait ouverture à plaidoyer d'autrefois acquit. Il s'agit d'une décision sur une question de droit seulement; cette décision étant un jugement ou verdict d'acquittement, on peut en appeler en vertu de l'art. 584 [maintenant l'art. 605] du Code.

The decision in *Lattoni and Corbo* was subsequently applied by this Court in *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614. In *Sheets*, a municipal officer was charged with a breach of trust under s. 103 of the *Code* of 1953-54 (now R.S.C. 1970 c. C-34, s. 111). Prior to taking the plea, the judge ruled that the accused did not come within the definition of "official" under s. 103. This Court held that since the judge had ruled, as a matter of law, that the accused could not be properly charged with the offence alleged against him, the adjudication was tantamount to an acquittal from which the Crown was entitled to appeal.

Fauteux C.J. stated on p. 619:

> In my view, the judgment of Riley J., is, in essence, tantamount to a judgment rendered in a case tried on the merits and I am clearly of opinion that, were respondent charged subsequently for the same offence as the one embodied in the indictment, a plea of *autrefois acquit* would lie. Being thus a final judgment or verdict of acquittal resting on a question of law alone, the Attorney General could, as he did, appeal to the Appellate Division and, consequential to the dismissal of his appeal, further appeal to this Court.
>
> I would add that the difficulty on this point appears to have arisen because of a loose use of language. On the view taken by Riley J., the accused should have been acquitted or the charge against him should have been dismissed.

In *Kipp v. Attorney-General of Ontario*, [1965] S.C.R. 57, however, it was held that the Crown had no right of appeal from an erroneous quashing of the indictment. In *Kipp*, an accused had been charged with a breach of certain regulations under the *Food and Drugs Act*, 1952-53 (Can.), c. 38 (now R.S.C. 1970, c. F-27). At trial, after the indictment was read and before a plea was entered, appellant objected to the form of the indictment as being duplicitous. He then moved to have the indictment quashed. The County Court judge accepted this objection and quashed the indictment. The Crown sought mandamus to compel the judge to proceed with the trial on the indictment as framed. The order was granted and subsequently affirmed by the Court of Appeal. A

L'arrêt *Lattoni and Corbo* a, par la suite, été suivi dans l'arrêt *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614. Dans l'affaire *Sheets*, un fonctionnaire municipal avait été accusé d'abus de confiance en vertu de l'art. 103 du *Code* de 1953-54 (maintenant S.R.C. 1970, c. C-34, art. 111). Avant d'accepter le plaidoyer, le juge avait statué que la définition que donne l'art. 103 du terme «fonctionnaire» ne s'appliquait pas à l'accusé. Cette Cour a statué que, puisque le juge avait décidé, à titre de question de droit, que l'accusé ne pouvait pas être inculpé de l'infraction qui lui était reprochée, la décision équivalait à un acquittement dont Sa Majesté pouvait interjeter appel.

Le juge en chef Fauteux affirme, à la p. 619:

> Selon moi, le jugement de M. le Juge Riley équivaut, essentiellement, à un jugement rendu dans une affaire entendue au fond et je suis nettement d'avis que si l'intimé était subséquemment inculpé de la même infraction qu'énonce l'acte d'accusation, il y aurait ouverture à plaidoyer d'*autrefois acquit*. Comme il s'agit d'un jugement ou verdict d'acquittement définitif sur une question de droit seulement, le procureur général avait le droit, comme il l'a fait, d'en appeler à la Chambre d'appel et, son appel ayant été rejeté, de se pourvoir devant cette Cour.
>
> J'ajouterais que la difficulté sur ce point paraît provenir d'un manque de précision dans l'emploi des termes. D'après le point de vue adopté par M. le Juge Riley, l'accusé aurait dû être acquitté ou l'accusation portée contre lui aurait dû être rejetée.

Dans l'arrêt *Kipp v. Attorney-General of Ontario*, [1965] R.C.S. 57, on a toutefois statué que Sa Majesté n'a pas de droit d'appel contre l'annulation erronée d'un acte d'accusation. Dans l'affaire *Kipp*, l'accusé avait été inculpé de violation de certains règlements pris en vertu de la *Loi des aliments et drogues*, 1952-53 (Can.), chap. 38 (maintenant S.R.C. 1970, chap. F-27). Au procès, après la lecture de l'acte d'accusation et avant l'inscription du plaidoyer, l'appelant s'est opposé à la formulation de l'acte d'accusation pour le motif qu'il y avait duplicité. Il a alors demandé l'annulation de l'acte d'accusation. Le juge de la Cour de comté a fait droit à cette objection et a annulé l'acte d'accusation. Sa Majesté a demandé la délivrance d'un *mandamus* en vue d'obliger le juge à

further appeal to this Court was dismissed. Judson J. stated at p. 60:

It is common ground that the Crown has no right of appeal from this erroneous quashing of the indictment.

See also *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132 (Ont. C.A.), and *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169 (B.C.C.A.)

The most recent decision of this Court to address the issue is *Cheyenne Realty Ltd. v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 87. A judgment quashing an information on the basis of the nullity of the regulations underlying the complaint was held to amount to a verdict of acquittal. Spence J., speaking for the Court, reviewed, *inter alia*, all the decisions discussed above and held, at p. 96:

In the present appeal, the accused pleaded not guilty. His counsel then moved to quash the information. Unlike the situation in *Kipp*, in *Tonner* and in *G. & P. International News*, counsel did not object to the form of the information but his objection was an objection that the offence was not known to the law because the by-law upon which it was based was invalid.

I am therefore of the opinion that unlike the situation in *Kipp*, in *Tonner* and in *G. & P. International News*, the disposition by the learned provincial court judge was what amounted to a verdict of acquittal and that an appeal did lie and, therefore, proceedings by way of mandamus were not proper. In order to arrive at what I have said amounted to a verdict of acquittal, it was quite unnecessary that the learned provincial court judge should hear evidence. All that was needed was to consider the provisions of the by-law which was before him and apply thereto what the learned provincial court judge thought was the proper decision in law as to the power of a municipality to delegate discretionary function.

See also *R. v. Holmes* (1983), 4 C.C.C. (3d) 440 (Ont. C.A.), where the trial judge had quashed the indictment on the basis that s. 309(1) of the *Criminal Code* violated the presumption of

procéder à l'instruction de l'acte d'accusation tel qu'il était formulé. L'ordonnance a été accordée et par la suite confirmée par la Cour d'appel. Le pourvoi interjeté à cette Cour a été rejeté. Le juge Judson affirme, à la p. 60:

[TRADUCTION] Tous s'accordent pour dire que Sa Majesté n'a pas de droit d'appel à l'encontre de cette annulation erronée de l'acte d'accusation.

Voir également *R. v. Tonner* (1971), 3 C.C.C. (2d) 132 (C.A. Ont.) et *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169 (C.A.C.-B.)

L'arrêt le plus récent de cette Cour sur cette question est l'arrêt *Cheyenne Realty Ltd. c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 87. Il y a été décidé que le jugement qui annule une dénonciation à cause de la nullité du règlement en vertu duquel la plainte a été portée, équivaut à un verdict d'acquittement. Le juge Spence, qui a rendu l'arrêt de la Cour, a étudié notamment tous les arrêts mentionnés ci-dessus et a conclu à la p. 96:

En l'espèce présente, l'inculpée a plaidé non coupable. Son avocat a alors demandé l'annulation de la dénonciation. Contrairement à ce qui s'est passé dans les affaires *Kipp*, *Tonner* et *G. & P. International News*, l'avocat ne s'est pas opposé à la forme de la dénonciation. Son objection a été que l'infraction n'existait pas en droit parce que le règlement sur lequel elle était fondée était nul et sans effet.

J'estime par conséquent que, contrairement à ce qui fut le cas des affaires *Kipp*, *Tonner*, et *G. & P. International News*, la décision du savant juge de la Cour provinciale équivaut à un verdict d'acquittement, et qu'il y a eu un droit d'en appeler; et, par conséquent, des procédures par voie de mandamus ne sont pas un recours approprié. Pour qu'il arrive à ce que j'ai dit être un verdict d'acquittement, il était tout à fait inutile que le savant juge de la Cour provinciale entende une preuve. Tout ce que le savant juge de la Cour provinciale devait faire, c'était d'étudier les dispositions du règlement qu'il avait en main et de statuer sur ce règlement selon ce qu'il considérait, en droit, comme la décision appropriée quant au pouvoir d'une municipalité de déléguer des fonctions discrétionnaires.

Voir également *R. v. Holmes* (1983), 4 C.C.C. (3d) 440 (C.A. Ont.), où le juge de première instance avait annulé l'acte d'accusation pour le motif que le par. 309(1) du *Code criminel* est

innocence guaranteed by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal held that the order appealed from was tantamount to a judgment or verdict of acquittal and could thus be appealed by the Attorney General. A similar case is *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577 (B.C.C.A.) The judge quashed an indictment on the basis that it was an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The Court held that an appeal did lie because such an order made after plea is an acquittal. See also *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205 (N.W.T.C.A.)

Other cases cited by the Crown appellant in support of its position that s. 605(1)(*a*) encompasses more than a formal finding of "not guilty" are: *Re Regina and Kripps Pharmacy Ltd. and Kripps* (1981), 60 C.C.C. (2d) 332 (B.C.C.A.), (leave to appeal refused *R. v. Wetmore*, [1981] 1 S.C.R. xiii); *R. v. Gee* (1973), 14 C.C.C. (2d) 538 (Ont. C.A.); *R. v. Sanver* (1973), 12 C.C.C. (2d) 105 (N.B.S.C., A.D.)

From this review, it can be concluded that quashing an indictment is tantamount to an acquittal where (a) the decision to quash is not based on defects in the indictment or technical procedural irregularities, and (b) the decision is a final decision resting on a question of law alone, such that if the accused were charged subsequently with the same offence he or she could plead *autrefois acquit*.

B) *Stay of Proceedings*

As I have earlier indicated, the question whether a stay of proceedings is tantamount to a verdict of acquittal has generated considerable controversy in provincial appellate courts. To date, five such courts have considered the point, three finding in the affirmative and two in the negative. See *R. v. Vermette (No. 5)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 36 (Que. C.A.); *R. v. Belton, supra*; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.); *R. v. Young, supra*. See *contra*, *R. v. Perry, supra*, and

contraire à la présomption d'innocence consacrée par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a statué que l'ordonnance visée par l'appel équivalait à un jugement ou verdict d'acquittement et pouvait ainsi faire l'objet d'un appel par le procureur général. L'arrêt *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577 (C.A.C.-B.), est semblable. Le juge a annulé un acte d'accusation pour le motif que c'était là une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*. La cour a statué qu'on pouvait interjeter appel parce qu'une telle ordonnance délivrée après l'inscription du plaidoyer constitue un acquittement. Voir également *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205 (C.A.T.N.-O.)

Les autres décisions citées par l'appelante, Sa Majesté, à l'appui de sa thèse portant que l'al. 605(1)*a*) englobe plus qu'une déclaration formelle de «non-culpabilité» sont: *Re Regina and Kripps Pharmacy Ltd. and Kripps* (1981), 60 C.C.C. (2d) 332 (C.A.C.-B.), (autorisation de pourvoi refusée *R. c. Wetmore*, [1981] 1 R.C.S. xiii); *R. v. Gee* (1973), 14 C.C.C. (2d) 538 (C.A. Ont.); *R. v. Sanver* (1973), 12 C.C.C. (2d) 105 (C.S.N.-B., div. d'appel).

À partir de cette analyse, on peut conclure que l'annulation d'un acte d'accusation équivaut à un acquittement lorsque a) la décision d'annuler l'accusation ne se fonde pas sur des vices de l'acte d'accusation ou des irrégularités de forme, et lorsque b) la décision est une décision définitive fondée sur une question de droit seulement, de sorte que si l'accusé était par la suite inculpé de la même infraction, il pourrait plaider autrefois acquit.

B) *Suspension d'instance*

Comme je l'ai indiqué précédemment, la question de savoir si une suspension d'instance équivaut à un verdict d'acquittement a soulevé une vive controverse dans les cours d'appel provinciales. Jusqu'à présent, cinq d'entre elles ont étudié la question, trois ont conclu par l'affirmative et deux par la négative. Voir *R. c. Vermette*, [1983] C.A. 230; *R. v. Belton*, précité; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.); *R. v. Young*, précité. Voir, *contra*, *R. v. Perry*, précité,

the judgment of the Court of Appeal of British Columbia in the case at bar.

In the Court of Appeal, Seaton J.A. held that a stay of proceedings was not an acquittal within the meaning of s. 605 and accordingly the Crown had no right of appeal. A judicial stay of proceedings, in his view, was different from an acquittal and was, in fact, entered in circumstances where an acquittal would not be justified. In his opinion, a stay of proceedings could not be tantamount to an acquittal for the effect of a stay is that proceedings are only suspended, albeit permanently.

Seaton J.A. based his reasoning on the decision of Estey J. in *Amato*, *supra*, where the difference between an acquittal and a judicial stay is discussed at p. 445:

While it is frequently referred to in legal writings and sometimes in the courts as the "defence of entrapment" it is not a defence in the traditional sense of that term. A successful defence leads to an acquittal on the charge, a determination that the offence has not been committed by the accused. Here, axiomatically, the crime from a physical point of view at least has been committed. Indeed, it may be that the necessary intent and act have combined to form a complete crime. The successful application of the doctrine of entrapment, if it be a defence in the ordinary sense, would support an acquittal. The *Criminal Code* authorizes acquittals in somewhat similar circumstances as in the case of the defence of duress. However, as will be seen later, the successful application of the concept of entrapment leads to a stay of prosecution, the court withholding its processes from the prosecution on the basis that such would bring the administration of justice into disrepute.

and at pp. 456-57:

There are of course but three available dispositions on a successful application of the defence of entrapment:

(a) a dismissal of the accused on the charge;

(b) an order quashing the charge;

(c) a stay of prosecution.

Alternative (a) is inappropriate in that both essential elements of the charge, the wrongful act and the criminal intent, are present in the proof before the court. As to (b) there is no authority in the *Criminal Code* for a court in this circumstance to quash a charge that is complete in form and properly issued under the *Code*. The last alternative (c) has a technical infirmity in that

et l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

En Cour d'appel, le juge Seaton a conclu qu'une suspension d'instance ne constitue pas un acquittement au sens de l'art. 605 et que par conséquent Sa Majesté n'a aucun droit d'appel. À son avis, la suspension judiciaire d'instance est différente d'un acquittement et est, en fait, prononcée dans des circonstances où un acquittement ne serait pas justifié. Selon lui, une suspension d'instance ne peut équivaloir à un acquittement puisqu'elle n'a pour effet que de suspendre les procédures, bien que ce soit de façon permanente.

Le juge Seaton a fondé son raisonnement sur les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, où, à la p. 445, il analyse la différence qui existe entre un acquittement et une suspension judiciaire:

Même si les textes juridiques et parfois les tribunaux qualifient souvent cette défense de «défense de provocation policière», ce n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel de ce terme. Un moyen de défense qui réussit entraîne l'acquittement, la décision que l'accusé n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet. L'application de la doctrine de la provocation policière, si elle constitue un moyen de défense au sens ordinaire, entraînerait l'acquittement. Le *Code criminel* permet l'acquittement dans des cas à peu près semblables, par exemple celui de la défense de contrainte. Cependant, comme on le verra plus loin, l'application du concept de la provocation policière entraîne une suspension des procédures, car le tribunal refusera d'entendre la poursuite pour le motif que cela ternirait l'image de la justice.

Puis, aux pp. 456 et 457:

Il n'y a évidemment que trois solutions possibles lorsqu'une défense de provocation policière est soulevée avec succès:

a) acquitter l'accusé;

b) ordonner l'annulation de l'accusation;

c) ordonner la suspension de l'instance.

La solution a) doit être écartée puisque les deux éléments essentiels de l'accusation, l'acte illégal et l'intention criminelle, sont présents dans la preuve devant la cour. Quant à la solution b), rien dans le *Code criminel* ne permet à une cour dans ce cas d'annuler une accusation complète dans sa forme et présentée régulièrement en vertu du *Code*. La dernière solution c) comporte un

the charge remains extant and in the records of the court. The case before the Court in this appeal was founded on an information about which there is no suggestion of irregularity. However, the defect in course (c) is wholly technical. While the charge may be said to hang over the head of the accused, this is a wholly theoretical observation because there is no forum for its further processing. The courts in both the United States and the United Kingdom have in such circumstances, as shown in the authorities already reviewed, followed all three routes without apparent concern for technical considerations. I would prefer alternative (c) and would apply a stay of prosecution where the defence of entrapment is operative.

(Emphasis added.)

Lambert J.A. agreed with the reasoning of Seaton J.A. He added at p. 240:

I do not think that a purposive approach [to statutory construction] can be used in favour of the Crown and against the accused to fill a perceived gap in the appeal provisions in the *Criminal Code*. If there is a gap then it must be filled by Parliament.

He further remarked on p. 241:

... I think it is significant that the phrase is '*judgment* or *verdict* of acquittal' and not merely the single word 'acquittal'. I presume that 'judgment' is used to describe the decision of a judge and 'verdict' the decision of a jury. But both words indicate a final disposition, and when coupled with the words 'of acquittal' they indicate what the final disposition must be. I do not think an order or direction that lacks the element of finality, either in form or substance, would meet the words of the section.

Lambert J.A. did not consider that the decision in *R. v. Sheets*, *supra*, supported the reasoning in *R. v. Belton*, *supra*, or *R. v. Vermette (No. 5)*, *supra*. On Lambert J.A.'s reading of the case, Fauteux C.J. did not say in *Sheets* that the decision was tantamount to a judgment or verdict of acquittal, but rather, that it is tantamount to a decision on the merits and as such, it was a final judgment or verdict of acquittal.

Anderson J.A., dissenting, found that the stay of proceedings was tantamount to an acquittal since

défaut de procédure en ce que l'accusation subsiste et reste aux dossiers de la cour. La poursuite en l'espèce s'appuie sur une dénonciation qui ne comporte aucune irrégularité. Cependant, le défaut dans la solution c) est purement de procédure. Bien qu'on puisse dire que l'accusation pèse encore sur l'accusé, c'est une observation purement théorique puisqu'elle ne peut être poursuivie devant aucune cour. Les cours tant aux États-Unis qu'au Royaume-Uni ont adopté dans de tels cas, comme l'indique la jurisprudence déjà examinée, les trois solutions sans se préoccuper des considérations de procédure. Je préférerais adopter la solution c) et ordonner la suspension de l'instance lorsque la défense de provocation policière s'applique.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Lambert a souscrit aux motifs du juge Seaton et a ajouté à la p. 240:

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'une méthode fonctionnelle [à l'égard de l'interprétation législative] puisse être utilisée en faveur de la poursuite et contre l'accusé pour combler une lacune perçue dans les dispositions du *Code criminel* relatives au droit d'appel. S'il existe une lacune, alors elle doit être comblée par le législateur.

Il a en outre souligné à la p. 241:

[TRADUCTION] ... Je crois qu'il est significatif que la phrase comporte les termes «*jugement* ou *verdict* d'acquittement» et non simplement l'unique mot «acquittement». Je présume que le terme «jugement» est utilisé pour décrire la décision d'un juge et le terme «verdict», pour décrire la décision d'un jury. Toutefois, les deux mots désignent une décision définitive et lorsqu'ils sont assortis de l'expression «d'acquittement», ils indiquent ce que doit être la décision définitive. Je ne crois pas qu'une ordonnance ou une directive à laquelle il manquerait ce caractère définitif, dans la forme ou dans le fond, pourrait être visée par les termes de l'article.

Le juge Lambert n'a pas estimé que l'arrêt *R. c. Sheets*, précité, appuyait le raisonnement exposé dans l'arrêt *R. v. Belton* ou l'arrêt *R. c. Vermette*, précités. Selon l'interprétation du juge Lambert, le juge en chef Fauteux n'a pas dit dans l'arrêt *Sheets* que la décision équivalait à un jugement ou verdict d'acquittement mais, plutôt, qu'elle équivalait à une décision sur le fond et qu'à ce titre elle constituait un jugement ou verdict définitif d'acquittement.

Le juge Anderson, dissident, a conclu que la suspension d'instance équivaut à un acquittement

the difference between the two was merely technical.

The appellate courts which have held a stay of proceedings tantamount to a judgment or verdict of acquittal, would appear to have based this conclusion on three considerations:

1. Although the charge remains extant following a stay of proceedings, there is no forum for its further processing and hence a stay is, in reality, a final decision.

2. Abuse of process is an issue which goes to the merits of the case. A stay of proceedings releases the accused from all further proceedings. It is therefore a substantive, rather than a merely procedural, decision.

3. The reasoning expressed in the cases on quashing an indictment. As Martin J.A. stated in *Beason*, *supra*, at pp. 31-32:

> The law has been settled by a series of decisions by the Supreme Court of Canada that where an indictment has been quashed, not on the basis of the defects in the indictment or technical procedural irregularities, but on grounds going to the substance or merits of the charge so as to give rise to the plea of *autrefois acquit* if the accused were subsequently charged, the order quashing the indictment is tantamount to an acquittal and an appeal lies from the order quashing the indictment: see *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614, 1 C.C.C. (2d) 508, 16 D.L.R. (3d) 221; *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] S.C.R. 603, 121 C.C.C. 317. The principle enunciated in these cases has been applied, correctly I think, to cases where proceedings have been stayed or indictments quashed because of contraventions of rights secured by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in which the disposition made by the trial judge constitutes a final disposition of the prosecution which precludes its subsequent revival: . . .

Appellate courts opposing this conclusion based their decisions on the following considerations:

1. A judicial stay is entered in circumstances where an acquittal is not justified.

puisque la différence entre les deux se situe simplement sur le plan de la procédure.

Les cours d'appel qui ont décidé qu'une suspension d'instance équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement semblent avoir fondé cette conclusion sur trois considérations:

1. Bien que l'accusation existe toujours à la suite d'une suspension d'instance, aucun tribunal ne peut en être saisi et il s'agit donc, en réalité, d'une décision définitive.

2. L'abus de procédure est une question qui porte sur le fond de l'affaire. Une suspension d'instance libère l'accusé de toutes autres procédures. C'est, par conséquent, une décision qui porte sur le fond plutôt que sur une simple question de procédure.

3. Le raisonnement exprimé dans les décisions qui portent sur l'annulation d'un acte d'accusation. Comme le juge Martin l'a dit dans l'arrêt *Beason*, précité, aux pp. 31 et 32:

> [TRADUCTION] Le droit a été fixé par une série d'arrêts de la Cour suprême du Canada selon lesquels, lorsqu'un acte d'accusation a été annulé, non pas à cause de vices de l'acte d'accusation ou d'irrégularités de forme, mais plutôt pour des motifs qui portent sur le fond de l'accusation, de manière à donner ouverture au plaidoyer d'autrefois acquit si l'accusé est inculpé par la suite, l'ordonnance qui annule l'acte d'accusation équivaut à un acquittement et elle est susceptible d'appel: voir *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614, 1 C.C.C. (2d) 508, 16 D.L.R. (3d) 221; *Lattoni and Corbo v. The Queen*, [1958] R.C.S. 603, 121 C.C.C. 317. À mon avis, le principe énoncé dans ces arrêts a été appliqué avec justesse à des affaires dans lesquelles les procédures ont été suspendues ou des actes d'accusation annulés à cause de la violation de droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans lesquelles la décision rendue par le juge du procès constitue, relativement à la poursuite, une décision définitive qui empêche qu'elle ne soit reprise par la suite: . . .

Les cours d'appel qui s'opposent à cette conclusion ont fondé leurs décisions sur les considérations suivantes:

1. Une suspension judiciaire est prononcée dans des circonstances où un acquittement n'est pas justifié.

2. Although proceedings are suspended permanently, technically the charge remains.

3. Any gap in the appeal procedure created under s. 605 of the *Code* must be filled by Parliament, not the courts.

In my opinion, the criteria considered in the line of cases, *Lattoni and Corbo*, *Sheets* and *Cheyenne Realty Ltd.*, which hold that the quashing of an indictment is tantamount to a judgment or verdict of acquittal, may usefully be applied to this case. Can it be said that (a) the decision to stay was not based on procedural considerations, but rather on questions of law; and (b) the decision was a final decision, that is to say, a judgment rendered on a question of law after the accused was placed in jeopardy, such that if the accused were charged subsequently with the same offence he could plead *autrefois acquit*?

Staying proceedings on the basis of abuse of process, and in particular, on the basis of the defence of entrapment, in my view, amounts to a decision on a complex question of law and fact. Entrapment has been defined as the conception and planning of an offence by a law enforcement officer and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer: see *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932) at p. 454. This is more than a mere procedural defect.

Furthermore, *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493, is authority for the proposition that a formal "acquittal" is not required in order for the accused to plead *autrefois acquit*. In that case McIntyre J. said, at p. 501:

> I am also of the opinion that the appellant was placed in jeopardy and that his trial commenced upon the informations. He had pleaded not guilty and he stood prepared to meet the Crown's case. In *Riddle*, the Crown's case was dismissed because the Crown, despite the refusal of an adjournment and the Court's direction that the trial proceed, declined to call evidence. There was accordingly no case for the accused to meet and

2. Bien que les procédures soient suspendues de façon permanente, en théorie l'accusation demeure.

3. Toute lacune dans la procédure d'appel créée en vertu de l'art. 605 du *Code* doit être comblée par le législateur et non par les tribunaux.

À mon avis, le critère examiné dans les arrêts *Lattoni and Corbo*, *Sheets* et *Cheyenne Realty Ltd.*, où on a conclu que l'annulation d'un acte d'accusation équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement, peut s'appliquer utilement à l'espèce. Peut-on dire que a) la décision de suspendre était fondée non pas sur des considérations relatives à la procédure mais plutôt sur des questions de droit, et que b) la décision était une décision définitive, c'est-à-dire un jugement rendu sur une question de droit après que l'accusé eut été mis en péril, de sorte que s'il avait été accusé par la suite de la même infraction, il aurait pu plaider autrefois acquit?

La suspension d'instance fondée sur l'abus de procédure et en particulier sur la provocation policière invoquée comme moyen de défense équivaut, à mon avis, à une décision portant sur une question complexe de droit et de fait. La provocation policière a été définie comme la conception et la planification d'une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent: voir *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), à la p. 454. C'est plus qu'un simple vice de procédure.

De plus, l'arrêt *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493, consacre le principe qu'un «acquittement» formel n'est pas nécessaire pour qu'un accusé puisse plaider autrefois acquit. Dans cet arrêt, le juge McIntyre affirme à la p. 501:

> Je suis également d'avis que l'appelant a été mis en péril et que son procès a commencé dès les dénonciations. Il avait nié sa culpabilité et était prêt à répondre à la preuve du ministère public. Dans l'affaire *Riddle*, il y a eu rejet de la poursuite parce que, malgré le refus d'ajournement et la directive de la Cour de continuer le procès, le ministère public n'a pas présenté de preuve. Il n'y avait donc pas de preuve à laquelle l'accusé devait

the acquittal resulted. In that case Dickson J., said at p. 398:

> In my view, a criminal trial commences and an accused is normally in jeopardy from the moment issue is joined before a judge having jurisdiction and the prosecution is called upon to present its case in court. The person accused continues in jeopardy until final determination of the matter by rendering of the verdict.

I do not consider that Dickson J., imposed by those words a requirement that some direct invitation must be issued to the Crown to call evidence before it could be said that the issue had been joined and the accused placed in jeopardy. The authorities he relied upon in his reasons support the proposition that once a plea is entered before a court of competent jurisdiction the accused is in jeopardy. Where the court proceeds to a determination, in the nature of an acquittal or dismissal, proceedings on new informations raising the same allegations will be barred: *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Day* (1980), 37 N.S.R. (2d) 193, and other authorities referred to in *Riddle*, *supra*.

(Emphasis added.)

At the respondent's trial, the following occurred: (i) the respondent was arraigned and entered a plea of not guilty to the indictment; (ii) a jury was empanelled and the accused placed "in charge"; (iii) the Crown presented its case; (iv) the respondent testified on his own behalf; (v) counsel addressed the jury; (vi) Wong Co. Ct. J. charged the jury; (vii) the jury returned a verdict of "unlawful entrapment"; and (viii) Wong Co. Ct. J. gave effect to that verdict by directing a "stay of proceedings". Given this sequence of events, in my opinion, the respondent was in jeopardy and the action taken by the judge was in the nature of an acquittal. If the respondent were subsequently charged with the offence spelled out in the indictment, a plea of *autrefois acquit* would lie.

I see no logical reason why a decision to quash an indictment on a question of law should be considered a judgment or verdict of acquittal whereas a decision to enter a stay on a question of law should not. Anderson J.A. pointed out it would be an anomolous and absurd result if dismissal of

répondre, d'où l'acquittement. Dans cet arrêt le juge Dickson dit à la p. 398:

> À mon avis, un procès criminel commence et un accusé est normalement en péril lorsque la cause est en état devant un juge compétent et que la poursuite est appelée à présenter sa preuve à la cour. L'accusé est en péril tant que l'affaire n'est pas décidée par le prononcé du verdict.

À mon sens, le juge Dickson n'impose pas par ces mots que l'on invite directement le ministère public à présenter sa preuve avant qu'on puisse dire que la cause est en état et que l'accusé a été mis en péril. Suivant la jurisprudence sur laquelle il s'est fondé dans ses motifs, dès l'inscription d'un plaidoyer devant une cour compétente, l'accusé est en péril. Lorsque cette cour arrive à une décision, sous forme d'acquittement ou de rejet, cela constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute poursuite sur de nouvelles dénonciations contenant les mêmes allégations: *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Day* (1980), 37 N.S.R. (2d) 193 et d'autres décisions mentionnées dans l'affaire *Riddle*, précitée.

(C'est moi qui souligne.)

Voici le déroulement des événements au procès de l'intimé: i) l'intimé a été mis en accusation et a plaidé non coupable à l'acte d'accusation, ii) le jury a été constitué et l'accusé a été placé «sous l'autorité de la cour», iii) la poursuite a présenté sa preuve, iv) l'intimé a témoigné pour son propre compte, v) les avocats ont présenté leurs plaidoiries au jury, vi) le juge Wong de la Cour de comté a fait son exposé au jury, vii) le jury a rendu un verdict de «provocation policière» et viii) le juge Wong a donné effet à ce verdict en ordonnant une «suspension d'instance». Compte tenu de cette série d'événements, j'estime que l'intimé a été mis en péril et que la mesure prise par le juge tient de la nature d'un acquittement. Si l'intimé devait par la suite être accusé de l'infraction inscrite dans l'acte d'accusation, il pourrait plaider autrefois acquit.

Je ne vois aucune raison logique pour laquelle la décision d'annuler un acte d'accusation relativement à une question de droit devrait être considérée comme un jugement ou verdict d'acquittement alors que la décision d'ordonner une suspension relativement à une question de droit ne devrait pas

the charges on the basis that the proceedings constituted an abuse of process would permit an appeal but a stay of the proceedings on the basis that they constituted an abuse of process would not. Hence, I would conclude that the administration of criminal justice would be better served by a determination that a stay of proceedings is tantamount to a judgment or verdict of acquittal and subject to appeal by the Crown pursuant to s. 605(1)(*a*).

There are further policy considerations that should also be taken into account. In *Re Regina and Beason*, *supra*, Martin J.A. concluded, on p. 34, that in the circumstances of that case, "*mandamus* is available to the Crown, although I consider that in the future an appeal is the preferable remedy to be followed in like circumstances". I am in respectful agreement with this conclusion.

A failure to acknowledge a right of appeal in circumstances where the order finally terminates the proceedings, in particular a stay, would seriously impede a rational and consistent development of *Charter* remedies through the appeal process and this, at a very critical time in their development. This is particularly true in the case of a stay of proceedings, which is being used increasingly as a *Charter* remedy.

I do not believe it would further the judicial process to permit appeals from a decision to stay proceedings because of a *Charter* violation, and not permit an appeal from a decision to stay reached because of an abuse of process such as entrapment. Such a course of action would lead to strained and artificial distinctions.

On a true reading of s. 605(1)(*a*) of the *Code*, to determine whether a stay of proceedings is a judgment or verdict of acquittal, we must look to the substance of the action of the trial judge and not the label he used in disposing of the case. Sub-

l'être. Le juge Anderson a souligné qu'il serait anormal et absurde que, d'une part, le rejet des accusations pour le motif que les procédures ont constitué un abus de procédure donne ouverture à un appel et que, d'autre part, la suspension des procédures pour le motif qu'elles ont constitué un abus de procédure ne donne pas ouverture à un appel. Je conclus donc qu'il est dans l'intérêt de l'administration de la justice en matière criminelle de décider qu'une suspension d'instance équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement dont Sa Majesté peut interjeter appel en vertu de l'al. 605(1)*a*).

Il y a d'autres considérations de principe dont il faut également tenir compte. Dans l'arrêt *Re Regina and Beason*, précité, le juge Martin conclut à la p. 34 que, dans les circonstances de cette affaire, [TRADUCTION] «la poursuite peut recourir à un *mandamus* bien que je considère qu'à l'avenir l'appel sera un recours préférable dans de telles circonstances». Avec égards, je suis d'accord avec cette conclusion.

La non-reconnaissance d'un droit d'appel dans des circonstances où l'ordonnance met fin définitivement aux procédures, dans le cas notamment d'une suspension, entraverait sérieusement l'élaboration rationnelle et logique de redressements fondés sur la *Charte* au moyen du processus d'appel et ce, à un moment très critique de leur élaboration. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une suspension d'instance qui est de plus en plus utilisée à titre de redressement fondé sur la *Charte*.

Je ne crois pas que le processus judiciaire gagnerait à ce qu'il soit permis d'interjeter appel d'une suspension d'instance fondée sur une violation de la *Charte* et à ce qu'il ne soit pas permis de le faire à l'égard d'une suspension fondée sur un abus de procédure comme la provocation policière. Une telle ligne de conduite donnerait lieu à des distinctions forcées et artificielles.

Correctement interprété, l'al. 605(1)*a*) du *Code* exige, pour déterminer si une suspension d'instance constitue un jugement ou verdict d'acquittement, que nous considérions le fond de l'action du juge du procès et non l'étiquette qu'il utilise pour sta-

stance and not form should govern. Whatever the words used, the judge intended to make a final order disposing of the charge against the respondent. If the order of the Court effectively brings the proceedings to a final conclusion in favour of an accused then I am of opinion that, irrespective of the terminology used, it is tantamount to a judgment or verdict of acquittal and therefore appealable by the Crown.

We are concerned here with a stay of proceedings because of an abuse of process by the Crown. While a stay of proceedings of this nature will have the same result as an acquittal and will be such a final determination of the issue that it will sustain a plea of *autrefois acquit*, its assimilation to an acquittal should only be for purposes of enabling an appeal by the Crown. Otherwise, the two concepts are not equated. The stay of proceedings for abuse of process is given as a substitute for an acquittal because, while on the merits the accused may not deserve an acquittal, the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction. No consideration of the merits—that is whether the accused is guilty independently of a consideration of the conduct of the Crown—is required to justify a stay. In the case at bar the accused admitted that he had sold a pound of marijuana to an undercover officer. A consideration of the merits would necessarily have led to his conviction. The stay in this case intervenes to prevent consideration of the merits lest a conviction occur in circumstances which would bring the administration of justice into disrepute.

The respondent requested this Court to decide the following issues which were raised in the British Columbia Court of Appeal:

Did the learned trial Judge err in law in holding that the defence of entrapment was available to the Respondent?

tuer sur l'affaire. C'est le fond et non la forme qui doit importer. Quels que soient les termes utilisés, le juge a voulu rendre une ordonnance définitive concernant l'accusation portée contre l'intimé. Si l'ordonnance de la cour met définitivement un terme aux procédures en faveur de l'accusé, je suis alors d'avis que, peu importe la terminologie utilisée, elle équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement dont Sa Majesté peut par conséquent interjeter appel.

Nous nous intéressons en l'espèce à une suspension d'instance fondée sur un abus de procédure commis par la poursuite. Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquittement et même si elle a pour effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'autrefois acquit, elle ne doit être assimilée à un acquittement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite d'interjeter appel. Ces deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables. La suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis. Aucun examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire de la question de savoir si l'accusé est coupable indépendamment d'un examen de la conduite de la poursuite, n'est nécessaire pour justifier une suspension. En l'espèce, l'accusé a reconnu avoir vendu une livre de marijuana à un faux client qui était un agent de police. Un examen portant sur le fond aurait nécessairement entraîné un verdict de culpabilité. En l'espèce, la suspension a pour effet d'empêcher l'examen portant sur le fond de crainte qu'une déclaration de culpabilité ne soit prononcée dans des circonstances susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice.

L'intimé a demandé à cette Cour de trancher les questions suivantes qui ont été soulevées devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique:

Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en décidant que l'intimé pouvait invoquer la provocation policière comme moyen de défense?

Did the learned trial Judge err in law in instructing the Jury as to what constitutes entrapment?

Did the learned trial Judge err in law in instructing the Jury that the onus lay on the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there had been no "unlawful entrapment"?

Did the learned trial Judge err in law in taking from the Jury a special verdict of "unlawful entrapment"?

Did the learned trial Judge err in law and exceed his jurisdiction in directing a stay of proceedings with respect to the Indictment?

I would refer all of the above questions to the Court of Appeal of British Columbia for hearing and determination.

The appeal should be allowed, the judgment below set aside and an order go directing the Court of Appeal of British Columbia to hear and determine the Crown's appeal on the merits.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent: J. M. Brian Coleman, Vancouver.

Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en donnant au jury des directives sur ce qui constitue de la provocation policière?

Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en disant au jury dans ses directives qu'il incombait à Sa Majesté d'établir hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait eu aucune «provocation policière»?

Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en acceptant du jury un verdict spécial de «provocation policière»?

Le savant juge du procès a-t-il commis une erreur de droit et a-t-il excédé sa compétence en ordonnant une suspension d'instance relativement à l'acte d'accusation?

Je suis d'avis de renvoyer toutes ces questions à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle les entende et y réponde.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de lui ordonner d'entendre et de trancher l'appel de Sa Majesté portant sur le fond.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intimé: J. M. Brian Coleman, Vancouver.

The Winnipeg School Division No. 1 *Appellant (Respondent)*;

and

Doreen Maud Craton *Respondent (Applicant)*;

and

The Winnipeg Teachers' Association No. 1 of the Manitoba Teachers' Society *(Respondent)*.

File No.: 17933.

1985: May 15; 1985: September 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Civil rights — Discrimination — Age — Mandatory retirement — The Public Schools Act provision for mandatory retirement in conflict with The Human Rights Act — Whether or not mandatory retirement requirement void — The Human Rights Act, 1974 (Man.), c. 65, s. 6(1); C.C.S.M., c. H175, s. 6(1) — The Public Schools Act, R.S.M. 1970, c. P250, s. 39(2); The Public Schools Act, 1980 (Man.), c. 33, s. 50; C.C.S.M., c. P250, s. 50.

Respondent, a teacher, was required by her collective agreement to retire at a fixed date following her sixty-fifth birthday. *The Human Rights Act*, however, prohibited discrimination in employment on account of age while *The Public Schools Act*, which was enacted before and consolidated after *The Human Rights Act* was passed, allowed the fixing of a compulsory retirement age for teachers. Respondent successfully sought a declaration in the Court of Queen's Bench that mandatory retirement contravened *The Human Rights Act* and was invalid, and that her employment therefore could not be terminated. The Court of Appeal upheld that decision. At issue in this appeal was the conflict between the provisions of *The Human Rights Act* and *The Public Schools Act*.

Held: The appeal should be dismissed.

The mandatory retirement provision in *The Public Schools Act* was invalid in that it contravened *The Human Rights Act*. *The Human Rights Act*, since it was passed after *The Public Schools Act*, prevailed over and implicitly repealed any earlier legislation in so far as

The Winnipeg School Division No. 1 *Appelante (Intimée)*;

et

Doreen Maud Craton *Intimée (Requérante)*;

et

The Winnipeg Teachers' Association No. 1 of the Manitoba Teachers' Society *(Intimée)*.

N° du greffe: 17933.

1985: 15 mai; 1985: 19 septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Libertés publiques — Discrimination — Âge — Retraite obligatoire — Conflit entre les dispositions de The Public Schools Act prescrivant la retraite obligatoire et celles de The Human Rights Act — L'exigence de retraite obligatoire est-elle nulle? — The Human Rights Act, 1974 (Man.), chap. 65, art. 6(1); C.C.S.M., chap. H175, art. 6(1) — The Public Schools Act, R.S.M. 1970, chap. P250, art. 39(2); The Public Schools Act, 1980 (Man.), chap. 33, art. 50; C.C.S.M., chap. P250, art. 50.

La convention collective de l'intimée, une enseignante, l'obligeait à prendre sa retraite à une date fixe après son soixante-cinquième anniversaire de naissance. Cependant, *The Human Rights Act* interdisait la discrimination dans l'emploi en raison de l'âge, alors que *The Public Schools Act*, dont l'adoption a précédé mais la refonte a suivi l'adoption de *The Human Rights Act*, permettait de fixer un âge de retraite obligatoire pour les enseignants. L'intimée a obtenu de la Cour du Banc de la Reine un jugement déclarant que la retraite obligatoire contrevenait à *The Human Rights Act* et était invalide, et qu'on ne pouvait donc mettre fin à son emploi. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Ce pourvoi porte sur le conflit entre les dispositions de *The Human Rights Act* et celles de *The Public Schools Act*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La disposition de *The Public Schools Act* relative à la retraite obligatoire est invalide parce que contraire à *The Human Rights Act*. Vu qu'elle a été adoptée après *The Public Schools Act*, *The Human Rights Act* prévaut sur tout texte législatif antérieur qu'elle abroge

there was conflict. *The Public Schools Act* of 1980 was not specific legislation designed to reaffirm the Board's right to set a mandatory retirement age, notwithstanding *The Human Rights Act*, but rather was a mere re-enactment and consolidation. Indeed, given the special nature of human rights legislation, any amendment or repeal or exception to that legislation must be by clear legislative pronouncement and not by implication. Were it otherwise, the human rights legislation would be robbed of its special nature and would give scant protection to the rights proclaimed.

The Human Rights Act was legislation declaring public policy and therefore could not be avoided by private contract. The parties could not contract out of the Act's provisions by agreeing to article 14 of the Collective Agreement.

Cases Cited

Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; *Morisse v. Royal British Bank* (1856), 1 C.B. (N.S.) 67; 140 E.R. 27; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, referred to; *Winnipeg School Division No. 1 v. MacArthur*, [1982] 3 W.W.R. 342, distinguished.

Statutes and Regulations Cited

Human Rights Act, 1974 (Man.), c. 65, s. 6(1).
Public Schools Act, R.S.M. 1970, c. P250, s. 39(2).
Public Schools Act, 1980 (Man.), c. 33, s. 50.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [1983] 6 W.W.R. 87, 149 D.L.R. (3d) 542, dismissing an appeal from a judgment of Deniset J. granting an application for a declaration that a provision of a collective agreement concerning mandatory retirement was invalid. Appeal dismissed.

Robert Simpson, for the appellant.

Mel Myers, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal must resolve the conflict between s. 6(1) of *The Human Rights Act*, 1974 (Man.), c. 65, as amended; C.C.S.M., c. H175, which prohibits discrimination in employ-

implicitement dans la mesure où il y a conflit. *The Public Schools Act* de 1980 est non pas une loi spécifique qui vise à réaffirmer le droit du Conseil de fixer un âge de retraite obligatoire nonobstant les dispositions de *The Human Rights Act*, mais plutôt simplement une nouvelle adoption et une refonte. D'ailleurs, compte tenu de la nature spéciale d'une loi sur les droits de la personne, toute modification, abrogation ou exception relative à cette loi doit se faire par déclaration législative claire et non implicitement. S'il en était autrement, la loi sur les droits de la personne serait dépouillée de sa nature spéciale et ne protégerait que fort inadéquatement les droits qu'elle proclame.

The Human Rights Act est une loi qui énonce une politique générale et à laquelle on ne saurait donc déroger par contrat privé. Les parties ne pouvaient pas renoncer par contrat aux dispositions de la Loi en acceptant l'article 14 de la convention collective.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Morisse v. Royal British Bank* (1856), 1 C.B. (N.S.) 67; 140 E.R. 27; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; distinction faite d'avec *Winnipeg School Division No. 1 v. MacArthur*, [1982] 3 W.W.R. 342.

Lois et règlements cités

Human Rights Act, 1974 (Man.), chap. 65, art. 6(1).
Public Schools Act, R.S.M. 1970, chap. P250, art. 39(2).
Public Schools Act, 1980 (Man.), chap. 33, art. 50.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, [1983] 6 W.W.R. 87, 149 D.L.R. (3d) 542, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Deniset qui avait fait droit à une demande visant à faire déclarer qu'une disposition d'une convention collective concernant la retraite obligatoire était invalide. Pourvoi rejeté.

Robert Simpson, pour l'appelante.

Mel Myers, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Dans ce pourvoi, il faut résoudre le conflit entre le par. 6(1) de *The Human Rights Act*, 1974 (Man.), chap. 65 et modifications, C.C.S.M., chap. H175, qui interdit

ment on account of age, and s. 50 of *The Public Schools Act*, 1980 (Man.), c. 33; C.C.S.M., c. P250, which empowers a school board to fix a compulsory retirement age for teachers.

The facts may be shortly stated. The respondent, Doreen Maud Craton, is a teacher in The Winnipeg School District No. 1. She is employed pursuant to a collective agreement between the School Division and the Manitoba Teachers' Society. The Collective Bargaining Agreement contains a provision for mandatory retirement of teachers at age sixty-five. Mrs. Craton turned sixty-five in January, 1983 and was notified that her employment would be terminated as of August 31, 1983. She applied by way of originating notice of motion in the Court of Queen's Bench for a declaration that the mandatory retirement provision in the Collective Bargaining Agreement is invalid because it contravenes the Manitoba *Human Rights Act*, and that her employment could not be terminated by reason of her reaching the age of sixty-five. The respondent succeeded at trial and on appeal (Monnin C.J.M., Hall and Huband JJ.A.) This appeal is by leave granted November 24, 1983.

The relevant statutory provisions are set out hereunder:

The Human Rights Act, 1974 (Man.), c. 65, as amended; C.C.S.M., c. H175, s. 6(1):

6 (1) Every person has the right of equality of opportunity based upon bona fide qualifications in respect of his occupation or employment or in respect of training for employment or in respect of an intended occupation, employment, advancement or promotion, and in respect of his membership or intended membership in a trade union, employers' organization or occupational association; and, without limiting the generality of the foregoing

(a) no employer or person acting on behalf of an employer, shall refuse to employ, or to continue to employ or to train the person for employment or to advance or promote that person, or discriminate against that person in respect of employment or any term or condition of employment;

la discrimination dans l'emploi en raison de l'âge, et l'art. 50 de *The Public Schools Act*, 1980 (Man.), chap. 33, C.C.S.M., chap. P250, qui confère à un conseil scolaire le pouvoir de fixer l'âge auquel les enseignants doivent obligatoirement prendre leur retraite.

Les faits peuvent être exposés brièvement. L'intimée, Doreen Maud Craton, est une enseignante au service du Winnipeg School District No. 1. Elle est employée conformément à une convention collective intervenue entre la division scolaire et la Manitoba Teachers' Society. La convention collective comporte une clause fixant à soixante-cinq ans l'âge de la retraite obligatoire des enseignants. M^me^ Craton a eu soixante-cinq ans en janvier 1983 et a été avisée qu'on mettrait fin à son emploi le 31 août 1983. Par avis de requête introductive d'instance, elle a demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre un jugement qui déclarerait, d'une part, que la clause de mise à la retraite obligatoire de la convention collective est invalide parce qu'elle est contraire à *The Human Rights Act* du Manitoba, et, d'autre part, qu'on ne peut mettre fin à son emploi pour le motif qu'elle a atteint l'âge de soixante-cinq ans. L'intimée a eu gain de cause en première instance et en appel (le juge en chef Monnin et les juges Hall et Huband). L'autorisation de pourvoi en cette Cour a été accordée le 24 novembre 1983.

Voici les dispositions législatives pertinentes:

The Human Rights Act, 1974 (Man.), chap. 65 et modifications, C.C.S.M., chap. H175, par. 6(1):

[TRADUCTION] **6** (1) Toute personne a droit à l'égalité des chances fondée sur les exigences réelles relatives à son occupation ou emploi, ou à sa formation en vue d'un emploi, ou à une occupation, à un emploi, à un avancement ou à une promotion qu'elle a en vue, et relatives à son adhésion ou projet d'adhésion à un syndicat, à une organisation patronale ou à une association professionnelle; et, sans limiter la généralité de ce qui précède,

a) aucun employeur ni aucune personne agissant au nom d'un employeur ne doit refuser d'employer ou de continuer d'employer ou de former cette personne en vue d'un emploi, 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;

(b) no employment agency shall refuse to refer a person for employment, or for training for employment, and

(c) no trade union, employers' organization or occupational association shall refuse membership to, expel, suspend or otherwise discriminate against that person; or negotiate, on behalf of that person, an agreement that would discriminate against him;

because of race, nationality, religion, colour, sex, age, marital status, physical or mental handicap, ethnic or national origin, or political beliefs or family status of that person.

The Public Schools Act, R.S.M. 1970, c. P250, s. 39(2):

39 (2) The board of an area may fix a compulsory retirement age for teachers employed by it; but the compulsory retirement age shall not be less than sixty-five years of age.

The Public Schools Act, 1980 (Man.), c. 33; C.C.S.M., c. P250, s. 50:

50 A school board may fix a complusory retirement age for teachers employed by it but the compulsory retirement age shall not be less than 65 years of age.

The relevant provisions of the Collective Bargaining Agreement are found in article 14:

14. *Retirement Date*—The compulsory retirement date for each teacher will be the 31st day of August coinciding with, or next following, the date upon which the teacher attains the age of sixty-five years, and no teacher shall be continued in the service of the Division beyond normal retirement age.

In the Court of Appeal, Monnin C.J.M. found that there was a clear conflict between s. 50 of *The Public Schools Act* and s. 6(1) of *The Human Rights Act*. Section 50 of *The Public Schools Act* had been passed in 1980, but was to the same effect as s. 39(2) of the 1970 consolidation (which preserved the identical language of the original enactment in 1964) and, therefore, could not have been intended as an exception to the provisions of *The Human Rights Act*. Furthermore, human rights legislation is public and fundamental law of general application and prevails where there is a conflict with other specific legislation unless an exception is created. Consequently, s. 50 of *The*

b) aucun bureau de placement ne doit refuser de recommander cette personne pour un emploi ou pour de la formation en vue d'un emploi, et

c) aucun syndicat, aucune organisation patronale ni aucune association professionnelle ne doit refuser l'adhésion à cette personne, l'expulser, la suspendre ou lui faire subir de la discrimination, ni négocier en son nom une convention qui lui ferait subir de la discrimination;

en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa couleur, de son sexe, de son âge, de son état matrimonial, d'un handicap physique ou mental, de son origine ethnique ou nationale, de ses convictions politiques ou de sa situation familiale.

The Public Schools Act, R.S.M. 1970, chap. P250, par. 39(2):

[TRADUCTION] **39** (2) Le conseil d'un secteur peut fixer l'âge de la retraite obligatoire des enseignants qu'il emploie; mais l'âge de la retraite obligatoire ne doit pas être inférieur à soixante-cinq ans.

The Public Schools Act, 1980 (Man.), chap. 33, C.C.S.M., chap. P250, art. 50:

[TRADUCTION] **50** Un conseil scolaire peut fixer l'âge de la retraite obligatoire des enseignants qu'il emploie, mais l'âge de la retraite obligatoire ne doit pas être inférieur à 65 ans.

Les dispositions pertinentes de la convention collective se trouvent à l'article 14:

[TRADUCTION] 14. *Date de mise à la retraite*—La date de mise à la retraite obligatoire de chaque enseignant sera le 31 août correspondant à la date, ou suivant celle-ci, à laquelle l'enseignant atteint l'âge de soixante-cinq ans et aucun enseignant ne demeurera au service de la Division après la date normale de la retraite.

En Cour d'appel du Manitoba, le juge en chef Monnin a conclu qu'il y avait manifestement conflit entre l'art. 50 de *The Public Schools Act* et le par. 6(1) de *The Human Rights Act*. L'article 50 de *The Public Schools Act* avait été adopté en 1980, mais il visait le même résultat que le par. 39(2) de la refonte de 1970 (qui ne faisait que reprendre le texte original adopté en 1964); il n'avait donc pas pour objet de constituer une exception aux dispositions de *The Human Rights Act*. De plus, une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale qui prévaut en cas de conflit avec d'autres lois particulières, à moins qu'une excep-

Public Schools Act and article 14 of the Collective Bargaining Agreement were void and could not operate to compel Mrs. Craton's retirement. Hall J.A. agreed with the Chief Justice, adding that s. 39(2), as enacted in 1964, though repealed as part of a general revision in 1980, was re-enacted with no material change as s. 50 of *The Public Schools Act*. He said, in answer to the appellant's contention, that the 1980 *Public Schools Act* was a later enactment than s. 6(1), and therefore by implication an exception to *The Human Rights Act*:

> I cannot accept that the mere mechanics of repeal and re-enactment should be determinative of the question of whether the *Human Rights Act* displaces the *Public Schools Act*.

Huband J.A. dissented. He would have allowed the appellant's appeal on the basis that while *The Human Rights Act* would override s. 39(2) of the old Act, the fact that the new *Public Schools Act* was passed in 1980, subsequent to *The Human Rights Act*, reaffirmed the authority of the Board to set a compulsory retirement age. He regarded s. 50 as specific legislation relating only to teachers and creating a limited exception to s. 6(1) of *The Human Rights Act*.

There is no merit in the argument raised below, but not pressed in this Court, that the parties by agreeing to article 14 in the Collective Bargaining Agreement have contracted themselves out of the provisions of s. 6(1). *The Human Rights Act* is legislation declaring public policy and may not be avoided by private contract. See: *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at pp. 213-14. Accordingly, there is only one issue in this case: is s. 50 of the 1980 *Public Schools Act* effective to create an exception to the prohibition against discrimination on the basis of age set out in s. 6(1) of *The Human Rights Act*?

The appellant contended that *The Public Schools Act* of 1980 was not a mere re-enactment and consolidation of the earlier statute, but was actually specific legislation designed to reaffirm

tion n'ait été créée. En conséquence, l'art. 50 de *The Public Schools Act* et l'article 14 de la convention collective sont nuls et ne peuvent s'appliquer pour forcer M^me^ Craton à prendre sa retraite. Le juge Hall a souscrit à l'avis du Juge en chef, ajoutant que le par. 39(2) adopté en 1964, quoiqu'il ait été abrogé par la refonte générale de 1980, a été adopté de nouveau sans modification majeure en tant qu'art. 50 de *The Public Schools Act*. Il répond à l'argument de l'appelante que *The Public Schools Act* de 1980 a été adoptée après le par. 6(1) et constitue donc implicitement une exception à *The Human Rights Act*:

> [TRADUCTION] Je ne puis accepter que le simple mécanisme d'abrogation et de nouvelle adoption soit déterminant quant à la question de savoir si la *Human Rights Act* l'emporte sur la *Public Schools Act*.

Le juge Huband a exprimé sa dissidence. Il aurait accueilli l'appel pour le motif que, même si *The Human Rights Act* prévaudrait sur le par. 39(2) de l'ancienne loi, le fait que la nouvelle *Public Schools Act* ait été adoptée en 1980, après *The Human Rights Act*, confirme le pouvoir du Conseil de fixer un âge de mise à la retraite obligatoire. Il considérait l'art. 50 comme un texte de loi spécifique qui ne visait que les enseignants et qui créait une exception limitée au par. 6(1) de *The Human Rights Act*.

Est sans fondement l'argument, soulevé en Cour d'appel mais sur lequel on n'a pas insisté en cette Cour, portant que les parties, en acceptant l'article 14 de la convention collective, ont renoncé par contrat aux dispositions du par. 6(1). *The Human Rights Act* est une loi qui énonce une politique générale et à laquelle on ne saurait déroger par contrat privé. Voir: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, aux pp. 213 et 214. Il n'y a donc qu'un seul point litigieux en l'espèce: l'art. 50 de *The Public Schools Act* de 1980 a-t-il pour effet de créer une exception à l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge énoncée au par. 6(1) de *The Human Rights Act*?

L'appelante soutient que *The Public Schools Act* de 1980 constitue non pas simplement une nouvelle adoption et refonte de la loi antérieure, mais en fait une loi spécifique visant à réaffirmer

the right of the Board to create a mandatory retirement age for school teachers, despite the provisions of *The Human Rights Act*. For this proposition, reliance was placed on *Winnipeg School Division No. 1 v. MacArthur*, [1982] 3 W.W.R. 342, a decision of Kroft J. of the Manitoba Court of Queen's Bench. The case is not, in my view, of any assistance to the appellant. It turned largely on the question of whether a school is "any accommodation, service or facility customarily available to the public", an issue of no significance here. In *obiter* Kroft J. said, at p. 356, that:

> When the Legislature in 1980 enacted the Public Schools Act, it must be assumed that it did so with full knowledge of the provisions of the Human Rights Act.

This case, however, was decided before *Heerspink*, *infra*, in this Court, and for the reasons stated below I do not consider that the quoted words advance the appellant's position.

The record discloses, as we have seen above, that s. 39(2) is the first statutory enactment with which we are here concerned. Had it not been for the 1980 consolidation, which included s. 50, no question would have arisen as to which provision would govern. Section 6(1) of *The Human Rights Act*, enacted in 1974, was clearly a subsequent enactment and an express prohibition against discrimination in employment on the basis of age and, even setting aside the notion of any primacy for human rights legislation, it would have prevailed and repealed s. 39(2) by implication. There is no significant difference between the two sections, 39(2) and 50, and I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the enactment of s. 39(2) as s. 50 of the 1980 consolidation cannot be considered to have repealed s. 6(1) by implication. I am strengthened in this view by the words of William J. in *Morisse v. Royal British Bank* (1856), 1 C.B. (N.S.) 67; 140 E.R. 27, at p. 35:

> The only point which presented any plausibility of argument was, the suggestion that the 10th section of the 7 & 8 Vict. c. 111 was repealed by the 182nd section of the last bankrupt act, 12 & 13 Vict. c. 106. But it is

le droit du Conseil de fixer un âge de mise à la retraite obligatoire pour les enseignants, malgré les dispositions de *The Human Rights Act*. On invoque, à l'appui de cette thèse, la décision *Winnipeg School Division No. 1 v. MacArthur*, [1982] 3 W.W.R. 342, rendue par le juge Kroft de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Cette affaire n'est, à mon avis, d'aucun secours à l'appelante. Elle portait en grande partie sur la question de savoir si une école constituait [TRADUCTION] «un lieu, un service ou une installation auxquels le public a habituellement accès», point qui n'a aucune importance en l'espèce. Dans une opinion incidente, le juge Kroft affirme, à la p. 356, que:

> [TRADUCTION] Lorsque la législature a adopté en 1980 la Public Schools Act, il faut présumer qu'elle l'a fait en connaissant parfaitement les dispositions de la Human Rights Act.

Cette affaire, toutefois, a été tranchée avant l'arrêt de cette Cour *Heerspink*, ci-après, et, pour les raisons énoncées plus loin, je ne pense pas que le passage cité favorise la position de l'appelante.

Le dossier montre, comme nous venons de le voir, que le par. 39(2) est le premier texte législatif qui nous intéresse. N'eût été la refonte de 1980, qui comprend l'art. 50, la question de savoir quelle disposition prévaut ne se serait pas posée. Le paragraphe 6(1) de *The Human Rights Act* adopté en 1974 est nettement un texte législatif ultérieur et constitue une interdiction expresse de la discrimination dans l'emploi en raison de l'âge et, même en écartant toute notion de primauté de la législation sur les droits de la personne, il aurait prévalu et abrogé implicitement le par. 39(2). Il n'y a aucune différence importante entre les deux dispositions, savoir le par. 39(2) et l'art. 50, et je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que l'adoption du par. 39(2) comme art. 50 de la refonte de 1980 ne peut être considérée comme ayant eu pour effet d'abroger implicitement le par. 6(1). Me renforcent dans ce point de vue les observations du juge Williams dans l'affaire *Morisse v. Royal British Bank* (1856), 1 C.B. (N.S.) 67; 140 E.R. 27, à la p. 35:

> [TRADUCTION] Le seul point qu'il ait été plausible de débattre était l'idée que le 10e article de 7 & 8 Vict., chap. 111, a été abrogé par le 182e article de la plus récente loi en matière de faillite, 12 & 13 Vict., chap.

clear that this last-mentioned provision cannot, by merely re-enacting a previous section of the 6 G.4, c. 16, operate a repeal of the intermediate enactment.

And by the words of Willes J. in the same case, at p. 36:

As to the construction of the 182nd section of the bankrupt act, there is a recent case before Vice-Chancellor Kindersley, of *Wallace* v. *Blackwell*, 3 Drewry, 538, where the change of position of a clause, by its re-enactment in a subsequent statute, was considered not to vary its operation.

I am therefore of the view that the appellant must fail on this point. Section 50 of *The Public Schools Act* of 1980 cannot be considered a later enactment having the effect of creating an exception to the provisions of s. 6(1) of *The Human Rights Act*.

In any event, I am in agreement with Monnin C.J.M. where he said:

Human rights legislation is public and fundamental law of general application. If there is a conflict between this fundamental law and other specific legislation, unless an exception is created, the human rights legislation must govern.

This is in accordance with the views expressed by Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145. Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. Is is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement. To adopt and apply any theory of implied repeal by later statutory enactment to legislation of this kind would be to rob it of its special nature and give scant protection to the rights it proclaims. In this case it cannot be said that s. 50 of the 1980 consolidation is a sufficiently express indication of a legislative intent to create an exception to the provisions of s. 6(1) of *The Human Rights Act*.

106. Mais il est clair que cette dernière disposition ne saurait, du seul fait de la nouvelle adoption d'un ancien article de 6 G.4, chap. 16, avoir pour effet d'abroger la disposition intermédiaire.

Et celles du juge Willes, dans la même affaire, à la p. 36:

[TRADUCTION] Quant à l'interprétation du 182e article de la loi relative à la faillite, il y a l'affaire récente *Wallace* v. *Blackwell*, 3 Drewry, 538, dont a été saisi le vice-chancelier Kindersley et où on a jugé que le déplacement d'une clause, par sa nouvelle adoption dans une loi ultérieure, ne modifie en rien son application.

Je suis donc d'avis que l'appelante doit échouer sur ce point. L'article 50 de *The Public Schools Act* de 1980 ne saurait être considéré comme un texte ultérieur ayant pour effet de créer une exception aux dispositions du par. 6(1) de *The Human Rights Act*.

Quoi qu'il en soit, je partage l'avis du juge en chef Monnin lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale. S'il y a conflit entre cette loi fondamentale et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée, la loi sur les droits de la personne doit prévaloir.

Cela est conforme au point de vue exprimé par le juge Lamer dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145. Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaudrait à la dépouiller de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame. En l'espèce, on ne peut pas dire que l'art. 50 de la refonte de 1980 est une indication suffisamment explicite de l'intention du législateur de créer une exception aux dispositions du par. 6(1) de *The Human Rights Act*.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Fillmore & Riley, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Skwark, Myers, Baizley & Weinstein, Winnipeg.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Fillmore & Riley, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Skwark, Myers, Baizley & Weinstein, Winnipeg.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1985 Vol. 2

2e cahier, 1985 Vol. 2

Cited as [1985] 2 S.C.R. 159-285

Renvoi [1985] 2 R.C.S. 159-285

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD
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

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD
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

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

CONTENTS

Austin *v.* The Queen **285**

Criminal law — Evidence — Guilty verdict not unreasonable in view of identification evidence.

Criminal law — Dangerous offender proceedings — Sentence of detention for indeterminate period.

Brown and Murphy *v.* The Queen **273**

Criminal law — Cross-examination — Disagreement in Court of Appeal regarding the effect of accused's improper cross-examination — Cross-examination not prejudicial to accused — No miscarriage of justice.

Cluett *v.* The Queen **216**

Criminal law — Charge to jury — Use of force by police officer — Whether trial judge misdirected jury as to the lawful or justified use of force by police officer — Criminal Code, ss. 25, 450(1)(b).

Criminal law — Charge to jury — Aiding or abetting manslaughter — *Mens rea* — Whether trial judge misdirected jury as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter — Criminal Code, s. 21(1).

Criminal law — Charge to jury — Evidence — Adequacy of trial judge's summary of the evidence — Police officer acquitted of manslaughter — Whether trial judge failed to indicate the evidence supporting a verdict of manslaughter.

Fanjoy *v.* The Queen **233**

Criminal law — Powers of Court of Appeal — Errors at trial — Trial judge failing to limit cross-examination of accused and

Continued on next page

SOMMAIRE

Austin *c.* La Reine **285**

Droit criminel — Preuve — Le verdict de culpabilité n'est pas déraisonnable vu les éléments de preuve sur l'identité.

Droit criminel — Poursuite des délinquants dangereux — Peine de détention pour une période indéterminée.

Brown et Murphy *c.* La Reine **273**

Droit criminel — Contre-interrogatoire — Désaccord en Cour d'appel concernant l'effet du contre-interrogatoire incorrect de l'accusé — Contre-interrogatoire non préjudiciable à l'accusé — Aucune erreur judiciaire.

Cluett *c.* La Reine **216**

Droit criminel — Exposé au jury — Emploi de la force par un agent de police — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury en ce qui a trait à l'emploi légitime ou justifié de la force par un agent de police? — Code criminel, art. 25, 450(1)b).

Droit criminel — Exposé au jury — Aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable — *Mens rea* — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury en ce qui a trait à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable? — Code criminel, art. 21(1).

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve — Caractère adéquat du résumé de la preuve fait par le juge du procès — Acquittement d'un agent de police relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable — Le juge du procès a-t-il omis d'indiquer les éléments de preuve qui appuyaient un verdict d'homicide involontaire coupable?

Suite à la page suivante

misdirecting jury on alibi defence — Errors prejudicial to accused — Section 613(1)(b)(iii) of the Code inapplicable to uphold conviction — Criminal Code, s. 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

Germain *v.* The Queen **241**

Criminal law — Obscenity — Possession of obscene articles for purpose of sale — Whether articles publications — Words "For Adults Only" not relevant in determining whether publication obscene — Test of obscenity — Criminal Code, s. 159(2)(a), (8).

Krug *v.* The Queen **255**

Criminal law — Multiple convictions from same incident — Use of firearm while committing indictable offence — Whether or not Kienapple principle applicable to convictions under lesser offences.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Use of firearm while committing indictable offence — Minimum sentence for offence to be served consecutively to sentence for principal indictable offence — Whether or not breach of right to fundamental justice — If breached, whether or not acceptable in free and democratic society.

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Use of firearm while committing indictable offence — Minimum sentence for offence to be served consecutively to sentence for principal indictable offence — Whether or not contrary to Charter guarantee against double jeopardy — If so, whether or not acceptable in free and democratic society — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 83(1), (2), 84(1), 85, 302(d) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 17, 11(h).

Libman *v.* The Queen **178**

Criminal law — Jurisdiction — Territoriality — Charges of fraud and conspiracy to commit fraud — Toronto-based telephone sales scheme involving Central American mining shares — Calls directed at U.S. residents — Follow up from and monies sent to Central America — Portion of proceeds brought back to Canada — Whether or not jurisdiction to try in Canada — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 5(2), 423(1)(d).

Oakwood Development Ltd. *v.* Rural Municipality of St. François Xavier **164**

Mandamus — Municipal planning — Decision of municipality necessary to planning process — Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision — Plan of subdivision rejected — Whether or not solutions to flooding problem extraneous consideration — If not, whether or not municipality exercised discretion according to law.

Municipal law — Planning — Decision of municipality necessary to planning process — Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision — Plan of subdivision rejected — Whether or not municipality required to consider solutions to flooding problem — Whether or not municipality exercised its discretion according to law — The Planning Act, 1975 (Man.), c. 29, ss. 1, 60(1), 62(1) — The Planning Act Regulation, 30/77, ss. 6(1), 7, 11.

Continued on next page

Fanjoy *c.* La Reine **233**

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Erreurs du juge du procès — Omission de limiter le contre-interrogatoire de l'accusé et directives erronées quant à la défense d'alibi — Erreurs préjudiciables à l'accusé — Non-applicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code pour confirmer la déclaration de culpabilité — Code criminel, art. 613(1)a)(iii), b)(iii).

Germain *c.* La Reine **241**

Droit criminel — Obscénité — Possession aux fins de vente d'articles obscènes — Ces articles sont-ils des publications? — Mention «pour adultes seulement» sans importance pour déterminer si une publication est obscène — Critère de l'obscénité — Code criminel, art. 159(2)a), (8).

Krug *c.* La Reine **255**

Droit criminel — Déclarations de culpabilité multiples découlant du même incident — Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel — Applicabilité du principe établi dans l'arrêt Kienapple à des déclarations de culpabilité relatives à des infractions moins graves.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel — Cumul de la peine minimale pour l'infraction et de la peine résultant de l'acte criminel principal — Y a-t-il eu atteinte au droit à la justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cela est-il admissible dans une société libre et démocratique?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel — Cumul de la peine minimale pour l'infraction et de la peine résultant de l'acte criminel principal — Cela va-t-il à l'encontre des dispositions de la Charte qui interdisent le double péril? — Dans l'affirmative, cela est-il admissible dans une société libre et démocratique? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1), (2), 84(1), 85, 302d) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 17, 11h).

Libman *c.* La Reine **178**

Droit criminel — Compétence — Territorialité — Accusation de fraude et de complot en vue de commettre une fraude — Système de ventes par téléphone exploité à Toronto relativement à des actions de compagnies minières d'Amérique centrale — Appels faits à des résidants des États-Unis — Suivi exercé à partir de l'Amérique centrale et envoi d'argent à cet endroit — Partie du produit expédiée au Canada — A-t-on compétence pour instruire l'affaire au Canada? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 5(2), 423(1)d).

Oakwood Development Ltd. *c.* Municipalité rurale de St. François Xavier **164**

Mandamus — Urbanisme — Décision de la municipalité nécessaire au processus de planification — Refus de la municipalité de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations sur le terrain visé par le projet de lotissement — Rejet du plan de lotissement — Les solutions au problème du risque d'inondations sont-elles des considérations extrinsèques?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* L'Heureux **159**

Criminal law — Possession of stolen goods — Automobile — Contradiction between statements and testimony of accused as to whether she knew car was stolen — Duty to acquit if explanation given under oath may be true.

Spencer *v.* The Queen **278**

Evidence — Witnesses — Compellability — Canadian resident refusing to disclose information received while working as bank manager in Bahamas — Disclosure of such information constituting criminal offence under Bahamian law — Whether witness should be compelled to testify.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of the person — Compellability of witness — Canadian resident refusing to disclose information received while working as bank manager in Bahamas — Disclosure of such information constituting criminal offence under Bahamian law — Charter of Rights inapplicable — Infringement of liberty or security not resulting from operation of Canadian law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

SOMMAIRE (Fin)

— Dans la négative, la municipalité a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme à la loi?

Droit municipal — Planification — Décision de la municipalité nécessaire au processus de planification — Refus de la municipalité de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations sur le terrain visé par le projet de lotissement — Rejet du plan de lotissement — La municipalité est-elle tenue de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations? — La municipalité a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme à la loi? — The Planning Act, 1975 (Man.), chap. 29, art. 1, 60(1), 62(1) — The Planning Act Regulation, 30/77, art. 6(1), 7, 11.

R. *c.* L'Heureux **159**

Droit criminel — Possession de biens volés — Automobile — Déclarations et témoignage de l'accusée contradictoires sur la question de savoir si elle avait connaissance que l'automobile avait été volée — Obligation d'acquitter si l'explication donnée sous serment peut être vraie.

Spencer *c.* La Reine **278**

Preuve — Témoins — Contraignabilité — Refus par un résident canadien de révéler des informations obtenues à titre de directeur de banque aux Bahamas — La communication de ces informations constitue une infraction criminelle selon la loi bahamienne — Le témoin peut-il être contraint de témoigner?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Contraignabilité d'un témoin — Refus par un résident canadien de révéler des informations obtenues à titre de directeur de banque aux Bahamas — La communication de ces informations constitue une infraction criminelle selon la loi bahamienne — Charte des droits inapplicable — L'atteinte à la liberté ou à la sécurité ne résulte pas de la loi canadienne — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Diane L'Heureux *Respondent.*

File No.: 17932.

1985: May 23; 1985: September 19.

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 — Possession of stolen goods — Automobile — Contradiction between statements and testimony of accused as to whether she knew car was stolen — Duty to acquit if explanation given under oath may be true.

Respondent was arrested by the police while at the wheel of a recently stolen car and charged with unlawful possession of a motor vehicle under ss. 312 and 313 of the *Criminal Code*. In two written statements to the police which were admitted in evidence, she stated that the friend who was with her when she was arrested, and who had invited her to go for a ride so he could teach her to drive, had told her the car had been stolen. Later, at the trial, respondent contradicted her statements. The judge of the Court of Sessions of the Peace found respondent guilty. The Court of Appeal reversed the conviction and acquitted respondent on the ground that in law she did not have "possession" of the car.

Held: The appeal should be dismissed.

One of the components of the offence stated in s. 312 of the *Criminal Code* is knowledge by the person having possession of the thing that it was obtained by the commission of an indictable offence. Thus, even assuming that respondent had possession of the car within the meaning of s. 312, the trial judge in order to find her guilty had to be convinced beyond all reasonable doubt that she knew that the car had been stolen. As the possession was recent, the presumption that she knew this was created. In her testimony, however, respondent contradicted her statements and denied that she knew that the car had been stolen. Confronted with these contradictions, the trial judge should still have acquitted the accused if he was of the view that her explanation under oath could be true, even though he was not convinced that it was. The trial judge said it was impossible for him to determine whether respondent was telling the truth in her statements or in her testimony.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Diane L'Heureux *Intimée.*

N° du greffe: 17932.

1985: 23 mai; 1985: 19 septembre.

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 — Possession de biens volés — Automobile — Déclarations et témoignage de l'accusée contradictoires sur la question de savoir si elle avait connaissance que l'automobile avait été volée — Obligation d'acquitter si l'explication donnée sous serment peut être vraie.

L'intimée a été arrêtée par la police alors qu'elle conduisait une automobile récemment volée et accusée de possession illégale d'un véhicule à moteur en vertu des art. 312 et 313 du *Code criminel*. Dans deux déclarations écrites faites aux policiers et admises en preuve, elle a affirmé que l'ami qui l'accompagnait lors de son arrestation, et qui l'avait invitée à faire une balade en voiture pour lui apprendre à conduire, lui avait révélé qu'il s'agissait d'une automobile volée. Plus tard au procès, l'intimée a contredit ses déclarations. Le juge de la Cour des sessions de la paix a reconnu l'intimée coupable. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité et acquitté l'intimée au motif qu'elle n'était pas en droit en «possession» de l'automobile.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'un des éléments de l'infraction prévue à l'art. 312 du *Code criminel* est la connaissance par la personne en possession de la chose que celle-ci a été obtenue par la perpétration d'un acte criminel. En conséquence, même en tenant pour acquis que l'intimée avait possession de l'automobile au sens de l'art. 312, le juge du procès devait, pour déclarer l'intimée coupable, être convaincu hors de tout doute raisonnable qu'elle avait connaissance que l'automobile avait été volée. Comme la possession était récente, il y avait présomption qu'elle le savait. Toutefois, lors de son témoignage, l'intimée a contredit ses déclarations et nié qu'elle avait connaissance que le véhicule avait été volé. Face à ces contradictions, le juge du procès se devait quand même d'acquitter l'intimée s'il était d'avis que son explication donnée sous serment pouvait être vraie bien qu'il ne soit pas convaincu qu'elle le soit. Le premier juge s'est dit dans l'impossibilité de déterminer si c'est dans ses déclarations ou dans son

Accordingly he could not conclude, as he did, that her explanation under oath could not be true, hence she must be acquitted.

Cases Cited

Tremblay v. La Reine, [1969] S.C.R. 431, applied.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 312 [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 29].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal[1], allowing the accused's appeal from her conviction of unlawful possession of a stolen car contrary to ss. 312 and 313 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Léopold Goulet and *Yves Morier*, for the appellant.

François Bérichon, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—Respondent was found guilty by a judge of the Court of Sessions of the Peace for the district of Longueuil of unlawful possession of a stolen car contrary to ss. 312 and 313 of the *Criminal Code*. She was acquitted in the Court of Appeal. The Crown now appeals to this Court by leave granted pursuant to s. 621(1)(*b*) of the *Code*.

Respondent, who was eighteen years old, was arrested by the police while at the wheel of a recently stolen car and accompanied by an adolescent. In two written statements to the police which were admitted in evidence, she stated that she accepted the adolescent's invitation to go for a drive with him in a car which he revealed had been stolen. The adolescent was teaching her to drive; along the way, she took the wheel and was driving when they were stopped by the police. In her testimony at the trial, she denied knowing that the car had been stolen. The trial judge rendered judgment orally as follows:

[1] Mtl. C.A. 500-10-000307-817, September 2, 1983.

témoignage que l'intimée a dit la vérité. Par voie de conséquence, il ne pouvait pas conclure, comme il l'a fait, que son explication sous serment ne pouvait être vraie. D'où l'obligation d'acquitter.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Tremblay v. La Reine*, [1969] R.C.S. 431.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 312 [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 29].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a accueilli l'appel de l'accusée à l'encontre de sa déclaration de culpabilité de possession illégale d'une auto volée en contravention des art. 312 et 313 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Léopold Goulet et *Yves Morier*, pour l'appelante.

François Bérichon, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—L'intimée fut déclarée coupable, par un juge de la Cour des sessions de la paix du district de Longueuil, de possession illégale d'une auto volée en contravention des art. 312 et 313 du *Code criminel*. Elle fut acquittée en Cour d'appel. La Couronne se pourvoit devant cette Cour suite à une autorisation qui lui fut accordée en vertu de l'art. 621(1)*b*) du *Code*.

L'intimée, âgée de 18 ans, fut arrêtée par la police alors qu'elle était au volant d'une automobile récemment volée, en compagnie d'un adolescent. Dans deux déclarations écrites à la police et admises en preuve, elle a affirmé avoir accepté l'invitation de l'adolescent à faire avec lui une balade dans une automobile qu'il lui avait révélé être volée. L'adolescent devait lui apprendre à conduire; en cours de route, elle a pris le volant, et elle conduisait au moment où la police les a interceptés. Dans son témoignage au procès elle a nié savoir que l'automobile était volée. Le juge du procès a verbalement rendu jugement comme suit:

[1] C.A. Mtl. 500-10-000307-817, 2 septembre 1983.

[TRANSLATION] Regarding the other two charges of possession, I am really very sorry: first, there is the question of recent possession; second, the accused gave her testimony in such a way and so contradicted the statements she made to the police - but not only her testimony is contradictory. One reaches a point where one no longer knows whether she is telling the truth in her testimony or in the statements she made, to such a degree that her testimony can no longer be regarded as reasonably true.

For these reasons, I find her guilty in both cases: in case 2531 for 1980, regarding the car; and 2765 for 1980 regarding the coats, jeans and so on.

She was acquitted by the Court of Appeal. The decisive ground was stated in the conclusion of Montgomery J.A.'s judgment:

I find nothing in the evidence inconsistent with the theory that Appellant was merely a foolish girl, only 18 at the time, whom boredom led to lack [of] discrimination in her choice of companions. I cannot accept that she became a criminal simply because she chose to exhibit her somewhat limited driving skills on this stolen vehicle. I do not regard her as having had any real control over the stolen property. I would therefore hold that she was not in possession and would accordingly maintain the appeals, set aside the convictions and acquit her.

This conclusion was based on application of the criterion stated by Montgomery J.A. as follows:

It may be that the fact that the accused was at the wheel created a presumption of possession, but any such presumption would, in my opinion, be rebuttable. The evidence most favourable to the Crown is in Appellant's declarations, and from these it appears that she had gone with her companion for social purposes only and that she had requested his permission to drive the automobile solely for her own pleasure and not with any thought of concealing the stolen property or assisting in its disposition.

In other words, in the opinion of Montgomery J.A. the fact that someone uses a recently stolen car to learn to drive, and knew it was stolen, is not sufficient for that person to have "real control" and, accordingly, unlawful possession of the car.

Quant aux deux autres recels, je regrette infiniment. D'abord il y a la question de possession récente; deuxièmement, l'accusée a donné tellement son témoignage, là, et tellement contradictoire, avec les déclarations qu'elle a faites aux policiers, mais non seulement son témoignage est contradictoire. On vient que l'on ne sait plus si c'est dans son témoignage qu'elle dit la vérité ou si c'est dans ces déclarations-là qu'elle dit la vérité. Et à tel point que ça rend son témoignage non raisonnablement vrai.

Pour ces raisons, je la trouve coupable dans ces deux dossiers; dans le dossier 2531 pour l'année '80, concernant l'automobile; et 2765 pour l'année '80 concernant les vestons, les jeans, etc.

La Cour d'appel l'a acquittée. La raison déterminante en est exprimée dans la conclusion de l'arrêt du juge Montgomery:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans la preuve qui soit incompatible avec la thèse portant que l'appelante n'était qu'une jeune fille insensée, âgée de seulement 18 ans à l'époque, dont l'ennui l'a amenée à manquer de discernement dans le choix de ses fréquentations. Je ne puis accepter qu'elle soit devenue criminelle simplement parce qu'elle a choisi de se servir de cette automobile volée pour montrer ses capacités quelque peu limitées de conduire. Je ne considère pas qu'elle a eu le contrôle réel de cette automobile volée. Je suis donc d'avis qu'elle n'en avait pas la possession et, en conséquence, d'accueillir les appels, d'annuler les déclarations de culpabilité et de l'acquitter.

Cette conclusion tient de l'application du critère énoncé comme suit par le juge Montgomery:

[TRADUCTION] Il se peut que le fait que l'accusée ait été au volant ait créé une présomption de possession, mais j'estime que toute présomption de cette nature serait réfutable. Les éléments de preuve les plus favorables à la poursuite résident dans les déclarations de l'appelante, dont il ressort qu'elle s'était jointe à son compagnon à des fins sociales seulement et qu'elle lui avait demandé la permission de conduire l'automobile pour son propre plaisir seulement et sans penser à cacher le bien volé ou à aider à l'aliéner.

En somme, selon le juge Montgomery, le fait pour une personne d'utiliser pour apprendre à conduire une automobile récemment volée, et qu'elle sait être volée, ne suffirait pas pour que cette personne ait «un contrôle réel» et, par voie de conséquence, une possession illégale de cette automobile.

In view of Montgomery J.A.'s observations, this appeal raises interesting questions regarding the concepts of "possession" and "control". Is the concept of possession mentioned in s. 312 of the *Code* the same as that required to initiate the presumption that someone who is in possession of a recently stolen thing is presumed to know that it was stolen (or even in certain circumstances to be the thief)? Must there be more control over the car for the presumption that one knew it to be stolen to apply? Specifically, in terms of the facts of the case at bar and of Montgomery J.A.'s observations, the questions are: does taking a drive as a passenger in a car which one knows to be stolen constitute an act of possession within the meaning of s. 312? What if one takes the wheel for the pleasure of driving?

In short, is the purpose of possession relevant to its illegality within the context of s. 312 of the *Criminal Code*? If yes, is possession only illegal when its purpose is to deprive the victim of the theft of his property by hiding it or by participating in its disposal?

These are the aspects of the case at bar which justified intervention by this Court. Unfortunately, these points were not adequately dealt with by the parties, so that it is preferable for the Court to await, if possible, a more favourable opportunity for deciding them.

One of the components of the offence stated in s. 312 of the *Criminal Code* is knowledge by the person having possession of the thing that it was obtained by the commission of an indictable offence.

Even assuming (without deciding the point, for the reasons just stated) that Diane L'Heureux had possession of the car within the meaning of s. 312 of the *Criminal Code*, the Crown's appeal must still fail since, in my humble opinion, the trial judge erred in law in not acquitting the accused. In order to find her guilty, the judge had to be convinced beyond all reasonable doubt that she knew the car in her possession had been stolen. As

Eu égard aux commentaires du juge Montgomery, ce pourvoi soulève des questions intéressantes quant aux notions de «possession» et de «contrôle». La notion de possession prévue à l'art. 312 du *Code* est-elle la même que celle requise pour déclencher la présomption à l'effet que celui qui est en possession d'une chose récemment volée est présumé savoir que la chose était volée (ou même, dans certaines circonstances, en est le voleur)? Faut-il davantage de contrôle sur l'automobile pour que soit déclenchée la présomption à l'effet que l'on savait que l'auto était volée? Posées de façon concrète en regard des faits propres à l'espèce et des commentaires du juge Montgomery, les questions seraient les suivantes: monter comme passagère dans une automobile que l'on sait être volée pour y faire une balade constitue-t-il un acte de possession au sens de l'art. 312? Qu'en est-il si l'on prend le volant pour le plaisir de conduire?

En somme, le but de la possession est-il pertinent à son illégalité en regard de l'art. 312 du *Code criminel*? Si oui, n'est-elle illégale que la possession dont le but est de priver la victime du vol de son bien en le cachant ou en participant à sa disposition?

Ce sont ces aspects de cette cause qui justifiaient l'intervention de cette Cour au dossier. Malheureusement, ces questions n'ont pas été traitées de façon adéquate par les parties, de telle sorte qu'il est préférable, si possible, que cette Cour attende une meilleure occasion pour en décider.

L'un des éléments de l'infraction prévue à l'art. 312 du *Code criminel* est la connaissance par la personne en possession de la chose que celle-ci a été obtenue par la perpétration d'un acte criminel.

Même en tenant pour acquis (sans pour autant en décider, pour les raisons que je viens d'exposer) que Diane L'Heureux avait possession de l'auto au sens de l'art. 312 du *Code criminel*, le pourvoi de la Couronne doit néanmoins échouer puisque, à mon humble avis, le juge du procès a erré en droit en n'acquittant pas l'accusée. Pour déclarer l'accusée coupable, le juge devait être satisfait hors de tout doute raisonnable qu'elle savait que l'auto

the possession was recent, the presumption that she knew this was created. In addition, the Crown adduced in evidence the accused's statement that she knew the car to be stolen. While under oath at the trial, the accused contradicted her statement to the police. The question which the Court had to ask itself is well-known and was stated by this Court as follows in *Tremblay v. La Reine*, [1969] S.C.R. 431, by Fauteux J. (as he then was), at pp. 436-37:

[TRANSLATION] The judge must invite the jury to consider whether, in the light of all the circumstances of the case, the explanation given by the accused could be true, and the directions which he must then give them must make clear to them (1) the obligation they have to acquit the accused, if they are of the view that the explanation given by him could be true, even though they are not convinced that it is, and (2) the right but not the obligation, which they have, when relying upon the presumption arising out of recent possession, to convict the accused if they do not believe the explanation given by him, or find it unreasonable to believe.

(Emphasis added.)

The trial judge appeared to conclude that it would be unreasonable to believe the explanation given by Miss L'Heureux. This conclusion concerns me, however, since it is based on the fact that, because of contradictions between her statements to the police and her testimony in Court, he "no longer [knew] whether she [was] telling the truth in her testimony or in the statements she made". I agree, but with respect one cannot then simply conclude, as the trial judge did, that her explanation under oath could not be true.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Léopold Goulet, Montréal.

Solicitor for the respondent: François Bérichon, Montréal.

dont elle avait la possession était volée. Comme la possession était récente, la présomption qu'elle le savait était déclenchée. De plus, la Couronne a produit en preuve la déclaration de l'accusée à l'effet qu'elle savait que l'automobile était volée. Sous serment, au procès, l'accusée a contredit sa déclaration aux policiers. La question qu'avait à se poser le juge est bien connue et fut énoncée comme suit par cette Cour dans *Tremblay v. La Reine*, [1969] R.C.S. 431, par le juge Fauteux (alors juge puîné), aux pp. 436 et 437:

Le juge doit inviter les jurés à considérer, à la lumière de toutes les circonstances de la cause, si l'explication donnée par l'accusé peut être vraie et les directives qu'il doit alors leur donner doivent traduire (i) l'obligation qu'ils ont d'acquitter l'accusé s'ils sont d'avis que l'explication donnée peut être vraie bien qu'ils ne soient pas convaincus qu'elle le soit et (ii) le droit, mais non l'obligation, qu'ils ont, en se fondant sur la présomption découlant de la possession récente, de trouver l'accusé coupable s'ils ne croient pas ou trouvent déraisonnable de croire en l'explication donnée.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge du procès semble conclure qu'il serait déraisonnable de croire en l'explication donnée par M^lle^ L'Heureux. Cette conclusion me trouble cependant puisqu'elle repose sur le fait que, à cause des contradictions entre ses déclarations à la police et son témoignage en Cour, il ne savait «plus si c'est dans son témoignage qu'elle dit la vérité ou si c'est dans ces déclarations-là qu'elle dit la vérité». Moi non plus, mais, par voie de conséquence, on ne peut, avec respect, dès lors conclure, comme l'a fait le juge de première instance, que son explication sous serment ne pouvait être vraie.

Pour ces raisons, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Léopold Goulet, Montréal.

Procureur de l'intimée: François Bérichon, Montréal.

Oakwood Development Ltd. *Appellant*;

and

Rural Municipality of St. François Xavier *Respondent.*

File No.: 17017.

1984: November 16; 1985: September 19.

Present: McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Mandamus — Municipal planning — Decision of municipality necessary to planning process — Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision — Plan of subdivision rejected — Whether or not solutions to flooding problem extraneous consideration — If not, whether or not municipality exercised discretion according to law.

Municipal law — Planning — Decision of municipality necessary to planning process — Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision — Plan of subdivision rejected — Whether or not municipality required to consider solutions to flooding problem — Whether or not municipality exercised its discretion according to law — The Planning Act, 1975 (Man.), c. 29, ss. 1, 60(1), 62(1) — The Planning Act Regulation, 30/77, ss. 6(1), 7, 11.

Appellant's application to the Municipal Planning Branch of the provincial government for approval to subdivide part of its land was denied, notwithstanding its designation for subdivision and residential development, because it lacked the municipal consent required by the planning scheme. The municipal council did not entertain either the application (because it considered the land to be flood-prone) or the proposals to remedy that problem (because it had no intention of allowing development on such land). Appellant alleged this rejection to be arbitrary and without lawful authority and the Court of Queen's Bench granted mandamus requiring the Council to consider the application. Appellant now appeals from the Court of Appeal's decision reversing that order. At issue is whether or not the Council

Oakwood Development Ltd. *Appelante*;

et

Municipalité rurale de St. François Xavier *Intimée.*

N° du greffe: 17017.

1984: 16 novembre; 1985: 19 septembre.

Présents: Les juges McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Mandamus — Urbanisme — Décision de la municipalité nécessaire au processus de planification — Refus de la municipalité de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations sur le terrain visé par le projet de lotissement — Rejet du plan de lotissement — Les solutions au problème du risque d'inondations sont-elles des considérations extrinsèques? — Dans la négative, la municipalité a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme à la loi?

Droit municipal — Planification — Décision de la municipalité nécessaire au processus de planification — Refus de la municipalité de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations sur le terrain visé par le projet de lotissement — Rejet du plan de lotissement — La municipalité est-elle tenue de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations? — La municipalité a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme à la loi? — The Planning Act, 1975 (Man.), chap. 29, art. 1, 60(1), 62(1) — The Planning Act Regulation, 30/77, art. 6(1), 7, 11.

La demande de l'appelante adressée à la Direction de l'urbanisme du gouvernement provincial en vue d'obtenir l'autorisation de lotir une partie de son bien-fonds a été rejetée, même si ce bien-fonds était destiné au lotissement en vue de la construction de logements, pour le motif que la municipalité n'avait pas donné le consentement requis par le plan d'aménagement. Le conseil municipal n'a pas étudié la demande (parce qu'il considérait que les terres en question étaient inondables) ni les propositions quant à des solutions à ce problème (parce qu'il n'avait pas l'intention de permettre l'aménagement de telles terres). Alléguant qu'il s'agissait d'un rejet arbitraire, sans fondement en droit, l'appelante a obtenu en Cour du Banc de la Reine un *mandamus* enjoignant au conseil d'étudier la demande. L'appelante

exercised its discretion "according to law" and in accordance with the principles reflected in the Act.

Held: The appeal should be allowed.

The failure of an administrative decision-maker to take into account a highly relevant consideration is just as erroneous as the improper importation of an extraneous consideration. The municipality, accordingly, had not only to keep within its statutory mandate but also to consider all factors relevant to its statutory decision-making function. While it quite properly took into consideration the potential flooding problem, it erred in failing to consider the scope of the problem and possible solutions to it. The mere mention of flooding as the decisive factor, accompanied by an obstinate refusal to consider whether or not it was remediable, did not satisfy the requirement that all highly relevant considerations be taken into account. The Council, therefore, did not take proper account of the factors relevant to its statutory mandate and so did not exercise its discretion in accordance with proper principles.

Cases Cited

City of Vancouver v. Simpson, [1977] 1 S.C.R. 71; *Re Municipal Act* (1959), 28 W.W.R. 428; *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663; *R. v. Paddington Valuation Officer, Ex parte Peachey Property Corp. Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 380; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen ex rel. Brice Andrews*, [1953] 2 S.C.R. 95, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Planning Act, 1975 (Man.), c. 29, ss. 1, 60(1), 62(1), as amended; C.C.S.M., c. P80.
Planning Act Regulation, 30/77, ss. 6(1), 7, 11.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1982), 132 D.L.R. (3d) 119, [1982] 2 W.W.R. 508, 17 Man. R. (2d) 241, 17 M.P.L.R. 80, allowing an appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench granting an application for mandamus. Appeal allowed.

forme maintenant un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel portant annulation de cette ordonnance. La question en litige est de savoir si le conseil a exercé son pouvoir discrétionnaire «d'une manière conforme à la loi» et en conformité avec les principes énoncés dans celle-ci.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'omission d'un organe de décision administrative de tenir compte d'un élément très important constitue une erreur au même titre que la prise en considération inappropriée d'un facteur extrinsèque. Il incombait donc à la municipalité non seulement de respecter les limites de son mandat légal, mais aussi de prendre en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte en exerçant la fonction de prise de décisions que lui attribue la loi. Même si c'est tout à fait à juste titre qu'elle a pris en considération le problème posé par le risque d'inondations, elle a commis une erreur en ne tenant compte ni de l'ampleur du problème ni de solutions possibles à celui-ci. Il ne suffit pas pour satisfaire à l'exigence que tous les éléments les plus importants soient pris en considération qu'on dise que le danger d'inondations est le facteur décisif tout en refusant obstinément d'examiner s'il est possible d'y remédier. Donc, le conseil n'a pas pris dûment en considération les facteurs dont il doit tenir compte dans l'exercice de son mandat légal et, ainsi, n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme aux principes établis.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Ville de Vancouver c. Simpson*, [1977] 1 R.C.S. 71; *Re Municipal Act* (1959), 28 W.W.R. 428; *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663; *R. v. Paddington Valuation Officer, Ex parte Peachey Property Corp. Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 380; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen ex rel. Brice Andrews*, [1953] 2 R.C.S. 95.

Lois et règlements cités

Planning Act, 1975 (Man.), chap. 29, art. 1, 60(1), 62(1) et modifications; C.C.S.M., chap. P80.
Planning Act Regulation, 30/77, art. 6(1), 7, 11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1982), 132 D.L.R. (3d) 119, [1982] 2 W.W.R. 508, 17 Man. R. (2d) 241, 17 M.P.L.R. 80, qui a accueilli l'appel d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine faisant droit à une demande de *mandamus*. Pourvoi accueilli.

Sidney Green, Q.C., for the appellant.

Richard Scott, Q.C., and *Robert Adkins*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—

I. The Facts

The appellant is a development company which purchased approximately forty acres of land in the respondent municipality in 1973. At the time the lands were purchased they were designated under an existing Town Planning Scheme for subdivision and residential development. "Flood plain areas" were marked on the plan but the appellant's lands were not in a flood plain area. In 1975, after extensive negotiations, the appellant obtained approval from the municipal council for a plan of subdivision permitting it to have six one-acre lots on the northern portion of the forty acres but was denied approval for subdivision of the balance of the lands pending the respondent's giving further consideration to flooding and erosion problems.

On December 1, 1977 the appellant submitted an application for subdivision of the southerly portion of its lands to the Municipal Planning Branch of the provincial government. This application was sent on to the respondent's municipal council for consideration. On June 2, 1978 the solicitors for the municipality wrote to the solicitors for the appellant informing them that the Council was not prepared to entertain the appellant's application because it considered the lands in question to be in a flood prone area making the lands inappropriate for residential development. The appellant was also advised that any proposals aimed at remedying the drainage problems on its land would not be considered since the municipality had no intention of allowing any development on lands prone to periodic flooding. The key portion of the letter reads as follows:

This property is in a flood-prone area, said flooding being obvious to all Councillors concerned and for this

Sidney Green, c.r., pour l'appelante.

Richard Scott, c.r., et *Robert Adkins*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—

I. Les faits

L'appelante, une société de promotion immobilière, s'est portée acquéreur en 1973 d'un terrain d'une quarantaine d'acres situé dans la municipalité intimée. Le plan d'aménagement urbain en vigueur à l'époque prévoyait le lotissement du terrain en vue de la construction de logements. Le plan indiquait les [TRADUCTION] «terres inondables», mais le bien-fonds de l'appelante n'en faisait pas partie. En 1975, à la suite de longues négociations, l'appelante a obtenu du conseil municipal l'approbation d'un plan de lotissement qui créait six lots d'un acre à l'extrémité nord des quarante acres. Le conseil a toutefois refusé d'approuver le morcellement du reste du bien-fonds tant que l'intimée n'aurait pas examiné plus à fond les problèmes posés par les inondations et l'érosion.

Le 1er décembre 1977, l'appelante a présenté à la Direction de l'urbanisme du gouvernement provincial une demande d'autorisation de lotissement relative à la partie sud du bien-fonds en cause. La Direction de l'urbanisme a soumis cette demande à l'examen du conseil municipal de l'intimée. Le 2 juin 1978, les avocats de la municipalité ont adressé aux avocats de l'appelante une lettre portant que le conseil n'était pas prêt à étudier la demande de l'appelante parce que, selon lui, les terres en question étaient inondables et, partant, impropres à la construction d'habitations. On a en outre fait savoir à l'appelante qu'aucune proposition visant à résoudre les problèmes de drainage sur ses terres ne serait examinée puisque la municipalité n'avait pas l'intention de permettre l'aménagement de terres exposées au risque d'inondations périodiques. La partie essentielle de la lettre est ainsi conçue:

[TRADUCTION] La zone dans laquelle se trouve ce bien-fonds est sujette aux inondations. Le danger d'inonda-

reason, they are not prepared to entertain application for subdivision in respect to this property.

The fact that you may obtain engineer's reports in respect to such development will not affect the decision of the Council as the original Plan of Subdivision was granted clearly on the understanding that no further development would be allowed in the lower area.

This communication was followed nine months later, in March of 1979, by the passing of a formal resolution by Council denying approval of the subdivision application. The appellant was notified of this resolution by letter dated March 27, 1979 from the province's Municipal Planning Branch. It is this rejection, which the appellant alleges was arbitrary and without lawful authority, that has given rise to the present litigation.

II. The Courts Below

The appellant brought an action against the municipality in the Manitoba Court of Queen's Bench. In its statement of claim the appellant sought two distinct remedies for the abuse of discretion which it alleged against the Council: (a) a declaration that its lands are entitled to be developed; and (b) an order of mandamus requiring the Council to entertain an application for subdivision approval and to impose only those conditions which will facilitate development of the lands in accordance with the existing Town Planning Scheme. As the alternative remedies tend to indicate, the appellant challenged the Council's exercise of discretion on several different levels, including the factors which it took into account in reaching the decision as well as the way in which the decision was actually made.

At trial the appellant was successful in obtaining an order requiring the municipality to hear and determine the application for subdivision approval that was originally submitted by the appellant on December 1, 1977. Wright J. found that the Council's refusal to entertain the application had been based on its perception of potential flooding problems on the appellant's land and that the Council had thereby exceeded the statutory scope of its discretion. As counsel for the municipality could not point him to any reference to flooding problems in the relevant sections of *The Planning Act*,

tions est à ce point évident que les conseillers ne sont disposés à étudier aucune demande de lotissement relative audit bien-fonds.

Même si votre projet d'aménagement était appuyé du rapport d'un ingénieur-conseil, le conseil ne modifierait pas sa décision parce que le plan initial de lotissement a été approuvé à la condition expresse qu'aucun lotissement ne serait permis dans la partie basse.

Neuf mois plus tard, en mars 1979, le conseil municipal a adopté une résolution qui rejetait la demande d'autorisation de lotissement. Cette résolution a été notifiée à l'appelante dans une lettre datée du 27 mars 1979, émanant de la Direction de l'urbanisme de la province. L'appelante allègue qu'il s'agit d'un rejet arbitraire, sans fondement en droit; d'où le présent litige.

II. Les tribunaux d'instance inférieure

L'appelante a poursuivi la municipalité devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Elle affirme dans sa déclaration que le conseil municipal a abusé de son pouvoir discrétionnaire et demande en conséquence deux redressements distincts: a) une déclaration portant qu'elle a le droit d'aménager son bien-fonds; et b) une ordonnance de *mandamus* qui obligerait le conseil à étudier une demande d'autorisation de lotissement et à n'imposer que les conditions nécessaires pour que l'aménagement des terres respecte le plan d'aménagement urbain existant. Comme l'indiquent les redressements demandés, l'appelante conteste plusieurs aspects de l'exercice du pouvoir. Elle trouve notamment à redire aux facteurs sur lesquels le conseil a fondé sa décision et à la façon dont celle-ci a été prise.

En première instance, l'appelante a obtenu une ordonnance exigeant que la municipalité entende la demande d'autorisation de lotissement initialement présentée le 1er décembre 1977 et qu'elle rende une décision sur cette demande. Le juge Wright a conclu que le conseil avait fondé son refus d'étudier la demande sur son évaluation du risque d'inondations auquel était exposé le bien-fonds de l'appelante et qu'en cela il avait excédé le pouvoir discrétionnaire que lui conférait la loi. Puisque l'avocat de la municipalité n'a pu signaler d'articles pertinents de *The Planning Act*, 1975

1975 (Man.), c. 29, as amended, C.C.S.M., c. P80, he concluded that this was an improper consideration for the municipality to take into account. Accordingly, the mandatory order was issued although it was not accompanied by the declaratory relief sought by the appellant. The respondent was ordered to entertain the application and to premise its decision only on those considerations specified as appropriate by the governing legislation. The Council was still free to decline to grant its approval.

The Manitoba Court of Appeal allowed the municipality's appeal. Hall J.A. (with whom Freedman C.J.M. concurred) indicated that the pertinent sections of *The Planning Act* and regulations thereunder made it clear that, provided the municipality acted in good faith, concern over flooding could properly be a consideration on which disapproval of an application was premised. The decision of this Court in *City of Vancouver v. Simpson*, [1977] 1 S.C.R. 71, was cited for the proposition that there are a variety of reasons why municipalities should have control over the planning of local subdivisions and that the courts should not lightly interfere with decisions of the responsible city officials. Since the municipality was not seen by Hall J.A. as having exceeded or abused its jurisdiction or authority in taking the flooding problem into consideration and since there was no evidence that the resolution was passed in other than good faith, the trial judge's order was reversed.

O'Sullivan J.A. concurred in this result but wrote separate reasons in which he drew a distinction between the respondent's solicitors' initial letter to the appellant and its eventual resolution denying the application for subdivision. He reasoned that the respondent's initial refusal to entertain the application no matter what proposal or evidence such an application might contain might well have justified an order of mandamus. Although *The Planning Act* was seen as giving the Council a wide discretion in refusing subdivision approval, it probably made mandatory the con-

(Man.), chap. 29 et modifications, C.C.S.M., chap. P80, relatifs aux problèmes d'inondations, le juge Wright est arrivé à la conclusion qu'il s'agissait là d'un facteur dont la municipalité ne pouvait à bon droit tenir compte. Par conséquent, une ordonnance de *mandamus* a été rendue, bien qu'elle ne fût pas assortie de la déclaration sollicitée par l'appelante. Il a donc été ordonné à l'intimée d'étudier la demande et de ne fonder sa décision que sur les considérations données pour pertinentes dans la loi applicable. Bien sûr, le conseil conservait toute latitude pour ne pas accorder son approbation.

La Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel interjeté par la municipalité. Le juge Hall (à l'avis duquel le juge en chef Freedman s'est rangé) a indiqué qu'il ressort nettement des articles pertinents de *The Planning Act* et de son règlement d'application qu'à condition qu'elle soit de bonne foi, une municipalité peut à bon droit invoquer le risque d'inondations pour rejeter une demande. On a cité l'arrêt de cette Cour *Ville de Vancouver c. Simpson*, [1977] 1 R.C.S. 71, à l'appui du point de vue selon lequel les municipalités doivent, pour plusieurs raisons, avoir la haute main sur la planification des lotissements locaux et selon lequel les tribunaux ne doivent pas, sans motifs sérieux, modifier les décisions des édiles municipaux. Puisque, de l'avis du juge Hall, la prise en considération du risque d'inondations ne constituait ni un excès ni un abus de compétence ou du pouvoir de la municipalité, et puisque la preuve n'établit pas que la municipalité a agi autrement que de bonne foi en adoptant la résolution, l'ordonnance du premier juge a été annulée.

Le juge O'Sullivan, d'accord quant au résultat, a rédigé des motifs distincts dans lesquels il fait une distinction entre la première lettre adressée à l'appelante par les avocats de l'intimée et la résolution ultérieure par laquelle l'intimée a rejeté la demande d'autorisation de lotissement. Selon le juge O'Sullivan, le refus initial de l'intimée d'étudier la demande, peu importe les propositions ou les éléments de preuve que celle-ci pouvait contenir, aurait très bien pu donner lieu à une ordonnance de *mandamus*. Bien que, de l'avis du juge, *The Planning Act* confère au conseil municipal un

sideration of each application. However, subsequent to this initial response the respondent had actually heard and considered the appellant's application and the resolution denying approval represented a determination of the application which was within the scope of the respondent's discretion. Accordingly, O'Sullivan J. A. joined in the court's reversal of the trial judge's order that the application be entertained by the municipality.

large pouvoir discrétionnaire en matière de refus d'autorisation de lotissement, il rendait probablement obligatoire l'examen de chaque demande. Toutefois, à la suite de sa première décision, l'intimée a étudié la demande de l'appelante et la résolution la rejetant constituait une décision relevant du pouvoir discrétionnaire de l'intimée. En conséquence, le juge O'Sullivan s'est joint à ses collègues, qui ont annulé l'ordonnance du premier juge exigeant que la municipalité étudie la demande.

III. The Statutory Framework

In assessing the position of a landowner applying to local municipal authorities for subdivision approval one must be conscious of the fact that the requirement of subdivision approval arises only by virtue of statute. The position at common law was succinctly stated by Wilson J. of the Supreme Court of British Columbia to the effect that "the right to subdivide real property, to sell a part rather than the whole, is an ordinary incident of ownership": *Re Municipal Act* (1959), 28 W.W.R. 428. The subdivision approval process operates, therefore, as a curtailment of common law rights and must be specifically authorized under the governing legislation.

III. Le cadre légal

Dans toute analyse de la situation d'un propriétaire foncier qui adresse aux autorités municipales locales une demande d'autorisation de lotissement, on ne doit pas perdre de vue que l'exigence d'une autorisation est une condition purement légale. Or, la règle de la *common law*, succinctement formulée par le juge Wilson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, porte que [TRADUCTION] «le droit de propriété comporte normalement le droit de morceler un bien-fonds, d'en vendre une partie seulement»: *Re Municipal Act* (1959), 28 W.W.R. 428. Il y a donc, en matière d'autorisation de lotissement, une restriction des droits de *common law* qui doit être expressément prévue par la loi pertinente.

In Manitoba the common law right to subdivide is restricted by s. 60(1) of *The Planning Act* which stipulates that any subdivision of a parcel of real estate in order to be valid must be "approved by the approving authority". The authoritative body referred to in s. 60(1) is defined in s. 1 of the Act as follows:

> **1** In this Act,
>
> (a) "approving authority" means
>
> (i) the minister; or
>
> (ii) the board of a district that is authorized by an order of the minister to act as an approving authority within the area of jurisdiction of the board, or
>
> (iii) the council of a municipality that is authorized by an order of the minister to act as an approving authority for that municipality, or
>
> . . .

Au Manitoba, la portée du droit reconnu par la *common law* de lotir un terrain est restreinte par *The Planning Act* dont le par. 60(1) dispose que tout projet de lotissement doit être [TRADUCTION] «approuvé par les autorités compétentes». L'organe en question mentionné au par. 60(1) est défini à l'art. 1 de la loi:

> [TRADUCTION] **1** Dans la présente loi,
>
> a) «autorités compétentes» désigne
>
> (i) le ministre, ou
>
> (ii) tout conseil de district autorisé par un arrêté du ministre à exercer un pouvoir d'approbation dans la région relevant de sa juridiction, ou
>
> (iii) le conseil d'une municipalité autorisé par un arrêté du ministre à exercer un pouvoir d'approbation dans les limites de cette municipalité, ou
>
> . . .

(q) "minister" means the member of the Executive Council charged by the Lieutenant Governor in Council with the administration of this Act;

In the case of the respondent municipality the provincial government has not exercised its discretion to delegate the function of acting as the ultimate approving authority. Rather, it would appear that this function is carried out by the provincial Department of Municipal Affairs which receives all applications for subdivision and processes them in accordance with the provisions of *The Planning Act* and the regulations passed thereunder. The first step in this process entails consultation with an assortment of other provincial authorities in order to ensure that the proposed subdivision is in conformity with land use planning generally in the area. Section 6 of Regulation 30/77 under *The Planning Act* provides:

6. (1) Before approving an application an approving authority may refer it to and request the comments of

(a) the Department of Highways;

(b) the Department of Agriculture;

(c) the Environmental Management Division and the Water Resources Division of the Department of Mines, Resources and Environmental Management;

(d) the Department of Tourism and Recreation;

(e) the Manitoba Hydro-Electric Board;

(f) the Manitoba Telephone System;

(g) the appropriate School Division;

(h) Central Mortgage and Housing Corporation; or

(i) any other authority, agency, department, council, or board that in the opinion of the approving authority might be affected by the proposed subdivision.

The evidence discloses that after receiving the appellant's application on December 1, 1977, the Municipal Planning Branch of the Department of Municipal Affairs did in fact circulate the application among the various provincial departments as authorized by the regulation. Although most of the departments consulted appear to have either approved the subdivision or been disinclined to offer any comment one way or another, the most significant response was the negative assessment

q) «ministre» désigne le membre du conseil exécutif chargé par le lieutenant-gouverneur en conseil de l'application de la présente loi;

Dans le cas de la municipalité intimée, le gouvernement provincial n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire pour déléguer le pouvoir d'approbation en dernier ressort. Au contraire, il appert que cette fonction est remplie par le ministère provincial des Affaires municipales qui reçoit toutes les demandes d'autorisation de lotissement et qui les examine conformément aux dispositions de *The Planning Act* et de son règlement d'application. Ce processus comporte dans un premier temps la consultation d'une série d'autres autorités provinciales afin de s'assurer de la conformité du projet de lotissement avec les plans généraux d'aménagement foncier pour le secteur en question. L'article 6 du règlement 30/77, pris en vertu de *The Planning Act*, porte:

[TRADUCTION] 6. (1) Avant d'accorder l'autorisation, les autorités compétentes peuvent demander avis

a) au ministère de la Voirie;

b) au ministère de l'Agriculture;

c) à la Division de la gestion de l'environnement et à la Division des ressources en eau du ministère des Mines, des Ressources et de la Gestion de l'environnement;

d) au ministère du Tourisme et de la Récréation;

e) à la Commission hydro-électrique du Manitoba;

f) au Réseau téléphonique du Manitoba;

g) à la division scolaire appropriée;

h) à la Société centrale d'hypothèques et de logement; ou

i) à tous les autres autorités, organismes, ministères, conseils ou commissions qui, de l'avis des autorités compétentes, pourront être touchés par le projet de lotissement.

Il ressort de la preuve que, après avoir reçu la demande de l'appelante le 1er décembre 1977, la Direction de l'urbanisme municipal du ministère des Affaires municipales l'a fait circuler parmi les différents organismes provinciaux comme le prévoit le règlement. Bien que la majorité des organismes consultés paraissent soit avoir approuvé le projet de lotissement soit s'être abstenus de tout commentaire, la réaction la plus importante a été la réponse négative de la Division des ressources en

submitted by the province's Water Resources Division. By inter-departmental memo dated April 6, 1978, the Director of Planning of this Division indicated to the Municipal Planning Branch that the proposed subdivision site was subject to erosion problems and to potential flooding by the nearby Assiniboine River.

The next step in the application assessment and approval process is to forward the application to the Council of the municipality in which the lands are situated. Although the consultation process with the other provincial government departments is optional on the part of the approving authority, the referral of the application to the local municipal council for approval is mandatory under the legislation. Section 7 of the Regulation 30/77 stipulates:

7. (1) The approving authority shall refer the application, together with a summary of comments received under section 6, to the council of the municipality in which the proposed subdivision is situated.

(2) The council may, by resolution, give its approval to the proposed subdivision, with or without conditions, or reject it.

(3) The council shall forthwith submit a copy of such resolution to the approving authority.

The mandatory nature of the approving authority's submission of each application to the local municipal council is made even stronger by *The Planning Act* itself, which makes municipal approval a prerequisite for subdivision approval. Section 62(1) of the Act provides, *inter alia*:

62(1) A subdivision of land shall not be approved unless

. . .

(b) the council of the municipality in which the land proposed for subdivision is located, has by resolution given its approval, with or without conditions;

Accordingly, it is clear that whether or not the province has in a given case delegated the role of ultimate approving authority to the municipal council, the approval by resolution of this Council to any application for subdivision of lands located

eau. Par une note interne en date du 6 avril 1978, le directeur de la planification de cette Division, a signalé à la Direction de l'urbanisme municipal que l'emplacement choisi pour le projet de lotissement était sujet à des problèmes d'érosion et à des risques d'inondations dues à la proximité de la rivière Assiniboine.

L'étape suivante du processus d'examen d'une demande d'autorisation consiste à la faire parvenir au conseil de la municipalité où sont situées les terres en question. Quoique la consultation des autres organismes gouvernementaux provinciaux soit facultative, les autorités compétentes sont tenues de soumettre la demande à l'approbation du conseil municipal local. L'article 7 du Règlement 30/77 est ainsi rédigé:

[TRADUCTION]

7. (1) Les autorités compétentes doivent renvoyer la demande, ainsi qu'un résumé des observations obtenues en vertu de l'article 6, au conseil de la municipalité où le lotissement projeté est situé.

(2) Le conseil peut, par voie de résolution, approuver, avec ou sans condition, le projet de lotissement ou le rejeter.

(3) Le conseil doit immédiatement faire tenir aux autorités compétentes copie de cette résolution.

L'obligation qu'ont les autorités compétentes de soumettre chaque demande au conseil municipal local est renforcée par *The Planning Act* elle-même, qui fait de l'approbation de la municipalité une condition préalable de l'autorisation de lotissement. Le paragraphe 62(1) de la Loi porte notamment:

[TRADUCTION] **62(1)** Un projet de lotissement ne doit pas être approuvé, à moins

. . .

b) que le conseil de la municipalité dans laquelle se trouvent les terres visées par le projet de lotissement n'ait pris de résolution l'approuvant, avec ou sans condition;

Il est donc clair que, dans un cas donné, indépendamment de toute délégation par la province au conseil municipal du pouvoir d'approuver un lotissement en dernier ressort, le conseil doit nécessairement donner son approbation, par voie de

within the municipal boundaries is required. In the case at bar, the provincial government department which received the application and consulted with other branches of the provincial government as to its merits, proceeded to refer the matter to the respondent for Council's approval. This procedure not only appears to have been appropriate but is precisely the decision-making route stipulated by the governing legislation.

As noted above, the learned trial judge found that the concern over flooding was an improper consideration for the Council to take into account. With respect, this conclusion does not appear to be defensible upon an examination of the Act and regulations under which approval is required. First, the very fact that the scheme provides for consultation with provincial departments such as the Water Resources Division, and that their views are then passed on to the municipal council, would seem to indicate that the concerns of such departments (*i.e.*, drainage and flooding in this case) are meant to be taken into consideration when an application is evaluated by the Council. Perhaps even more significant, however, is the fact that specific evaluation standards have been set out in Regulation 30/77 and that soil erosion, drainage, and flooding problems figure prominently in the detailed list of relevant factors. Section 11 of the Regulation reads:

11. All land proposed to be subdivided shall be suited or capable of being efficiently adapted to the purpose for which the subdivision is intended, having regard, inter alia, to

(a) topography;
(b) soil characteristics;
(c) surface and sub-surface drainage;
(d) potential flooding, subsidence, landslides and erosion;
(e) existing and prospective uses of land in the vicinity;
(f) layout of streets and lanes;
(g) provision of services;
(h) distinction between pedestrian and vehicular traffic;

résolution, à tout projet de lotissement de terres situées dans les limites de la municipalité. Dans la présente instance, l'organisme gouvernemental provincial, qui a reçu la demande et consulté d'autres organismes gouvernementaux provinciaux sur son bien-fondé, a soumis le projet à l'approbation du conseil de l'intimée. Non seulement cette mesure paraît-elle avoir été appropriée dans les circonstances, mais c'est exactement le processus décisionnel prévu par la législation pertinente.

Comme nous l'avons déjà signalé, le savant juge de première instance a conclu que le conseil ne pouvait à bon droit prendre en considéraion le risque d'inondations. Avec égards, cette conclusion paraît indéfendable compte tenu de la Loi et de son règlement d'application qui posent l'exigence de l'approbation. En premier lieu, le simple fait que la consultation d'organismes provinciaux tels que la Division des ressources en eau soit prévue, et que leurs avis soient ensuite transmis au conseil municipal, semble indiquer que les préoccupations de ces organismes (en l'occurrence, le drainage et les inondations) doivent être prises en considération par le conseil lorsqu'il examine une demande. Il y a toutefois un point encore plus important, savoir que le Règlement 30/77 établit des normes précises d'évaluation et que sur la liste détaillée de facteurs pertinents figurent en évidence les problèmes reliés à l'érosion du sol, au drainage et aux inondations. L'article 11 du règlement est ainsi conçu:

[TRADUCTION]

11. Tout bien-fonds visé par un projet de lotissement doit se prêter ou pouvoir être efficacement adapté au but du lotissement, compte tenu notamment

a) de la topographie;
b) des caractéristiques du sol;
c) du drainage de surface et du drainage souterrain;
d) de l'éventualité d'inondations, de tassements du sol, de glissements de terrain et d'érosion;
e) des utilisations actuelles et futures des terres avoisinantes;
f) de la disposition des rues et des voies d'accès;
g) de la viabilisation;
h) de la distinction entre la circulation piétonnière et la circulation automobile;

(i) segregation of traffic flow as between major thoroughfares and minor streets;

(j) convenience of access;

(k) dimensions, shape and orientation of each lot;

(l) view and aspect of each lot;

(m) protection against pollution; and

(n) anticipated need for school sites, recreational facilities and parks.

The first four standards relate directly to the type of flooding and drainage problems with which the Water Resources Division was concerned and which formed the basis of the Council's rejection of the appellant's application. Clearly, then, it cannot be said that taking flooding problems into account represented the importation of an improper consideration into the Council's decision.

IV. Grounds for Review

As the respondent points out, the general rule regarding interference with the discretionary decisions made by administrative bodies acting under statutory authority has been one of deference. Lord Halsbury stated in *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426, at p. 427:

> Assuming the thing done to be within the discretion of the local authority, no Court has power to interfere with the mode in which it has exercised it.Where the Legislature has confided the power to a particular body, with a discretion how it is to be used, it is beyond the power of any Court to contest that discretion. Of course, this assumes that the thing done is the thing which the Legislature has authorized . . . .

More recently, and dealing specifically with applications for subdivision, the Supreme Court of Canada in *City of Vancouver v. Simpson*, *supra*, at p. 76, approved the following statement of Kirke Smith J. in the Court below:

> Where, as here, there is direct statutory foundation for the ground given for the decision to approve or disapprove, and where it is not shown that that decision, despite its impact on an individual, was made in bad faith, or with the intention of discriminating against that individual, or on a specious or totally inadequate factual basis, there should, in my opinion, be no interference by

i) du partage de la circulation entre les artères principales et les rues secondaires;

j) de la facilité d'accès;

k) des dimensions, de la configuration et de l'orientation de chaque lot;

l) de la situation et de l'exposition de chaque lot;

m) de la protection contre la pollution; et

n) du besoin éventuel d'emplacements pour des écoles, d'installations récréatives et de parcs.

Les quatre normes figurant en tête de liste se rapportent directement au type de risques d'inondations et de problèmes de drainage qui inquiétait la Division des ressources en eau et qui a motivé la décision du conseil de rejeter la demande de l'appelante. Il est donc clair qu'on ne peut pas dire que la prise en considération par le conseil du risque d'inondation a été de quelque façon inappropriée.

IV. Motifs d'examen

Comme le souligne l'intimée, les tribunaux se sont montrés en règle générale réticents à modifier les décisions prises par des corps administratifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui leur a été conféré par la loi. Lord Halsbury affirme dans l'arrêt *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.*, [1905] A.C. 426, à la p. 427:

> [TRADUCTION] À supposer que l'acte accompli relève du pouvoir discrétionnaire des autorités locales, nul tribunal ne peut modifier la façon dont il a été exercé. Lorsque le législateur confie le pouvoir à un organisme donné, avec une discrétion d'exercice, il n'appartient pas au tribunal de contester ce pouvoir discrétionnaire. Cela suppose évidemment que l'acte accompli a été bel et bien autorisé par le législateur . . .

Plus récemment, dans l'arrêt *Ville de Vancouver c. Simpson*, précité, à la p. 76, la Cour suprême du Canada, se prononçant sur la question précise des demandes d'autorisation de lotissement, a approuvé la déclaration suivante faite en première instance par le juge Kirke Smith:

> [TRADUCTION] Lorsque, comme en l'espèce, le motif invoqué dans l'approbation ou le rejet se fonde directement sur un texte législatif, et lorsqu'il n'est pas démontré que cette décision, malgré l'effet qu'elle peut avoir à l'égard d'un particulier, a été prise de mauvaise foi ou témoigne de partialité contre celui-ci, ou qu'elle repose sur des faits spécieux ou totalement insuffisants, la cour

the court with municipal officials honestly endeavouring to comply with the duties imposed on them by the Legislature in planning the coherent and logical development of their areas.

There are no allegations of bad faith or discrimination in this case. The question before the Court, in essence, is whether the Council exercised its discretion "according to law" and in accordance with proper principles reflected in the "policy and objects of the [governing] Act": *per* Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997, at pp. 1030, 1034. More specifically, was it entitled to consider the potential flooding problem and make it the ground of its decision to refuse approval of the subdivision? As Rand J. said in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, any discretionary administrative decision must "be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the administration". For the reasons already given I am of the view that the Council was entitled to take the flooding problem into consideration. The issue does not, however, end there. As Lord Denning pointed out in *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, at p. 693, the failure of an administrative decision-maker to take into account a highly relevant consideration is just as erroneous as the improper importation of an extraneous consideration. In *R. v. Paddington Valuation Officer, Ex parte Peachey Property Corp. Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 380 (C.A.), where a property owner applied for a quashing of what was alleged to have been an erroneous municipal tax assessment, Danckwerts L.J. noted at p. 414:

> In order to succeed in their application for an order of mandamus and certiorari, the appellants have to show that the valuation officer of the borough council has gone wrong in law in such a way as to render the valuation list invalid, because he has taken into consideration matters which were not proper to be regarded, or has omitted to consider matters which were of direct

ne doit pas, à mon avis, modifier les décisions des fonctionnaires municipaux qui essaient honnêtement de remplir les devoirs que la loi leur impose en planifiant l'aménagement de leur secteur de façon cohérente et logique.

Or, en l'espèce, on n'allègue ni mauvaise foi ni partialité. La question dont la Cour se trouve saisie est essentiellement de savoir si le conseil a exercé son pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] «légalement» et d'une manière conforme aux principes qui se dégagent de [TRADUCTION] «la politique et des objets énoncés dans la Loi» applicable: lord Reid dans l'arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997, aux pp. 1030 et 1034. Plus précisément, le conseil était-il autorisé à tenir compte de la possibilité d'inondations et à fonder sur cette possibilité sa décision de rejeter la demande d'autorisation de lotissement? Comme le fait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 140, toute décision administrative résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit [TRADUCTION] «se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de cette administration». Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que le conseil avait le droit de tenir compte du problème posé par la possibilité d'inondations. Cela ne règle toutefois pas le litige. Comme lord Denning l'a affirmé dans l'arrêt *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, à la p. 693, l'omission d'un organe de décision administrative de tenir compte d'un élément très important constitue une erreur au même titre que la prise en considération inappropriée d'un facteur étranger à l'affaire. Dans l'arrêt *R. v. Paddington Valuation Officer, Ex parte Peachey Property Corp. Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 380 (C.A.), un propriétaire foncier a demandé l'annulation d'une cotisation d'impôt municipal qui, selon lui, était entachée d'une erreur. Le lord juge Danckwerts a fait remarquer, à la p. 414:

> [TRADUCTION] Si elle veut que sa demande d'ordonnance de *mandamus* et de *certiorari* soit accueillie, l'appelante doit établir que l'estimateur du conseil municipal a erré en droit de façon à invalider le rôle d'évaluation parce qu'il a pris en considération ce dont il n'aurait pas dû tenir compte ou qu'il a omis des facteurs qui se rapportaient directement à la détermination de la valeur

importance in ascertaining the values to be put upon the hereditaments.

The respondent municipality, therefore, must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfilment of its statutory decision-making function.

In the Manitoba Court of Appeal, O'Sullivan J.A. highlighted what is really the central concern here when he indicated that the letter which the appellant received from the respondent's solicitors in June of 1978 reflected the failure of the municipal council to entertain the appellant's application on its merits. Although from a procedural point of view this defect was later remedied by the Council's passing of a formal resolution denying the appellant's application to subdivide his land, in substance the decision does not reflect any consideration of the factors relevant to the subdivision application. Indeed, the evidence would appear to indicate a conscious refusal on the part of the respondent to consider any factors relevant to the drainage and flooding problems perceived to be present on the appellant's lands. At trial, Wright J. found as a fact that the municipality gave no consideration whatsoever to the seriousness of the flooding problem or the extent to which it might be remediable and that it refused to entertain any pertinent information of this nature "due to its belief that the land should not be subdivided under any circumstances".

Once flooding became the crucial factor in the Council's evaluation of the appellant's application, it was, in my view incumbent upon it to evaluate the scope of the flooding problem and possible solutions to it. The mere mention of flooding as the decisive factor, accompanied by an obstinate refusal to consider whether or not it was remediable, cannot be said to satisfy the requirement that all highly relevant considerations be taken into account. More specifically, Wright J. found that the respondent "did not give consideration to ways and means by which problems that could arise from flooding could reasonably be dealt". The argument of the respondent that the engineering

des biens-fonds.

Il faut donc non seulement que la municipalité intimée ait tenu compte uniquement de facteurs qui relèvent de la compétence que lui a conférée la loi, mais aussi qu'elle ait pris en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'elle a aux termes de la loi.

En Cour d'appel du Manitoba, le juge O'Sullivan a souligné ce qui est en réalité la question principale en l'espèce lorsqu'il a dit que la lettre que les avocats de l'intimée ont fait tenir à l'appelante en juin 1978 manifeste le refus du conseil municipal d'étudier le fond de la demande de l'appelante. Du point de vue de la procédure, le conseil a ultérieurement corrigé ce vice par voie de résolution rejetant la demande de lotissement des terrains de l'appelante. Sur le fond, toutefois, la décision ne traduit aucune prise en considération des facteurs qui se rapportent à ladite demande. En fait, il paraît se dégager de la preuve que l'intimée a refusé consciemment de tenir compte de tout facteur touchant les problèmes relatifs au drainage et aux inondations que présenterait le bien-fonds de l'appelante. En première instance, le juge Wright a conclu que la municipalité n'a pas du tout examiné la gravité du risque d'inondations ni dans quelle mesure on pourrait y remédier et qu'elle a refusé de recevoir des données relatives à ces points [TRADUCTION] «parce qu'elle était convaincue que le bien-fonds ne devait dans aucun cas être loti».

Selon moi, du moment que le Conseil a retenu le risque d'inondations comme facteur décisif dans son étude de la demande de l'appelante, il lui incombait d'évaluer l'ampleur du problème et les solutions possibles. Il ne suffit pas pour satisfaire à l'exigence que tous les éléments hautement importants soient pris en considération qu'on dise que le risque d'inondations est le facteur décisif tout en refusant obstinément d'examiner s'il est possible d'y remédier. Plus précisément, le juge Wright a conclu que l'intimée [TRADUCTION] «n'a pas tenu compte des moyens par lesquels on pouvait raisonnablement résoudre les problèmes que pourraient entraîner les inondations». Lorsque l'intimée fait

reports and proposed solutions which the appellant wanted to put forward were somehow inaccurate or ineffective to solve the flooding problem misses the point of the trial judge's finding. All the evidence supports the finding that the Council refused to hear any information whatsoever regarding the potential flooding problem and therefore failed to take proper account of factors relevant to its statutory mandate. This finding leads inevitably to the conclusion that the respondent failed to exercise its discretion in accordance with proper principles.

V. The Appellant's Remedy

It is, of course, not for this Court to address the merits of the appellant's application for subdivision or to substitute its own decision for that of the municipal council. As Cartwright J. pointed out in *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen ex rel. Brice Andrews*, [1953] 2 S.C.R. 95, at p. 107, the courts recognize that the Legislature has conferred the discretionary power of decision on the administrative body under review and not on the courts. In its review capacity, it is the Court's function merely to ensure that the decision is properly made within the statutory framework and on the basis of considerations relevant to the decision-making function with which the administrative body is charged.

The appropriate remedy in such a case, therefore, is for the matter to be sent back to the respondent for the Council to hear and determine the appellant's application on proper principles. Accordingly, although these reasons differ from those of the trial judge in that the improper exercise of discretion is based on the failure to take into account all relevant considerations rather than on the taking into account of an improper consideration, the result is the same as that reached by the trial judge. Whereas flooding is indeed a proper consideration for the municipal council to take into account in evaluating an application for subdivision, the factors relevant to the potential flooding problem including, for example, the extent to which it is remediable by the appellant must equally be taken into account.

valoir que les rapports d'ingénieur-conseil sont inexacts et que les solutions proposées par l'appelante ne régleront pas le problème posé par les inondations, elle passe à côté de la conclusion du premier juge. Tous les éléments de preuve appuient la conclusion que le conseil a refusé de recevoir quelque donnée que ce soit concernant le risque d'inondations et que, par conséquent, il a omis de prendre en considération des facteurs pertinents à l'exercice de son mandat légal. Cela conduit inévitablement à la conclusion que l'intimée n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme aux principes établis.

V. Le recours de l'appelante

Bien entendu, il n'appartient pas à cette Cour de se prononcer sur le fond de la demande d'autorisation de lotissement présentée par l'appelante, ni de substituer sa propre décision à celle du conseil municipal. Comme le dit le juge Cartwright dans l'arrêt *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen ex rel. Brice Andrews*, [1953] 2 R.C.S. 95, à la p. 107, les cours reconnaissent que ce n'est pas à elles mais au corps administratif en cause que le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire de prendre une décision. Lorsque la Cour procède à l'examen d'une décision, son rôle consiste simplement à s'assurer qu'il s'agit d'une décision prise conformément aux textes de loi et fondée sur des facteurs qui relèvent de la fonction décisionnelle dont le corps administratif est chargé.

En pareil cas, il convient donc de renvoyer l'affaire à l'intimée pour que le conseil municipal puisse entendre la demande de l'appelante et rendre une décision en suivant les principes appropriés. Par conséquent, bien que les présents motifs diffèrent de ceux du juge de première instance puisque l'exercice inapproprié du pouvoir discrétionnaire repose sur l'omission de prendre en considération tous les facteurs pertinents plutôt que sur la prise en considération d'un facteur inapproprié, le résultat est le même dans les deux cas. Certes, le risque d'inondations est un facteur dont le conseil municipal peut à bon droit tenir compte dans son évaluation d'une demande d'autorisation de lotissement, mais il doit aussi prendre en considération les facteurs qui se rapportent à ce risque, par exemple, la possibilité pour l'appelante de remédier au problème.

It may be noted that despite the substantial lapse of time since the appellant's application was initially submitted, no particular hardship is worked on the respondent by virtue of its being ordered at this date to reconsider the appellant's application. Indeed, the respondent concedes that it has been open all along to the appellant to submit a new application for subdivision which will be considered on its merits and it would appear that the appellant's reluctance to do so until now simply reflects a desire to ascertain those considerations which may be taken into account in the evaluation of any future application. Accordingly, the appeal should be allowed and the trial judge's order that "the Defendant (Respondent) hear and determine, according to law, an application for approval of subdivision submitted by the Plaintiff (Appellant)" should be restored. The appellant is entitled to its costs both here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Sidney Green, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Notons que, malgré le laps de temps considérable qui s'est écoulé depuis que l'appelante a présenté sa demande, on ne porte aucun préjudice grave à l'intimée si on lui ordonne, à ce stade-ci, de réexaminer la demande de l'appelante. L'intimée reconnaît d'ailleurs que l'appelante a toujours eu la possibilité de présenter une nouvelle demande d'autorisation de lotissement qui sera examinée au fond et il semble que, si l'appelante s'est jusqu'à présent montrée réticente à le faire, cela tient simplement à son désir d'être fixée sur les facteurs dont on pourra tenir compte dans l'examen de toute demande future. Il s'ensuit que le pourvoi doit être accueilli et qu'il y a lieu de rétablir l'ordonnance du premier juge portant que «la défenderesse (intimée) doit, d'une manière conforme à la loi, entendre la demande d'autorisation de lotissement présentée par la demanderesse (appelante) et rendre une décision sur cette demande». L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Sidney Green, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Murray A. Libman *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 18381.

1985: February 2; 1985: October 10.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ONTARIO

Criminal law — Jurisdiction — Territoriality — Charges of fraud and conspiracy to commit fraud — Toronto-based telephone sales scheme involving Central American mining shares — Calls directed at U.S. residents — Follow up from and monies sent to Central America — Portion of proceeds brought back to Canada — Whether or not jurisdiction to try in Canada — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 5(2), 423(1)(d).

Appellant was committed for trial on seven counts of fraud and one count of conspiracy to commit fraud arising out of the conduct of his Toronto telephone sales solicitation room. Pursuant to appellant's directions, telephone sales personnel telephoned U.S. residents and attempted to induce them to buy shares in two Central American mining companies. Promotional material was mailed from Central America. The sales personnel were directed to make material misrepresentations with respect to their identity, to where they were telephoning from, and to the quality and value of the shares they were selling. As a result of these misrepresentations, a large number of U.S. residents were induced to buy virtually valueless shares in the two mining companies. Their money was sent to Central America, where appellant received his share to take back to Toronto. The accused, by motion, sought to have the committal for trial quashed on the ground that the alleged offences occurred outside Canada, but the motion was refused. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

The counts of fraud on which appellant stood charged could be properly prosecuted in Canada and nothing in the requirements of international comity dictated that Canada not exercise jurisdiction. The conspiracy count

Murray A. Libman *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 18381.

1985: 2 février; 1985: 10 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit criminel — Compétence — Territorialité — Accusation de fraude et de complot en vue de commettre une fraude — Système de ventes par téléphone exploité à Toronto relativement à des actions de compagnies minières d'Amérique centrale — Appels faits à des résidants des États-Unis — Suivi exercé à partir de l'Amérique centrale et envoi d'argent à cet endroit — Partie du produit expédiée au Canada — A-t-on compétence pour instruire l'affaire au Canada? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 5(2), 423(1)d).

L'appelant a été renvoyé à son procès relativement à sept chefs d'accusation de fraude et un chef d'accusation de complot en vue de commettre une fraude résultant de l'exploitation de son entreprise de sollicitation par téléphone située à Toronto. Conformément aux directives de l'appelant, les vendeurs téléphonaient à des résidants des États-Unis et tentaient de les amener à acheter des actions de deux compagnies minières d'Amérique centrale. Du matériel publicitaire était posté d'Amérique centrale. Les vendeurs avaient reçu l'ordre de faire des fausses déclarations graves quant à leur identité, quant à l'endroit d'où ils téléphonaient et quant à la qualité et à la valeur des actions qu'ils vendaient. À cause de ces fausses déclarations, un grand nombre de résidants des États-Unis ont été amenés à acheter des actions à peu près sans valeur des deux compagnies minières. Les acheteurs faisaient parvenir leur argent en Amérique centrale, où l'appelant recevait sa part du produit qu'il rapportait ensuite à Toronto. L'accusé a demandé l'annulation du renvoi au procès pour le motif que les infractions reprochées ont été commises hors du Canada, mais sa requête a été rejetée. L'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les chefs d'accusation de fraude portés contre l'appelant peuvent être instruits au Canada et rien dans les exigences de la courtoisie internationale n'empêche le Canada d'exercer sa compétence. L'accusation de com-

could be proceeded with as the fraudulent activities occurred in Canada.

In considering whether a criminal transaction falls outside territorial jurisdiction, account must be taken of all the relevant facts that took place in Canada giving this country an interest in prosecuting the offence and of whether or not anything in those facts offended against international comity. All that is necessary to make an offence subject to the jurisdiction of our courts is that a significant portion of the activities constituting that offence took place in Canada. It is sufficient that there be a "real and substantial link" between an offence and Canada. Sufficient activities preparatory to this fraudulent scheme occurred in Canada to warrant a court's holding that the offence took place in Canada: the scheme was devised here and the whole operation that made it function, including the directing minds and the telephone solicitation, was situated here. The fact that cases where the victims would be harmed outside the country would be caught made no difference. If an accused were prosecuted for the same offence in more than one country, any injustice could be obviated by the pleas of *autrefois acquit* or *autrefois convict*. No issue of comity was involved. The interests of other countries are not served by allowing criminals based in this country to prey on their citizens.

Cases Cited

R. v. Brixton Prison Governor, Ex parte Rush, [1969] 1 All E.R. 316; *Re Chapman* (1970), 5 C.C.C. 46; *Board of Trade v. Owen*, [1957] A.C. 602; *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, [1971] A.C. 537; *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973] A.C. 807, considered; *R. v. Martin*, [1956] 2 All E.R. 86; *The Lotus* (1927), P.C.I.J., Ser. A., No. 10; *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *Macleod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455; *R. v. Holmes* (1883), 12 Q.B.D. 23; *R. v. Jacobi and Hiller* (1881), 46 L.T.R. 595*n*; *R. v. Nillins* (1884), 53 L.J.Q.B. (N.S.) M.C. 157; *R. v. Godfrey*, [1923] 1 K.B. 24; *R. v. Peters* (1886), 16 Q.B.D. 636; *R. v. Ellis*, [1899] 1 Q.B. 230; *R. v. Stoddart* (1909), 2 Cr. App. R. 217; *R. v. Mackenzie and Higginson* (1910), 6 Cr. App. R. 64; *R. v. Robert Millar (Contractors) Ltd.*; *R. v. Millar*, [1970] 2 Q.B. 54; *R. v. Baxter*, [1972] 1 Q.B. 1; *R. v. Lyle* (1924), 18 Cr. App. R. 59; *R. v. Cox*, [1968] 1 All E.R. 410; *R. v. Harden*, [1962] 1 All E.R. 286; *Athanassiadis v. Government of Greece*, [1969] 3 All E.R. 293; *R. v. Tirado* (1974), 59 Cr. App. R. 80; *R. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Khubchandani* (1980), 71 Cr. App. R. 241; *R. v. Wall*, [1974] 1 W.L.R. 930; *Secretary of State for Trade v. Markus*, [1976] A.C. 35; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *R. v. Blythe*

plot peut être instruite au Canada puisque les activités frauduleuses s'y sont déroulées.

Pour décider si une opération a eu lieu hors de notre territoire, il faut tenir compte de tous les faits pertinents qui se sont produits au Canada qui fournissent à notre pays un intérêt à instruire l'infraction, et déterminer s'il y a dans ces faits quelque chose qui va à l'encontre de la courtoisie internationale. Pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, il suffit qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Il suffit qu'il y ait un «lien réel et important» entre l'infraction et le Canada. Il y a eu suffisamment d'activités préparatoires à la combine frauduleuse qui se sont déroulées au Canada pour permettre à une cour de conclure que l'infraction a été commise au Canada: la combine a été conçue ici et toute l'opération qui en a assuré le fonctionnement, y compris ses têtes dirigeantes et la sollicitation par téléphone, était située ici. Le fait que cela s'appliquerait à des cas où les victimes ont été lésées hors du pays importe peu. Si un accusé était poursuivi pour la même infraction dans plus d'un pays, il serait possible d'éviter toute injustice par le recours aux plaidoyers d'autrefois acquit ou d'autrefois convict. Il n'est pas question de courtoisie. Les intérêts des autres pays ne sont pas protégés si l'on permet que des criminels qui agissent à partir d'ici s'attaquent à leurs citoyens.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Brixton Prison Governor, Ex parte Rush*, [1969] 1 All E.R. 316; *Re Chapman* (1970), 5 C.C.C. 46; *Board of Trade v. Owen*, [1957] A.C. 602; *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, [1971] A.C. 537; *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973] A.C. 807; arrêts mentionnés: *R. v. Martin*, [1956] 2 All E.R. 86; *The Lotus* (1927), P.C.I.J., Ser. A., No. 10; *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *Macleod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455; *R. v. Holmes* (1883), 12 Q.B.D. 23; *R. v. Jacobi and Hiller* (1881), 46 L.T.R. 595*n*; *R. v. Nillins* (1884), 53 L.J.Q.B. (N.S.) M.C. 157; *R. v. Godfrey*, [1923] 1 K.B. 24; *R. v. Peters* (1886), 16 Q.B.D. 636; *R. v. Ellis*, [1899] 1 Q.B. 230; *R. v. Stoddart* (1909), 2 Cr. App. R. 217; *R. v. Mackenzie and Higginson* (1910), 6 Cr. App. R. 64; *R. v. Robert Millar (Contractors) Ltd.*; *R. v. Millar*, [1970] 2 Q.B. 54; *R. v. Baxter*, [1972] 1 Q.B. 1; *R. v. Lyle* (1924), 18 Cr. App. R. 59; *R. v. Cox*, [1968] 1 All E.R. 410; *R. v. Harden*, [1962] 1 All E.R. 286; *Athanassiadis v. Government of Greece*, [1969] 3 All E.R. 293; *R. v. Tirado* (1974), 59 Cr. App. R. 80; *R. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Khubchandani* (1980), 71 Cr. App. R. 241; *R. v. Wall*, [1974] 1 W.L.R. 930; *Secretary of State for Trade v. Markus*, [1976] A.C. 35; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *R. v.*

(1895), 1 C.C.C. 263; *Re Gertie Johnson* (1904), 8 C.C.C. 243; *R. v. Wettman* (1894), 1 C.C.C. 287; *R. v. Walkem* (1908), 14 C.C.C. 122; *In Re Criminal Code Sections Relating to Bigamy* (1897), 27 S.C.R. 461; *United States of America v. Novick* (1960), 128 C.C.C. 319; *R. v. Bachrack* (1913), 21 C.C.C. 257; *Ecrement v. Cusson and Connolly* (1919), 33 C.C.C. 135, aff'd. (1920), 30 Que. K.B. 55; *Shulman v. The King* (1946), 2 C.R. 153; *Re Brisbois* (1962), 133 C.C.C. 188; *Re Devlin*, [1964] 3 C.C.C. 228; *Re Hanes and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 420; *R. v. Selkirk*, [1965] 2 C.C.C. 353; *R. v. Trudel, Ex parte Horbas and Myhaluk*, [1969] 3 C.C.C. 95; *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.*, [1966] 4 C.C.C. 29; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *Burrows v. Jemino* (1726), 2 Strange 733, 93 E.R. 815; *R. v. Roche* (1775), 1 Leach 134, 168 E.R. 169; *R. v. Azzopardi* (1843), 2 Mood. 288, 169 E.R. 115; *R. v. Aughet* (1918), 13 Cr. App. R. 101; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, 1883 (U.K.), 46 & 47 Vict., c. 52.
Crimes Act 1961, 1961 (N.Z.), No. 43, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 5(2), 423(1)(*d*), (3).
Fugitive Offenders Act 1967, 1967 (U.K.), c. 68.
Securities Act, R.S.M. 1954, c. 237.
Statute of Westminster, 1931, R.S.C. 1970, App. II, No. 26.

Authors Cited

American Law Institute. *Model Penal Code* (Proposed Official Draft), Philadelphia, American Law Institute, 1962.
Canada. Law Reform Commission of Canada. *Extraterritorial Jurisdiction* (Working Paper 37), Ottawa, Minister of Supply and Services, 1984.
Canada. Law Reform Commission of Canada. *Our Criminal Law* (Report 3), Ottawa, Minister of Supply and Services, 1979.
England. The Law Commission. *Report on the Territorial and Extraterritorial Extent of the Criminal Law* (Law Com. 91), in *Law Commission Reports*, collected edition (unabridged), Abington, Oxford, Professional Books Ltd., 1978.
Hall, Lynden. " 'Territorial' Jurisdiction and the Criminal Law," [1972] *Crim. L.R.* 276, 276-287.
Williams, Glanville. "Venue and the Ambit of Criminal Law" (1965), 81 *L.Q.R.* 276, 276-288, 395-421, 518-538.
Williams, Sharon A. and J.-G. Castel. *Canadian Criminal Law, International and Transnational Aspects*, Toronto, Butterworths, 1981.

Blythe (1895), 1 C.C.C. 263; *Re Gertie Johnson* (1904), 8 C.C.C. 243; *R. v. Wettman* (1894), 1 C.C.C. 287; *R. v. Walkem* (1908), 14 C.C.C. 122; *In Re Criminal Code Sections Relating to Bigamy* (1897), 27 R.C.S. 461; *United States of America v. Novick* (1960), 128 C.C.C. 319; *R. v. Bachrack* (1913), 21 C.C.C. 257; *Ecrement v. Cusson and Connolly* (1919), 33 C.C.C. 135, conf. à (1920), 30 B.R. 55; *Shulman v. The King* (1946), 2 C.R. 153; *Re Brisbois* (1962), 133 C.C.C. 188; *Re Devlin*, [1964] 3 C.C.C. 228; *Re Hanes and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 420; *R. v. Selkirk*, [1965] 2 C.C.C. 353; *R. v. Trudel, Ex parte Horbas and Myhaluk*, [1969] 3 C.C.C. 95; *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.*, [1966] 4 C.C.C. 29; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Burrows v. Jemino* (1726), 2 Strange 733, 93 E.R. 815; *R. v. Roche* (1775), 1 Leach 134, 168 E.R. 169; *R. v. Azzopardi* (1843), 2 Mood. 288, 169 E.R. 115; *R. v. Aughet* (1918), 13 Cr. App. R. 101; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573.

Lois et règlements cités

Bankruptcy Act, 1883 (U.K.), 46 & 47 Vict., chap. 52.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 5(2), 423(1)*d*), (3).
Crimes Act 1961, 1961 (N.-Z.), nº 43, art. 7.
Fugitive Offenders Act 1967, 1967 (U.K.), chap. 68.
Securities Act, R.S.M. 1954, chap. 237.
Statut de Westminster, 1931, S.R.C. 1970, app. II, nº 26.

Doctrine citée

American Law Institute. *Model Penal Code* (Proposed Official Draft), Philadelphia, American Law Institute, 1962.
Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *La juridiction extra-territoriale* (Document de travail nº 37), Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1984.
Canada. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (Rapport 3), Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services 1979.
England. The Law Commission. *Report on the Territorial and Extraterritorial Extent of the Criminal Law* (Law Com. 91), in *Law Commission Reports*, collected edition (unabridged), Abington, Oxford, Professional Books Ltd., 1978.
Hall, Lynden. «'Territorial' Jurisdiction and the Criminal Law,» [1972] *Crim. L.R.* 276, 276-287.
Williams, Glanville. «Venue and the Ambit of Criminal Law» (1965), 81 *L.Q.R.* 276, 276-288, 395-421, 518-538.
Williams, Sharon A. and J.-G. Castel. *Canadian Criminal Law, International and Transnational Aspects*, Toronto, Butterworths, 1981.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 8 C.C.C. (3d) 351*n*, dismissing an appeal from a judgment of Osler J. (1983), 6 C.C.C. (3d) 284, dismissing an application to quash the committal order for trial made by Kerr P.C.J. Appeal dismissed.

Symon Zucker, for the appellant.

John Pearson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The appellant, Murray A. Libman, was committed for trial on seven counts of fraud and one count of conspiracy to commit fraud. Some of the activities on which these charges are based occurred outside Canada, and the accused sought, by motion, to have the committal quashed on the ground that the alleged offences occurred outside Canada, but the motion was refused. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. Mr. Libman then sought and was granted leave to appeal to this Court.

Facts

The parties agreed to the following facts for the purposes of this appeal.

During the period covered by the informations, Mr. Libman operated a telephone sales solicitation room (or "boiler room") at 43 Menin Road in Toronto, where a number of individuals were employed as telephone sales personnel. Pursuant to Mr. Libman's directions the sales personnel telephoned United States residents and attempted to induce them to purchase shares in two companies, Hebilla Mining Corporation and Claravella Corporation, which purported to be engaged in gold mining in Costa Rica. In addition to the telephone representations, the United States residents also received promotional material which was mailed from Panama City, Panama and San José, Costa Rica by associates of Mr. Libman.

The telephone sales personnel, on the direction of Mr. Libman, made material misrepresentations with respect to their identity, where they were

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 8 C.C.C. (3d) 351*n*, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Osler (1983), 6 C.C.C. (3d) 284, qui avait rejeté une demande d'annulation du renvoi au procès ordonné par le juge Kerr de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Symon Zucker, pour l'appelant.

John Pearson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—L'appelant, Murray A. Libman, a été renvoyé à son procès relativement à sept chefs d'accusation de fraude et un chef d'accusation de complot en vue de commettre une fraude. Certaines des activités sur lesquelles ces accusations sont fondées ont eu lieu en dehors du Canada et l'accusé a demandé l'annulation du renvoi au procès pour le motif que les infractions reprochées ont été commises hors du Canada, mais sa requête a été rejetée. L'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. M. Libman a alors demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir en cette Cour.

Les faits

Pour les fins du présent pourvoi, les parties s'accordent sur les faits suivants.

Pendant la période visée par les dénonciations, M. Libman exploitait une entreprise de vente d'actions frauduleuses par téléphone au 43, chemin Menin, à Toronto, où il employait un certain nombre de personnes comme vendeurs par téléphone. Conformément aux directives de M. Libman, les vendeurs téléphonaient à des résidants des États-Unis et tentaient de les amener à acheter des actions de deux compagnies, Hebilla Mining Corporation et Claravella Corporation, qui étaient censées exploiter des mines d'or au Costa Rica. En plus de la sollicitation par téléphone, ces résidants des États-Unis recevaient du matériel publicitaire posté de Panama (Panama) et de San José (Costa Rica) par des associés de M. Libman.

Sur l'ordre de M. Libman, le personnel de vente par téléphone faisait des fausses déclarations graves quant à leur identité, quant à l'endroit d'où

telephoning from, and the quality and value of the shares they were selling. As a result of these misrepresentations, a large number of United States residents were induced to purchase shares in the two mining companies. There was some evidence tendered at the preliminary inquiry from which it could be inferred that these shares were virtually worthless.

The United States residents who agreed to purchase shares were told by the telephone sales personnel to send their money to offices operated by Mr. Libman's associates in either San José, Costa Rica or Panama City, Panama. There was evidence tendered that Mr. Libman went to a location outside Canada, usually Costa Rica or Panama, to meet with his associates and receive his share of the proceeds of the sale of the shares. Mr. Libman then brought this money back to Toronto and distributed a portion of it to his sales personnel. There was also evidence tendered at the preliminary inquiry with respect to the wire transfer of monies from Panama City to Mr. Libman in Toronto.

Major Issues on Appeal

The basic point raised by the appellant was that the deprivation of the victim was an essential element, indeed, the essential element or gravamen, of the offence of fraud, and that any deprivation suffered by the purchasers of the shares in the present case had occurred outside Canada. The alleged offences could, therefore, not be prosecuted in Canada.

This point of view involves selecting one ingredient of an offence as its essential ingredient and holding that the offence occurred where the portion of the transaction constituting that ingredient took place. On this issue counsel for the appellant principally relied on *R. v. Brixton Prison Governor, Ex parte Rush*, [1969] 1 All E.R. 316, a decision of an English divisional court on facts substantially similar to the present case.

For its part, the Crown relied on *Re Chapman* (1970), 5 C.C.C. 46, a decision of the Ontario Court of Appeal which is also similar to the present case except that the proceeds of the sale

ils téléphonaient et quant à la qualité et à la valeur des actions qu'ils vendaient. À cause de ces fausses déclarations, un grand nombre de résidants des États-Unis ont été amenés à acheter des actions de ces deux compagnies minières. Des éléments de preuve produits à l'enquête préliminaire permettent de déduire que ces actions n'avaient à peu près aucune valeur.

Les vendeurs par téléphone demandaient aux résidants des États-Unis qui consentaient à acheter ces actions de faire parvenir l'argent aux bureaux administrés par les associés de M. Libman soit à San José (Costa Rica) ou à Panama (Panama). On a soumis en preuve que M. Libman se rendait à un endroit hors du Canada, habituellement au Costa Rica ou à Panama, pour rencontrer ses associés et recevoir sa part du produit de la vente des actions. M. Libman rapportait ensuite cet argent à Toronto et en remettait une partie à ses vendeurs. À l'enquête préliminaire, on a aussi soumis des éléments de preuve relativement à des virements électroniques de fonds de Panama à M. Libman à Toronto.

Principales questions en litige

Le point essentiel que soulève l'appelant est que la spoliation de la victime est un élément essentiel, voire l'élément essentiel ou la matière de l'infraction de fraude et que toute spoliation subie par les acquéreurs d'actions en l'espèce s'est produite hors du Canada. Il est donc impossible de poursuivre au Canada relativement aux infractions reprochées.

Ce point de vue consiste notamment à désigner un élément de l'infraction comme étant son élément essentiel et à conclure que l'infraction a été commise à l'endroit où la partie de l'opération qui constitue cet élément a été accomplie. Sur ce point, l'avocat de l'appelant a surtout invoqué l'affaire *R. v. Brixton Prison Governor, Ex parte Rush*, [1969] 1 All E.R. 316, qui est une décision d'une cour divisionnaire anglaise à l'égard de faits très semblables à ceux de l'espèce.

Pour sa part, la poursuite a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Chapman* (1970), 5 C.C.C. 46, qui comporte aussi des traits communs avec l'espèce, sauf qu'au départ l'accusé recevait le

were originally received by the accused in Canada and not in a foreign country. But the Crown also argued the case on the broader ground that the offences had been substantially committed in Canada, the fraudulent scheme having been devised and operated here and the proceeds accruing from it having been received by Mr. Libman in Canada as contemplated by the scheme.

The conspiracy charge was dealt with by Kerr J. who committed the accused to trial under s. 423(1)(*d*), which applies to conspiracies to commit a criminal offence in Canada, and not under s. 423(3) which expressly deals with conspiracies entered into in Canada to commit a crime outside Canada. The latter provision was enacted after some of the acts charged occurred, and in any event it was not relied on. Counsel for the defence, therefore, argued that s. 423(1)(*d*) applied only to conspiracies entered into in Canada to commit a substantive offence here which, if his argument that the gravamen of the substantive offence occurred abroad is accepted, was not the case here. For this proposition he also relied on *Board of Trade v. Owen*, [1957] A.C. 602, where the House of Lords held that a conspiracy in England to do a wrongful act abroad was not subject to prosecution in England.

General Considerations

Transnational offences of the kind in question here have been dealt with in a rather confusing fashion, probably because they are not of a type individual courts are called upon to deal with frequently. Accordingly, it will be useful to examine the legal background on a broad basis as the argument of the Crown rather invites us to do.

The primary basis of criminal jurisdiction is territorial. The reasons for this are obvious. States ordinarily have little interest in prohibiting activities that occur abroad and they are, as well, hesitant to incur the displeasure of other states by indiscriminate attempts to control activities that

produit de la vente au Canada et non dans un pays étranger. La poursuite a aussi invoqué le moyen plus général selon lequel les infractions ont été commises essentiellement au Canada, vu que la combinaison frauduleuse a été conçue et mise à exécution ici et que M. Libman en avait reçu le produit au Canada comme la combinaison le prévoyait.

L'accusation de complot a été entendue par le juge Kerr qui a renvoyé l'accusé à son procès en vertu de l'al. 423(1)*d*) qui s'applique aux complots visant à commettre un acte criminel au Canada, et non en vertu du par. 423(3) qui vise expressément les complots formés au Canada en vue de commettre un crime hors du Canada. Cette dernière disposition a été adoptée après que certains des actes reprochés aient été accomplis et, de toute façon, on ne l'a pas invoquée. L'avocat de la défense a donc soutenu que l'al. 423(1)*d*) s'applique uniquement aux complots formés au Canada en vue de commettre une infraction au Canada, ce qui n'est pas le cas en l'espèce si on accepte son argument portant que la matière de l'infraction s'est produite à l'étranger. Il a aussi invoqué à l'appui de cette prétention l'arrêt *Board of Trade v. Owen*, [1957] A.C. 602, dans lequel la Chambre des lords a conclu qu'un complot formé en Angleterre en vue de commettre un méfait à l'étranger n'était pas susceptible de donner lieu à des poursuites en Angleterre.

Considérations d'ordre général

Les infractions comportant un élément d'extranéité du genre de celles dont il est question en l'espèce ont été traitées d'une façon qui prête plutôt à confusion, probablement parce que ce ne sont pas des infractions qu'un tribunal est appelé à rencontrer fréquemment. En conséquence, il sera utile d'étudier le contexte juridique de façon très large comme la poursuite nous invite à le faire dans ses plaidoiries.

Le fondement premier de la compétence en matière criminelle est territorial. Les raisons de cet état de choses sont évidentes. Les États ont ordinairement peu d'intérêt à interdire les activités qui ont lieu à l'étranger et ils sont, de même, réticents à s'attirer le mécontentement d'autres États en

take place wholly within the boundaries of those other countries; see *R. v. Martin*, [1956] 2 All E.R. 86, at p. 92. It is, however, permissible under international law to exercise jurisdiction on other bases. For example, states have long exercised jurisdiction over ships that fly their flags and over their nationals abroad. As well, along with other types of protective measures, states increasingly exercise jurisdiction over criminal behaviour in other states that has harmful consequences within their own territory or jurisdiction; see *The Lotus* (1927), P.C.I.J., Ser. A., No. 10. It follows from this that the same criminal act may occasionally be subject to prosecution in more than one country, a matter to which I shall refer from time to time.

The English Legal Background

So far as this country is concerned, the English legal background necessarily sets the stage for our own experience. However, in this area there have been differences in emphasis so it is useful to deal with the experience in the two countries separately, beginning with the English.

Great Britain probably followed the territorial principle more stringently than other states. This was probably owing to its insular position, but it must also be remembered that most of the common law crimes, other than murder, tended by their nature to be territorially confined. Theft is an example. The early British cases, mostly dealing with murder, do not provide much assistance as the discussion in *Board of Trade v. Owen*, *supra*, demonstrates. And though the cases on venue, which involve the question of which court in England has competence to deal with prosecutions for acts committed in several countries within England, are helpful, they involve, as Lord Diplock noted in *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, [1971] A.C. 537, at p. 559, other considerations including the fact that jurors were originally drawn from those who were more likely to know the facts alleged to constitute the crime; see also *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973]

cherchant, de façon inconsidérée, à contrôler des activités qui se déroulent complètement à l'intérieur des frontières de ces autres États; voir *R. v. Martin*, [1956] 2 All E.R. 86, à la p. 92. Le droit international permet cependant d'exercer une compétence en se fondant sur d'autres considérations. Par exemple, les États exercent depuis longtemps une compétence sur les navires qui battent leur pavillon et sur leurs ressortissants à l'étranger. De même, outre d'autres types de mesures de protection, les États exercent de plus en plus leur compétence sur les actes criminels commis dans d'autres États et qui ont des conséquences néfastes à l'intérieur de leur propre territoire ou ressort; voir *The Lotus* (1927), P.C.I.J., Ser. A., No. 10. Il s'ensuit que le même acte criminel peut, à l'occasion, être susceptible de donner lieu à des poursuites dans plus d'un pays, ce sur quoi je reviendrai à l'occasion.

Contexte du droit anglais

Pour ce qui est de notre pays, c'est le contexte du droit anglais qui constitue nécessairement le point de mire de notre expérience. Cependant, dans ce domaine, il y a eu des différences dans les aspects sur lesquels on a insisté et il est donc utile d'examiner l'expérience des deux pays séparément en commençant par l'expérience anglaise.

La Grande-Bretagne a probablement suivi le principe de la territorialité de façon plus stricte que les autres états. Cela est probablement dû à son insularité, mais il faut aussi se rappeler que la plupart des crimes de *common law*, autres que le meurtre, tendaient de par leur nature même à être circonscrits dans un territoire. Le vol en est un exemple. Les premiers arrêts anglais, qui portent pour la plupart sur le meurtre, ne sont pas d'un grand secours comme le démontre l'analyse qui est faite dans l'arrêt *Board of Trade v. Owen*, précité. Bien que les affaires ayant trait au lieu du procès, c'est-à-dire celles qui portent sur la question de savoir quel tribunal en Angleterre a compétence pour instruire des actes commis dans plusieurs comtés à l'intérieur de l'Angleterre, soient utiles elles comportent, comme le souligne lord Diplock dans *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, [1971] A.C. 537, à la p. 559, d'autres considérations dont le fait que les jurés étaient, à l'origine,

A.C. 807, *per* Lord Salmon, at p. 834. I have, therefore, generally ignored the venue cases cited to us.

It took some time before English criminal law became sufficiently developed to deal with more sophisticated methods of getting the gullible or unwary to part with their property, by means of false pretenses for example. And it was later still, in the late 19th century following the organization of postal, telegraph and telephone systems that the practitioners of this gentle art of persuasion were able to extend their talents to the international plane. It is at this stage that the English experience really becomes relevant.

At this point it should be noted that Parliament seldom adverted to territorial considerations in defining criminal offences. It was rather the courts that confined criminal offences within the realm, sometimes by reference to international comity. It would have been possible, indeed probably more logical as Cockburn C.J. explained in *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63, at p. 233, to say that where different elements of an offence take place in two countries, the offence occurs beyond the territorial ambit of either country. But while there were occasional strong expressions of the territorial principle, particularly in earlier times (see *Macleod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455, *per* Lord Halsbury at p. 458), the courts never followed logic that far. It would have permitted a too easy means of avoiding criminal sanctions. But once it is decided that transnational crimes must come within the jurisdiction of one state, then on what basis should one take or refuse jurisdiction?

The cases reveal several possibilities, of which I mention a few. One is to assume that jurisdiction lies in the country where the act is planned or initiated. Other possibilities include the place

choisis parmi ceux qui étaient plus susceptibles de connaître les faits qui, selon les allégations, constituaient le crime; voir également *Director of Public Prosecutions v. Doot*, [1973] A.C. 807, lord Salmon, à la p. 834. Dans l'ensemble, je n'ai donc pas tenu compte des affaires traitant du lieu du procès qu'on nous a mentionnées.

Il a fallu un certain temps avant que le droit criminel anglais évolue suffisamment pour répondre aux méthodes plus subtiles qui avaient pour objet d'amener les crédules ou les étourdis à se départir de leurs biens, notamment par escroquerie. Et ce n'est que bien plus tard, c'est-à-dire à la fin du 19e siècle, après la mise sur pied des systèmes postal, télégraphique et téléphonique, que les adeptes de cet art subtil de la persuasion ont pu exercer leurs talents sur le plan international. C'est à cette étape que l'expérience anglaise devient véritablement pertinente.

Il y a lieu de noter immédiatement que le Parlement s'est rarement reporté à des considérations territoriales pour définir des infractions criminelles. Ce sont plutôt les tribunaux qui ont confiné les infractions criminelles à l'intérieur du royaume, parfois en invoquant la courtoisie internationale. Il aurait été possible et même peut-être plus logique, comme le juge en chef Cockburn l'explique dans l'arrêt *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63, à la p. 233, d'affirmer que lorsque les différents éléments d'une infraction se produisent dans deux pays, l'infraction est commise en dehors des limites territoriales de l'un ou l'autre pays. Cependant, bien qu'il y ait eu à l'occasion des affirmations vigoureuses du principe de la territorialité, particulièrement au début (voir *Macleod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455, lord Halsbury, à la p. 458), les tribunaux n'ont jamais poussé la logique aussi loin. Cela aurait permis de se soustraire trop facilement aux sanctions pénales. Mais si l'on décide que les infractions comportant un élément d'extranéité doivent relever de la compétence d'un État, en fonction de quoi un État doit-il assumer ou décliner sa compétence?

La jurisprudence laisse voir plusieurs possibilités, j'en mentionnerai quelques-unes. Une solution consiste à présumer que la compétence appartient au pays où l'acte a été préparé ou celui où il a été

where the impact of an offence is felt, where it is initiated, where it is completed, or again where the gravamen, or essential element of the offence took place. It is also possible to maintain that any country where a substantial or any part of the chain of events constituting an offence takes place may take jurisdiction.

Though counsel for Mr. Libman argued that exclusive jurisdiction belongs to the country where the gravamen of the offence took place or where it was completed, a review of the English authorities does not really support that position. What it shows is that the courts have taken different stances at different times and the general result, as several writers have stated, is one of doctrinal confusion, a confusion compounded by the fact that the discussion often focuses on the specific offence charged, a discussion made more complicated by the further fact that some offences are aimed at the act committed and others at the result of that act.

The early cases were certainly not concerned with the place of impact of the crime or where the deprivation of the victim took place, or, for that matter, where the crime was completed. Rather, the courts seem to have weighed the various factors connecting the crime to the place where the charges were laid. Thus in *R. v. Holmes* (1883), 12 Q.B.D. 23, a case that bears some resemblance to the present, the accused wrote and posted a letter at Nottingham addressed to one Gobet in France that contained a false pretence by which Gobet was fraudulently induced to transmit a draft to the accused which the latter then cashed in Nottingham. The Court of Crown Cases Reserved had no difficulty in holding that the offence could be prosecuted in Nottingham where the letter was mailed and the proceeds arising out of the false pretence were paid. Lord Coleridge C.J., at p. 24, thought both ingredients of the offence, the false pretence and the receipt of the money took place there. Interestingly, he went on to suggest that one ingredient taking place in Nottingham would have been sufficient to give the

commencé. Parmi les autres possibilités, il y a l'endroit où les conséquences de l'infraction sont ressenties, l'endroit où elle a commencé, l'endroit où elle a été consommée ou encore celui où a été accompli l'élément essentiel ou la matière de l'infraction. Il est aussi possible de soutenir que tout pays où une partie importante ou non de la suite des événements qui constituent l'infraction s'est produite peut assumer compétence.

Bien que l'avocat de M. Libman ait soutenu que la compétence exclusive appartient au pays où a été accompli l'élément essentiel de l'infraction ou celui où l'infraction a été consommée, l'étude de la jurisprudence anglaise n'étaye pas vraiment cette thèse. Elle démontre plutôt que les tribunaux ont adopté différentes attitudes à différentes époques et qu'il en résulte généralement, comme plusieurs auteurs l'ont dit, une confusion de la doctrine accentuée par le fait que la discussion est souvent axée sur l'infraction précise reprochée et qu'elle est compliquée davantage par le fait que certaines infractions visent l'acte commis et d'autres les conséquences de cet acte.

Dans les premières décisions, on ne se préoccupait certainement pas du lieu où se manifestaient les conséquences de l'infraction ou de celui où la spoliation de la victime s'était produite ni, quant à cela, de celui où le crime avait été consommé. Les tribunaux semblent plutôt avoir soupesé les divers facteurs qui reliaient le crime au lieu où l'accusation était portée. Ainsi, dans l'affaire *R. v. Holmes* (1883), 12 Q.B.D. 23, qui comporte certaines similitudes avec l'espèce, l'accusé a écrit et posté à Nottingham une lettre adressée à un nommé Gobet, en France, laquelle lettre contenait un faux semblant qui a incité frauduleusement Gobet à faire parvenir à l'accusé une lettre de change que ce dernier a encaissée à Nottingham. La Court of Crown Cases Reserved n'a pas hésité à conclure que des poursuites relatives à cette infraction pouvaient être engagées à Nottingham d'où la lettre avait été postée et où le produit de l'escroquerie avait été encaissé. À la page 24, le juge en chef lord Coleridge estime que les deux éléments de l'infraction, le faux semblant et l'encaissement de l'argent y avaient eu lieu. Fait intéressant, il laisse entendre qu'il aurait suffit qu'un seul élément ait

court jurisdiction there.

Certainly, about the same time, the cases of *R. v. Jacobi and Hiller* (1881), 46 L.T.R. 595*n*, and *R. v. Nillins* (1884), 53 L.J.Q.B. (N.S.) M.C. 157, (which are remarkably similar to one another) made it clear that a crime could be prosecuted where its impact was felt by the victim; see also *R. v. Godfrey*, [1923] 1 K.B. 24. In *Nillins*, the accused sent letters containing false pretences from Southampton, England to a person in Hamburg, Germany, who then transferred goods to agents of the accused in Germany. The accused also sent his victims forged cheques there. In extradition proceedings, the court held he could be surrendered to Germany on the ground that the crime was committed there. In arriving at this conclusion the court, as in the *Holmes* case, appears to have weighed the factors that substantially connected the crime to the place seeking to prosecute him. Cave J. had this to say at p. M.C. 158:

> ... it cannot be seriously contended that he did not commit the crime in Germany; he procured the goods there, he uttered the forged notes there, and, further, they were delivered to the merchant of the port or his agent, and upon these the goods were delivered to his order at Hamburg.

Taken together, these cases indicate that it might be possible to charge an accused in two different countries, as Lord Coleridge suggests in *Holmes*. He made this suggestion even more explicit in giving the judgment of the Court of Crown Cases Reserved in the rather similar case of *R. v. Peters* (1886), 16 Q.B.D. 636. There the accused, an undischarged bankrupt, had, without informing the purchaser as required by the *Bankruptcy Act, 1883* bought a horse from a farmer in Ireland for £22, the farmer to deliver it, at the direction of the accused on board a steamer at Larne in Ireland. This transaction was effected by means of a letter posted by the accused in Newcastle, England. The court, over Manisty J.'s dissent on the ground that property had passed when the horse was delivered to the carrier in Ireland, held that the offence could be prosecuted in Newcastle.

eu lieu à Nottingham pour que la cour y ait compétence.

Certainement, vers la même époque, les arrêts *R. v. Jacobi and Hiller* (1881), 46 L.T.R. 595*n*, et *R. v. Nillins* (1884), 53 L.J.Q.B. (N.S.) M.C. 157, (qui sont tous les deux très semblables) ont établi clairement qu'un crime peut donner lieu à des poursuites là où la victime en a ressenti les conséquences: voir également *R. v. Godfrey*, [1923] 1 K.B. 24. Dans l'affaire *Nillins*, l'accusé avait fait parvenir de Southampton, en Angleterre, des lettres contenant des faux semblants à une personne à Hambourg, en Allemagne, qui avait alors cédé des biens aux représentants de l'accusé en Allemagne. L'accusé avait également fait parvenir à ses victimes de faux chèques à cet endroit. Lors de procédures d'extradition, la cour a statué que l'accusé pouvait être rendu à l'Allemagne pour le motif que le crime y avait été commis. Comme dans l'affaire *Holmes*, pour arriver à cette conclusion la cour semble avoir soupesé les facteurs qui reliaient substantiellement l'infraction au lieu où l'on cherchait à poursuivre l'accusé. Le juge Cave affirme à la p. M.C. 158:

> [TRADUCTION] ... on ne peut sérieusement prétendre qu'il n'a pas commis le crime en Allemagne; il s'y est procuré les biens, il y a émis les fausses lettres de change et de plus elles ont été délivrées au marchand du port ou à son représentant et en vertu de celles-ci les marchandises ont été livrées à son ordre à Hambourg.

Dans l'ensemble, ces arrêts indiquent qu'il pourrait être possible de poursuivre un accusé dans deux pays différents, comme lord Coleridge le laisse entendre dans l'arrêt *Holmes*. Il a proposé cela de façon encore plus explicite en prononçant le jugement de la Court of Crown Cases Reserved dans une affaire assez semblable, savoir *R. v. Peters* (1886), 16 Q.B.D. 636. Dans cette affaire, l'accusé, un failli non libéré, a, sans en informer le vendeur comme la *Bankruptcy Act, 1883* l'exigeait, acheté un cheval d'un cultivateur en Irlande pour le prix de 22 £. Sur l'ordre de l'accusé, le cultivateur devait livrer le cheval à bord d'un vapeur à Larne, en Irlande. Ce marché a été fait par lettre postée par l'accusé à Newcastle, en Angleterre. Nonobstant la dissidence du juge Manisty fondée sur le motif que la cession de la propriété a eu lieu au moment où le cheval a été

Lord Coleridge's remarks justifying this holding are reminiscent of those of Cave J. in *Holmes*. He said at p. 639:

> ... the credit was obtained (assuming it to have been obtained at all) in Newcastle. The prisoner lived there; he wrote to the vendor thence; he received an answer there; he ordered the horse to be sent there; he received it there.

In sum, what the courts in these cases appear to have been doing, in determining whether a crime should be prosecuted in a particular area, was to consider the substantial links that connected the crime to that jurisdiction. They do not deny, as their holdings and Lord Coleridge's remarks attest, that there may be sufficient links to different jurisdictions to justify proceedings in more than one place.

Before leaving these cases, it is interesting to note that the last of them, *Peters*, bears a considerable resemblance to the present case. There, the communication came from England (here Canada) and property technically passed in Ireland (here, probably the United States, though possibly Costa Rica or Panama), but the benefit from the transaction was received by the accused in the country where the communication originated.

R. v. Ellis, [1899] 1 Q.B. 230, in the Court of Crown Cases Reserved, though not inconsistent with the cases already discussed, reveals an approach that is more supportive than they are of the theory advanced by appellant's counsel. There the major judgments seek to identify the gist or gravamen of the offence as revealed from its definition and hold that the offence was committed where the acts constituting its gist or gravamen occurred. In that case, Ellis who carried on business in Durham, England, obtained goods on credit there on the basis of false representations he had made to the supplier of the goods at the latter's place of business in Glasgow, Scotland, which was treated for the purpose of the case as a foreign

livré au transporteur en Irlande, la cour a statué qu'il était possible de poursuivre relativement à l'infraction à Newcastle. Les observations dans lesquelles le juge Coleridge justifie cette conclusion rappellent celles du juge Cave dans l'arrêt *Holmes*. Il dit, à la p. 639:

> [TRADUCTION] ... le crédit a été obtenu (à supposer qu'il a bel et bien été obtenu) à Newcastle. L'accusé y habitait; c'est de là qu'il a écrit au vendeur; il y a reçu la réponse; il a ordonné que le cheval soit expédié à cet endroit et c'est là qu'il l'a reçu.

En somme, ce que les tribunaux paraissent avoir fait dans ces cas pour déterminer si une infraction peut faire l'objet d'une poursuite dans un ressort en particulier a été de tenir compte des liens importants qui relient l'infraction à ce ressort. Ils ne nient pas, comme l'attestent leurs conclusions et les observations de lord Coleridge, qu'il peut y avoir suffisamment de liens avec différents ressorts pour justifier l'engagement de procédures dans plus d'un de ceux-ci.

Avant de terminer l'étude de cette jurisprudence, il est intéressant de souligner que la dernière affaire, l'affaire *Peters*, ressemble beaucoup à l'espèce. Dans cette affaire, la communication provenait de l'Angleterre (du Canada en l'espèce) et la cession formelle de propriété avait eu lieu en Irlande (en l'espèce, probablement aux États-Unis, bien que ce puisse être au Costa Rica ou à Panama), mais le profit de la transaction a été retiré par l'accusé dans le pays d'origine de la communication.

Bien que l'arrêt de la Court of Crown Cases Reserved, *R. v. Ellis*, [1899] 1 Q.B. 230, ne soit pas incompatible avec les arrêts déjà mentionnés, il révèle un point de vue qui étaye davantage qu'ils ne le font la théorie proposée par l'avocat de l'appelant. Dans les motifs principaux de cette affaire, on cherche à identifier la substance ou matière de l'infraction à partir de sa définition et on conclut que l'infraction a été commise à l'endroit où les actes qui en constituent la substance ou la matière ont été accomplis. Dans cette affaire, Ellis, qui exploitait un commerce à Durham, en Angleterre, y a obtenu des marchandises à crédit suite à de fausses déclarations qu'il avait faites au fournisseur dans l'établissement de ce dernier situé

country. He was convicted of the charge of obtaining goods by false pretences in Durham, the judges generally appearing to think the gist of the offence was the obtaining of the goods, and not the false pretences. Bruce J. however, gave voice to another theory which also supports the appellant's position. In his view, the offence could properly be dealt with where it was completed, *i.e.*, Durham, notwithstanding that some of its ingredients might have occurred entirely outside the jurisdiction.

The "completion of the offence" theory was also used by the Court of Criminal Appeal in the case of *R. v. Stoddart* (1909), 2 Cr. App. R. 217, but on facts that were somewhat the reverse of those in *Ellis*. There postal orders obtained by false pretences were mailed in England and received by the defendant's agent abroad. The court concluded that the English criminal courts had jurisdiction, holding that the offence was complete when the letters containing the postal orders were mailed, an approach consistent with cases holding that a contract is complete when the acceptance of an offer is mailed.

Application of either the gist of the offence test or the completion of the offence test has the effect of limiting the courts' jurisdiction in criminal matters to a single location, namely, where the essential element of the offence occurred or where it was completed. Such a result does not appear to have occurred in the few cases reported over the next fifty years. In some cases the courts were able to avoid any limiting effect by creating the notion of continuity of offences. Thus in *R. v. Mackenzie and Higginson* (1910), 6 Cr. App. R. 64, the accused Mackenzie was accused of procuring a girl to have sexual intercourse with Higginson. Everything in the nature of procuring occurred in Scotland but the intercourse took place in London. The court concluded that the offence of procuring is continuous and since a part of the procuration occurred in England, the court had jurisdiction. This approach has continued to be applied in more

à Glasgow, en Écosse, qui pour les fins de l'affaire a été considérée comme un pays étranger. Il a été déclaré coupable d'avoir obtenu des marchandises par faux semblants à Durham, les juges ayant généralement semblé considérer que la substance de l'infraction était l'acquisition de marchandises et non les faux semblants. Le juge Bruce a cependant énoncé une autre théorie qui étaye aussi la position de l'appelant. À son avis, il était possible d'instruire l'infraction là où elle avait été consommée, c.-à-d. à Durham, même si certains de ses éléments pouvaient avoir été accomplis tout à fait en dehors du ressort.

La Court of Criminal Appeal a aussi utilisé la théorie de la «consommation de l'infraction» dans l'arrêt *R. v. Stoddart* (1909), 2 Cr. App. R. 217, mais à l'égard de faits qui sont quelque peu opposés à ceux de l'arrêt *Ellis*. Dans cette affaire, des mandats postaux obtenus par faux semblants avaient été postés en Angleterre et reçus par l'agent du défendeur à l'étranger. La cour a conclu que les cours criminelles anglaises avaient compétence, jugeant que l'infraction était consommée au moment où les lettres contenant les mandats postaux ont été mises à la poste, un point de vue compatible avec les arrêts où on a conclu qu'un contrat est parfait lorsque l'acceptation de l'offre est mise à la poste.

L'application de l'un ou l'autre du critère de la substance de l'infraction ou de celui de la consommation de l'infraction a pour effet de limiter la compétence des tribunaux en matière criminelle à un seul endroit, savoir celui où l'élément essentiel de l'infraction a été accompli ou celui où l'infraction a été consommée. Cela ne semble pas s'être produit dans les quelques affaires publiées au cours des cinquante années suivantes. Dans certains cas, les tribunaux ont pu éviter tout effet restrictif en inventant la notion de continuité des infractions. Ainsi dans l'arrêt *R. v. Mackenzie and Higginson* (1910), 6 Cr. App. R. 64, l'accusé Mackenzie avait été inculpé d'avoir incité une fillette à avoir des relations sexuelles avec Higginson. Tout ce qui tenait du proxénétisme s'était produit en Écosse, mais les relations sexuelles avaient eu lieu à Londres. La cour a conclu que l'infraction de proxénétisme est continue et que,

recent cases; see *R. v. Robert Millar (Contractors) Ltd.*; *R. v. Millar*, [1970] 2 Q.B. 54 (C.A.); *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, *supra*; *R. v. Baxter*, [1972] 1 Q.B. 1 (C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Doot*, *supra*.

Occasionally, the courts sought refuge in the definition of the offence. Thus in *R. v. Lyle* (1924), 18 Cr. App. R. 59, the accused was charged with causing the proceeds of a cheque to be converted to his own use. The offence began in Accra on the Gold Coast but was not completed until the proceeds were paid to him in London. This approach has also been followed recently in the cases cited in the last paragraph.

Whether the courts during this period seriously intended to depart from the *rationale* in the early cases like *Nillins*, *Holmes*, and *Peters* it is difficult to say. The cases we have discussed were really not inconsistent with them and interestingly in *Lyle* the Court of Criminal Appeal clearly contemplated that the accused could have been charged with some of the offences both in London and in Accra. However that may be, it is clear that later, during the 1960's, the English courts did take seriously the notion that an offence could take place at one single locus, whether that was where the offence was completed or where the gist, gravamen or essential element of the offence took place. This approach was also encouraged by the views of a respected academic, Professor Glanville Williams; see "Venue and the Ambit of Criminal Law" (1965), 81 *L.Q.R.* 276, 276-288, 395-421, 518 *et seq.*

Discussion of this period may conveniently begin with the House of Lords' decision in *Board of Trade v. Owen*, *supra*, in 1957, although as I will attempt to explain that case is frequently misunderstood and is clearly inconsistent with any theory that an offence takes place where the gravamen or gist of the offence occurs. In that case, the accused were convicted of conspiring in London to defraud an export control department

puisqu'une partie du proxénétisme s'était déroulée en Angleterre, la cour avait compétence. La même solution a été appliquée dans des arrêts plus récents: voir *R. v. Robert Millar (Contractors) Ltd.*; *R. v. Millar*, [1970] 2 Q.B. 54 (C.A.); *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, précité; *R. v. Baxter*, [1972] 1 Q.B. 1 (C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Doot*, précité.

À l'occasion, les tribunaux ont cherché refuge dans la définition de l'infraction. Ainsi dans l'arrêt *R. v. Lyle* (1924), 18 Cr. App. R. 59, l'accusé était inculpé de détournement du montant d'un chèque. L'infraction avait commencé à Accra (Côte de l'Or), mais n'a été consommée que lorsque qu'il a touché le montant du chèque à Londres. Ce point de vue a aussi été adopté récemment dans les affaires mentionnées à l'alinéa précédent.

Il est difficile de dire si les cours, pendant cette période, ont vraiment eu l'intention de s'écarter du raisonnement suivi dans les arrêts antérieurs comme *Nillins*, *Holmes* et *Peters*. Les arrêts que nous avons étudiés n'étaient pas vraiment incompatibles avec ceux-ci et, ce qui est intéressant, dans l'arrêt *Lyle* la Court of Criminal Appeal a manifestement considéré que l'accusé aurait pu être inculpé de certaines des infractions aussi bien à Londres qu'à Accra. Quoi qu'il en soit, il est manifeste que plus tard, pendant les années soixante, les tribunaux anglais ont attaché de l'importance à la notion qu'une infraction ne pouvait se produire qu'à un seul endroit, que ce soit celui où l'infraction a été consommée ou celui de l'accomplissement de la substance, de la matière ou de l'élément essentiel de l'infraction. Le point de vue de l'auteur respecté, le professeur Glanville Williams, favorise également cette solution; voir «Venue and the Ambit of Criminal Law» (1965), 81 *L.Q.R.* 276, 276-288, 395-421, 518 et suiv.

L'analyse de cette période pourrait d'abord porter sur l'arrêt *Board of Trade v. Owen*, précité, rendu en 1957 par la Chambre des lords bien que, comme j'essaierai de l'expliquer, cet arrêt soit souvent mal interprété et manifestement incompatible avec toute théorie selon laquelle l'infraction est commise à l'endroit où s'accomplit la substance ou matière de l'infraction. Dans cette affaire, les accusés ont été déclarés coupables d'avoir com-

of the Federal Republic of Germany by causing the department to grant licences to export certain metals from Germany by fraudulently representing to the department that the metals would be supplied to Irish manufacturers, the accused well knowing that they would in fact be exported to Eastern Bloc countries. The conviction was, however, quashed by the Court of Criminal Appeal and a further appeal from this decision to the House of Lords was dismissed.

In considering that case, it should first be underlined that the conspiracy charged was a common law conspiracy. It involved an agreement in England to commit a crime or to effect an unlawful purpose abroad. It should also be noted that the House, at p. 622, viewed the evidence as showing "that the [false] representations were in fact made in Germany and the licence was issued there". Lord Tucker, who gave the major judgment, carefully distinguished that situation from the conviction for conspiracy to utter forged documents in count 5, which was not appealed, under which he noted, again at p. 622, that "the crime designed to be committed was the uttering of a forged document in this country with intent to defraud, it being immaterial whether the person or persons to be defrauded were in Germany or elsewhere".

In coming to its conclusion, the House of Lords expressly stated that it was not departing from the long established view that the gist of the offence of conspiracy was the agreement, which in that case had clearly been effected in England. The *rationale* of the decision is that the Law Lords simply did not wish to extend the courts' jurisdiction over criminal acts by the technique of conspiracy, which they described as "an already indeterminate field". That offence, it was noted, was devised as a means of preserving the Queen's peace within the realm by preventing the commission of an offence even before it reached the stage of an attempt. The fact that the object of the agreement was to take place outside the realm was, therefore,

ploté à Londres en vue de frauder le ministère de la République fédérale d'Allemagne chargé de contrôler les exportations, en amenant ce ministère à accorder des permis d'exporter certains métaux hors d'Allemagne en lui déclarant faussement que ces métaux seraient fournis à des manufacturiers irlandais alors que les accusés savaient très bien qu'en réalité les métaux seraient exportés à des pays de l'Est. La Court of Criminal Appeal a toutefois infirmé la déclaration de culpabilité et la Chambre des lords a rejeté le pourvoi formé contre cette décision.

En examinant cette affaire, il faut d'abord souligner que le complot reproché est un complot de *common law*. Il comportait une entente, intervenue en Angleterre, en vue de commettre un crime ou de réaliser un dessein illicite à l'étranger. Il faut aussi noter que la Chambre des lords a considéré que la preuve démontrait à la p. 622 [TRADUCTION] «que les [fausses] déclarations ont été, en réalité, faites en Allemagne et que le permis y a été délivré». Lord Tucker, qui a rédigé le jugement de la majorité, a soigneusement fait la distinction entre cette situation et la déclaration de culpabilité de complot en vue d'utiliser des documents contrefaits qui n'a fait l'objet d'aucun appel et que vise le chef d'accusation n° 5, à propos duquel il souligne, aussi à la p. 622, que [TRADUCTION] «le crime que l'on projetait de commettre était l'emploi d'un document contrefait dans l'intention de frauder, il est sans importance que la ou les victimes de la fraude aient été en Allemagne ou ailleurs».

En tirant cette conclusion, la Chambre des lords dit expressément qu'elle ne s'écarte pas du point de vue accepté depuis longtemps selon lequel la substance de l'infraction de complot est l'entente qui, dans cette affaire, est clairement intervenue en Angleterre. Le raisonnement sur lequel se fonde la décision est que les lords juges n'ont tout simplement pas voulu étendre la compétence de la cour à des actes criminels en utilisant la technique du complot qu'ils ont décrite comme [TRADUCTION] «un domaine déjà vague». Ils soulignent que cette infraction a été conçue comme un moyen de préserver la paix de Sa Majesté dans le royaume en empêchant la perpétration d'une infraction même avant qu'elle n'atteigne le stade de la tentative. Le

not irrelevant. The Law Lords left open the question whether a different conclusion might be warranted if the conspiracy resulted in some harmful effect in England, an approach soon adopted by the Court of Appeal in *R. v. Cox*, [1968] 1 All E.R. 410, and in later cases.

Whether the policy underlying the *Owen* case is sound and whether it accords with the Canadian position, I need not for the moment examine. Suffice it to say that it has nothing to do with the mechanical exercise of determining where the gist or gravamen of the offence took place. Indeed, as I noted, the House of Lords held there was no jurisdiction to try the offence in the English courts despite its express finding that the agreement constituting the gravamen of the offence took place in England.

Nonetheless in *R. v. Harden*, [1962] 1 All E.R. 286, the Court of Criminal Appeal again resorted to the expedient of determining where the acts constituting the gist of the offence had taken place and where the criminal act had been completed in determining the question of jurisdiction. There the accused carried on a business in Eastbourne, England of selling refrigerators, many of which were sold on hire-purchase terms. To assist in financing the sales he made an arrangement with a finance company for what he called discounting of the hire purchase agreements, *i.e.*, he would assign the agreements to the finance company for the sum owing less the company charges. These amounts were paid, in accordance with the contract between them, by a cheque posted in Jersey made payable to a company controlled by the accused. From time to time the accused forwarded a fictitious hire purchase agreement to the finance company, as a result of which the accused was ultimately charged in England with obtaining money by false pretences. The court held, following *Ellis*, that he could not be convicted because the gist of the offence, which was the obtaining of the money, was completed in Jersey. The contract between the

fait que l'objet de l'entente devait se réaliser hors du royaume n'était donc pas sans importance. Mais les lords juges n'ont pas résolu la question de savoir si une conclusion différente aurait pu être justifiée si le complot avait eu des conséquences néfastes en Angleterre, un point de vue adopté rapidement par la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Cox*, [1968] 1 All E.R. 410, et dans d'autres arrêts subséquents.

Il ne m'est pas nécessaire pour l'instant d'examiner si le principe qui sous-tend l'arrêt *Owen* est valable et s'il est conforme à la position canadienne. Qu'il suffise de dire qu'il n'a rien à voir avec la simple détermination du lieu où s'est accomplie la substance ou la matière de l'infraction. En réalité, comme je l'ai déjà fait remarquer, la Chambre des lords a statué que les tribunaux anglais n'avaient pas compétence pour instruire l'infraction même si elle avait conclu expressément que l'entente constituant la matière de l'infraction était intervenue en Angleterre.

Néanmoins, dans l'arrêt *R. v. Harden*, [1962] 1 All E.R. 286, la Court of Criminal Appeal a de nouveau eu recours à l'expédient qui consiste à déterminer le lieu où les actes qui constituent la matière de l'infraction ont été accomplis et le lieu où l'infraction criminelle a été consommée pour trancher la question de compétence. Dans cette affaire, l'accusé exploitait une entreprise de vente de réfrigérateurs à Eastbourne, en Angleterre; bon nombre de ces ventes étaient faites sous forme de location-achat. Pour faciliter le financement des ventes, il avait convenu avec une société de crédit de faire ce qu'il a appelé l'escompte des contrats de location-achat, c.-à-d. qu'il cédait les contrats à la société de crédit pour le solde dû, moins les frais prélevés par la société. Conformément à la convention intervenue entre eux, ces montants étaient versés par chèque posté dans l'île de Jersey et payable à une société contrôlée par l'accusé. À l'occasion, l'accusé faisait parvenir à la société de crédit un contrat de location-achat fictif ce pourquoi l'accusé a, en fin de compte, été inculpé en Angleterre d'avoir obtenu des fonds par faux semblants. Suivant l'arrêt *Ellis*, la cour a conclu que l'accusé pouvait être déclaré coupable parce que la

parties made it clear that the parties intended that property in the cheque passed on posting.

The correctness of this case was later doubted by Lord Diplock in the House of Lords in *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, even though the House itself had used similar reasoning shortly before in an extradition case, though it had there held the court had jurisdiction; see *Athanassiadis v. Government of Greece*, [1969] 3 All E.R. 293. Later still the Court of Appeal in *R. v. Tirado* (1974), 59 Cr. App. R. 80, carefully confined *Harden* to its own facts, *i.e.*, to cases where the parties have agreed to the place where delivery is to be made. But that situation must rank as a classic instance of the fallacy of transplanting a category to an inappropriate area. The fact that the parties decide that the posting of a letter shall mark the beginning of the contract has nothing to do with the policies that should guide a court in exercising criminal jurisdiction over a transnational transaction. *Harden* has, it is true, been followed recently but that was simply on the basis of *stare decisis*; see *R. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Khubchandani* (1980), 71 Cr. App. R. 241 (Div. Ct.) On the basis of subsequent cases to be examined later, it seems clear that only the *coup de grâce* now remains to be administered.

I have elaborated on the treatment of *Harden* because it was heavily relied on, along with *Ellis*, *Owen* and *Cox*, *supra*, in *R. v. Brixton Prison Governor, Ex parte Rush*, *supra*, which forms the cornerstone of the appellant's case. There Canada sought to obtain the surrender of the accused from Great Britain under the English *Fugitive Offenders Act 1967* for a number of offences based on facts on all fours with the present case, and, indeed, including some of the same participants. There, too, the "boiler room" was in Ontario and the people defrauded were United States residents

substance de l'infraction, savoir l'obtention des fonds, avait été consommée dans l'île de Jersey. La convention intervenue entre les parties prévoyait clairement qu'elles avaient voulu que la propriété du chèque soit transférée au moment de sa mise à la poste.

Plus tard, la justesse de cet arrêt a été mise en doute par lord Diplock de la Chambre des lords dans l'arrêt *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, précité, même si la Chambre elle-même avait peu de temps auparavant utilisé un raisonnement analogue dans une affaire d'extradition pour conclure que la cour avait compétence; voir *Athanassiadis v. Government of Greece*, [1969] 3 All E.R. 293. Encore plus tard, dans l'arrêt *R. v. Tirado* (1974), 59 Cr. App. R. 80, la Cour d'appel a pris soin de limiter l'application de l'arrêt *Harden* à ses propres faits, c.-à-d. aux affaires où les parties ont convenu de l'endroit où la livraison serait faite. Mais cet état de choses doit être perçu comme un exemple classique de l'erreur qui consiste à transposer une catégorie dans un domaine inapproprié. Le fait que les parties décident que la mise à la poste d'une lettre marquera le commencement du contrat n'a rien à avoir avec les principes qui doivent guider une cour dans l'exercice de sa compétence criminelle sur une opération qui comporte un élément d'extranéité. Il est vrai que l'arrêt *Harden* a été suivi récemment, mais uniquement par application du principe du *stare decisis*; voir *R. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Khubchandani* (1980), 71 Cr. App. R. 241 (Cour div.) Compte tenu des arrêts subséquents que nous étudierons plus loin, il semble clair qu'il ne reste plus qu'à lui asséner le coup de grâce.

J'ai insisté sur l'analyse de l'arrêt *Harden* parce qu'il a été invoqué avec beaucoup d'insistance, tout comme les arrêts *Ellis*, *Owen* et *Cox*, précités, dans l'arrêt *R. v. Brixton Prison Governor, Ex parte Rush*, précité, qui constitue l'assise de l'argumentation de l'appelant. Dans cette affaire, le Canada a demandé l'extradition de l'accusé de la Grande-Bretagne en vertu de la *Fugitive Offenders Act 1967* anglaise à cause d'un certain nombre d'infractions relatives à des faits semblables à ceux de l'espèce et qui comportaient certains des mêmes participants. Dans cette affaire égale-

who were invited to send their cheques for the stocks to Panama or Nassau. The charge discussed in the case is one of conspiracy to obtain goods by false pretences. The court refused to surrender the accused on that count since in its view the crime did not take place in Canada even though the cheques were obtained from the victims of the fraud either when they posted them in the United States or, at the latest, when they were received in Panama or Nassau at which point the indictable offence ended. What then happened to the cheques, the court continued, was neither here nor there.

I shall have more to say about the *Rush* case later. For the moment, I shall confine myself to a discussion of the more recent English cases, which clearly indicate that the type of reasoning in *Rush* and *Harden* no longer finds favour in the English courts.

The first of these cases is *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, decided by the House of Lords in 1971. There the accused in England posted a letter written by him to a woman in West Germany in which he demanded money or face exposure of her private life. He was charged with blackmail in England, *i.e.*, with making an unwarranted demand with menaces. He objected to the court's jurisdiction, but the objection was overruled. On appeal to the Court of Appeal, John Stephenson J., giving the judgment of the court, held that the English courts had jurisdiction to try the offence, the demand having been first made when the letter was posted. He added, at p. 543, that the appellant might also be triable in Germany because "it may be right to regard the demand as continuing until it is received". A majority of the House of Lords agreed that blackmail was committed when the letter was posted but found it unnecessary to decide whether the demand could be considered as continuing until the letter was received. Lord Reid and Lord Morris of Borth-y-Gest, however, dissented on the

ment, l'entreprise de vente d'actions frauduleuses par téléphone était située en Ontario et les victimes de la fraude étaient des résidants des États-Unis qui étaient invités à faire parvenir leurs chèques pour les actions à Panama ou à Nassau. L'accusation dont il y est question est celle de complot en vue d'obtenir des biens par faux semblants. La cour a refusé de livrer l'accusé relativement à ce chef d'accusation puisque, à son avis, le crime n'a pas été commis au Canada, même si les chèques ont été obtenus des victimes de la fraude soit au moment où elles les ont mis à la poste aux États-Unis, soit, au plus tard, lorsqu'ils ont été reçus à Panama ou à Nassau, moment auquel l'acte criminel a pris fin. Ce qui est advenu des chèques par la suite, d'ajouter la cour, est sans importance.

Je reviendrai plus loin sur l'arrêt *Rush*. Pour le moment, je me bornerai à analyser les arrêts anglais plus récents qui indiquent manifestement que le genre de raisonnement suivi dans les arrêts *Rush* et *Harden* ne s'attire plus les bonnes grâces des tribunaux anglais.

Le premier de ces arrêts est *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, précité, rendu par la Chambre des lords en 1971. Dans cette affaire, l'accusé qui se trouvait en Angleterre avait mis à la poste une lettre qu'il avait lui-même écrite à une femme d'Allemagne de l'Ouest, dans laquelle il exigeait le versement d'une somme d'argent à défaut de quoi il étalerait au grand jour sa vie privée. Il a été accusé de chantage en Angleterre, c-à-d. d'avoir fait une demande injustifiée accompagnée de menaces. Il a contesté la compétence du tribunal, mais son objection a été rejetée. Le juge John Stephenson, qui a rendu le jugement de la Cour d'appel, a conclu que les tribunaux anglais avaient compétence pour instruire l'infraction puisque la demande avait d'abord été faite au moment où la lettre avait été mise à la poste. Il a ajouté, à la p. 543, que l'appelant aurait pu aussi être jugé en Allemagne parce que [TRADUCTION] «il est peut-être juste de considérer que la demande se continue jusqu'à ce qu'elle soit reçue». La Chambre des lords à la majorité a été d'accord pour dire que le chantage a été commis au moment

ground that the offence was not completed until the letter was received.

Lord Diplock agreed with the majority but also decided the case on broader grounds. In his view, if the facts alleged and proved constitute the offence charged, the only reason (the technicalities of venue being jurisdictional and long ago abolished) for refusing to convict was to be found in the international rules of comity which it must be presumed Parliament did not intend to break. But he interpreted comity narrowly to attempts to regulate conduct abroad and not in the United Kingdom. As he put it, at p. 561:

> It would be an unjustifiable interference with the sovereignty of other nations over the conduct of persons in their own territories if we were to punish persons for conduct which did not take place in the United Kingdom and had no harmful consequences there. But I see no reason in comity for requiring any wider limitation than that upon the exercise by Parliament of its legislative power in the field of criminal law.

In particular he noted that comity did not prevent Parliament from prohibiting conduct in England that has consequences abroad. Nor did it give immunity to persons abroad for conduct there that has harmful consequences in England. He continued at pp. 561-62:

> There is no rule of comity to prevent Parliament from prohibiting under pain of punishment persons who are present in the United Kingdom, and so owe local obedience to our law, from doing physical acts in England, notwithstanding that the consequences of those acts take effect outside the United Kingdom. Indeed, where the prohibited acts are of a kind calculated to cause harm to private individuals it would savour of chauvinism rather than comity to treat them as excusable merely on the

où la lettre a été mise à la poste, mais a jugé inutile de déterminer si on pouvait considérer que la demande se continuait jusqu'à la réception de la lettre. Toutefois, lord Reid et lord Morris of Borth-y-Gest ont exprimé une dissidence fondée sur le motif que l'infraction n'a été consommée que lorsque la lettre a été reçue.

Lord Diplock s'est rallié à l'avis de la majorité, mais a aussi statué sur l'affaire en fonction de motifs plus généraux. À son avis, si les faits allégués et prouvés constituent l'infraction reprochée, la seule raison de refuser de déclarer coupable (puisque les formalités relatives au lieu du procès sont des questions de compétence et sont abolies depuis longtemps) doit se trouver dans les règles internationales de courtoisie auxquelles, doit-on présumer, le Parlement n'a pas voulu manquer. Il interprète cependant cette courtoisie de façon restrictive comme ne s'appliquant qu'aux tentatives de contrôler des actes accomplis à l'étranger et non au Royaume-Uni. Il s'exprime ainsi (à la p. 561):

> [TRADUCTION] Ce serait porter une atteinte injustifiable à la souveraineté des autres pays relativement à la conduite de personnes qui se trouvent sur leur propre territoire si nous devions punir quelqu'un pour des actes qui n'ont pas été accomplis au Royaume-Uni et qui n'y ont eu aucune conséquence néfaste. Par contre, je ne vois aucun motif de courtoisie d'exiger une limitation plus grande que celle-là de l'exercice par le Parlement de sa compétence législative en matière de droit criminel.

En particulier, il souligne que la courtoisie n'empêche pas le Parlement d'interdire en Angleterre des actes qui ont des conséquences à l'étranger. Elle n'a pas pour effet non plus d'accorder l'immunité à des personnes qui sont à l'étranger relativement à des actes qu'elles y ont accomplis et qui ont des conséquences néfastes en Angleterre. Il poursuit, aux pp. 561 et 562:

> [TRADUCTION] Il n'y a pas de règle de courtoisie qui empêche le Parlement d'interdire sous certaines peines à des personnes présentes au Royaume-Uni, qui de ce fait doivent obéissance à nos lois, d'accomplir certains actes concrets en Angleterre même si les conséquences de ces actes se font ressentir hors du Royaume-Uni. En réalité, lorsque les actes interdits sont de nature à causer préjudice à des personnes, il tiendrait plus du chauvinisme que de la courtoisie de les considérer comme excusables

ground that the victim was not in the United Kingdom itself but in some other state.

Nor, as the converse of this, can I see any reason in comity to prevent Parliament from rendering liable to punishment, if they subsequently come to England, persons who have done outside the United Kingdom physical acts which have had harmful consequences upon victims in England. The state is under a correlative duty to those who owe obedience to its laws to protect their interests and one of the purposes of criminal law is to afford such protection by deterring by threat of punishment conduct by other persons which is calculated to harm those interests. Comity gives no right to a state to insist that any person may with impunity do physical acts in its own territory which have harmful consequences to persons within the territory of another state. It may be under no obligation in comity to punish those acts itself, but it has no ground for complaint in international law if the state in which the harmful consequences had their effect punishes, when they do enter its territories, persons who did such acts.

See also his remarks at pp. 564-65.

Lord Diplock's approach was soon followed by the Court of Appeal, Criminal Division, in *R. v. Baxter*, *supra*. There the accused who was resident in Northern Ireland posted letters there addressed to football pool promoters in England falsely claiming that he had correctly forecast the results of football matches and was entitled to winnings. He was charged with attempting to obtain property by deception, but he pleaded that the attempt was completed when the letters were posted in Northern Ireland and in consequence that the attempt was not committed within the jurisdiction of the English courts. The Court of Appeal, however, held that the attempt was a continuing one, and adopted the following ruling of the recorder at p. 11:

The conclusion to which I have come is that the attempts in this case were of a continuing nature. Whenever the defendant posted one of his fraudulent letters in Northern Ireland he set in motion a train of events for which he was solely responsible, the transportation of the letter to Liverpool and its delivery to and reading by the addressee. The reality of the situation is that the

pour le simple motif que la victime se trouve non pas au Royaume-Uni lui-même mais dans un autre pays.

Par contre, je ne puis non plus voir de motif de courtoisie d'empêcher le Parlement de soumettre à une peine, si elles viennent par la suite au Royaume-Uni, des personnes qui ont accompli, hors du Royaume-Uni, des actes concrets qui ont eu des conséquences néfastes sur des victimes qui se trouvent en Angleterre. L'État a une obligation correspondante envers ceux qui doivent obéissance à ses lois de protéger leurs droits, et l'un des buts du droit criminel est d'accorder cette protection en dissuadant autrui, sous menace de sanction, d'accomplir des actes qui visent à porter atteinte à ces droits. La courtoisie n'accorde pas à un État le droit d'affirmer qu'une personne peut impunément accomplir sur son territoire des actes concrets qui ont des conséquences néfastes sur des personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État. Il se peut qu'il n'ait aucune obligation, en vertu de la courtoisie, de punir lui-même ces actes, mais il n'a aucun motif de récriminer, en vertu du droit international, si l'État, où les conséquences néfastes ont été ressenties, punit les auteurs de ces actes lorsqu'ils pénètrent dans son territoire.

Voir également ses observations aux pp. 564 et 565.

Le point de vue de lord Diplock a bientôt été suivi par la Cour d'appel, division criminelle, dans l'arrêt *R. v. Baxter*, précité. Dans cette affaire, l'accusé qui résidait en Irlande du Nord, y avait mis à la poste des lettres adressées aux organisateurs de paris sur les matchs de football en Angleterre, prétendant faussement qu'il avait correctement prédit les résultats de matchs de football et avait droit à des prix. Il fut accusé d'avoir tenté d'obtenir un bien par supercherie, mais il a allégué que la tentative était consommée au moment où les lettres ont été mises à la poste en Irlande du Nord et que, par conséquent, la tentative n'a pas été commise dans le ressort des tribunaux anglais. Cependant, la Cour d'appel a conclu que la tentative était continue et elle a adopté la conclusion suivante du recorder à la p. 11:

[TRADUCTION] La conclusion à laquelle je suis arrivé est que les tentatives en l'espèce étaient de nature continue. Chaque fois que le défendeur a mis à la poste une de ses lettres frauduleuses en Irlande du Nord, il a déclenché une suite d'événements dont il était le seul responsable, le transport de la lettre à Liverpool et sa livraison au destinataire qui en prenait connaissance. En

misrepresentations were designed to be made in England and were made there by the defendant's use of the post. Whether or not these offences are also triable in Northern Ireland, I am of the opinion they are triable here.

The technique of continuing offence was again employed by the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Doot*, *supra*, in 1973 to uphold jurisdiction in the English courts in respect of a conspiracy entered into by aliens abroad to import drugs into England for ultimate shipment to the United States, the drugs having pursuant to the agreement been imported in England. Though the crime could be said to have been complete at the moment of agreement, it was held that the agreement continued while it was being consummated in England. While this appears to have been the approach taken by the majority of the House, several of the Lords expressed themselves in broader terms. Lord Wilberforce, for example, noted at p. 817 that there is no mechanical answer to the issue of jurisdiction in the case of crimes committed in several countries. And Lord Salmon set forth the realism that must prevail in approaching the notion of comity nowadays. At page 831 he had this to say:

> It is surely no mitigation that the defendants intended to commit further crimes by exporting the prohibited drugs from this country. There is unfortunately a ready market in this country for these dangerous drugs. I do not doubt that if the respondents had received an acceptable offer for them here it would have been accepted. However this may be, it hardly seems in accordance with the rules of international comity that our courts should treat the defendants with special leniency because their crimes were more likely to ruin young lives in the United States of America than in this country.

At page 834 he continued:

> I do not believe that any civilised country, even assuming that its own laws do not recognize conspiracy as a criminal offence, could today have any reasonable objection to its nationals being arrested, tried and convicted by English courts in the circumstances to which I have referred. Today, crime is an international problem—perhaps not least crimes connected with the illicit drug traffic—and there is a great deal of cooperation between the nations to bring criminals to justice. Great

réalité, le défendeur a eu l'intention de faire les fausses déclarations en Angleterre et elles y ont été faites par son utilisation de la poste. Peu importe que ces infractions puissent également être instruites en Irlande du Nord, je suis d'avis qu'elles peuvent l'être ici.

La Chambre des lords a de nouveau eu recours à la technique de l'infraction continue en 1973 dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Doot*, précité, pour confirmer la compétence des tribunaux anglais à l'égard d'un complot formé par des étrangers hors du pays en vue d'importer des drogues en Angleterre et de les réexpédier aux États-Unis, les drogues ayant été importées en Angleterre conformément à l'entente des conspirateurs. Même si on pouvait dire que l'infraction était consommée au moment de l'entente, on a conclu que cette entente persistait pendant qu'elle était consommée en Angleterre. Bien que cela semble avoir été le point de vue adopté par la Chambre à la majorité, plusieurs des lords se sont exprimés en termes plus généraux. Lord Wilberforce souligne par exemple, à la p. 817, qu'il n'y a pas de réponse toute faite à la question de la compétence dans le cas de crimes commis dans plusieurs pays. Lord Salmon parle ensuite du réalisme dont on doit faire preuve en abordant la notion de courtoisie de nos jours. Il dit à la p. 831:

> [TRADUCTION] Que les défendeurs aient eu l'intention de commettre d'autres crimes en exportant les drogues prohibées hors du pays n'est certes pas une circonstance atténuante. Il y a malheureusement un marché facile ici pour ces drogues dangereuses. Je ne doute pas que si les intimés avaient eu une offre acceptable pour celles-ci ici, ils l'aurait acceptée. Quoi qu'il en soit, il ne semble guère conforme aux règles de courtoisie internationale que nos tribunaux doivent traiter les accusés avec une indulgence particulière parce que leurs crimes devaient plus probablement gâcher la vie de jeunes aux États-Unis plutôt qu'ici.

Il poursuit à la p. 834:

> [TRADUCTION] Je ne crois pas qu'un pays civilisé, même en supposant que ses propres lois ne considèrent pas le complot comme une infraction criminelle, puisse s'opposer de façon raisonnable à ce que ses ressortissants soient arrêtés, jugés et déclarés coupables par des tribunaux anglais dans les circonstances que j'ai mentionnées. De nos jours, le crime est un problème international—surtout les crimes liés au trafic des drogues illicites—et il y a une coopération intense entre les pays en vue de

care also is taken by most countries to do nothing which might help their own nationals to commit what would be crimes in other countries: see, for example, section 3 (2) of the Dangerous Drugs Act 1965.

. . .

In any event, the rules of international comity are not static and I do not believe that in the modern world nations are nearly as sensitive about exclusive jurisdiction over crime as they may have been formerly.

The approach in *Treacy* and in *Doot* has been followed in later cases. In *R. v. Wall*, [1974] 1 W.L.R. 930 (C.A.), it was held that acts done abroad in order to further the fraudulent evasion of a restriction on importation of drugs into the United Kingdom were punishable under the relevant statute. As Cairns L.J., speaking for the court, noted at p. 934: "If it were not so, a person abroad who slipped a package containing a dangerous drug into the luggage of an innocent passenger who then brought it into this country would not be punishable . . . ."

Again in *Secretary of State for Trade v. Markus*, [1976] A.C. 35, which also featured "a gigantic international swindle", Lord Diplock, giving the majority judgment in the House of Lords, stated that in the case of a "result crime" of the same general nature as obtaining by false pretence, the offence is justiciable in England if any part of the proscribed result takes place in England. There the proscribed result was taking part in arrangements by victims of the fraudulent inducements. However, it was not necessary there to canvas the broad approach he had taken in *Treacy*.

It cannot at this juncture be stated that the broad approach of Lords Diplock and Salmon has been definitively adopted in England. But the simple fact is that since the English cases relied upon by the appellant were decided, the English courts have decisively begun to move away from definitional obsessions and technical formulations aimed at finding a single *situs* of a crime by

traduire les criminels en justice. La plupart des pays prennent également bien soin de ne rien faire qui puisse aider leurs propres ressortissants à faire ce qui constituerait un crime dans d'autres pays: voir, par exemple, le par. 3(2) de la *Dangerous Drugs Act 1965*.

. . .

De toute façon, les règles de courtoisie internationale ne sont pas figées et je ne crois pas que dans le monde moderne, les États soient aussi jaloux de leur compétence exclusive en matière criminelle qu'ils ont pu l'être dans le passé.

Le point de vue adopté dans les arrêts *Treacy* et *Doot* a été suivi dans des arrêts subséquents. Dans l'arrêt *R. v. Wall*, [1974] 1 W.L.R. 930 (C.A.), on a conclu que les actes accomplis à l'étranger dans le but de se soustraire frauduleusement à la restriction d'importer des drogues au Royaume-Uni étaient punissables en vertu de la loi applicable. Le lord juge Cairns, s'exprimant au nom de la cour, souligne ce qui suit, à la p. 934: [TRADUCTION] «S'il n'en était pas ainsi, une personne à l'étranger, qui glisse un colis contenant une drogue dangereuse dans les bagages d'un passager innocent qui l'apporte ensuite ici, ne pourrait être punie. . .»

De nouveau, dans l'arrêt *Secretary of State for Trade v. Markus*, [1976] A.C. 35, qui portait aussi sur [TRADUCTION] «une escroquerie internationale de grande envergure», lord Diplock, qui a rendu le jugement de la Chambre des lords à la majorité, affirme que dans le cas d'un «crime de résultat» de la même nature générale que l'obtention par faux semblant, l'infraction peut être jugée en Angleterre si une partie quelconque du résultat proscrit se produit en Angleterre. Dans cette affaire, le résultat proscrit consistait à participer à des arrangements pris par les victimes des manœuvres frauduleuses. Il n'y était cependant pas nécessaire d'examiner à fond le point de vue général qu'il avait adopté dans l'arrêt *Treacy*.

On ne peut à ce moment-ci affirmer que le point de vue général de lord Diplock et lord Salmon a été adopté de façon définitive en Angleterre. Mais il reste que depuis que les décisions anglaises invoquées par l'appelant ont été rendues, les tribunaux anglais ont certainement commencé à s'écarter des obsessions définitionnelles et des formules techniques destinées à trouver un seul lieu du

locating where the gist of the crime occurred or where it was completed. Rather, they now appear to seek by an examination of relevant policies to apply the English criminal law where a substantial measure of the activities constituting a crime take place in England, and restrict its application in such circumstances solely in cases where it can seriously be argued on a reasonable view that these activities should, on the basis of international comity, be dealt with by another country. Indeed, while the English courts in the past gave a variety of differing reasons, sometimes inconsistent, it can fairly be said that, with some muddling through, this is substantially what, with the exception of a relatively few cases, they have done over the last century.

crime en déterminant l'endroit où la substance de ce crime s'est accomplie ou l'endroit où il a été consommé. Plutôt, ils semblent maintenant chercher à appliquer, par un examen des principes pertinents, le droit criminel anglais lorsqu'une partie importante des activités qui constituent un crime a eu lieu en Angleterre et à en restreindre l'application dans ces circonstances aux seules affaires où l'on peut sérieusement soutenir, pour des motifs raisonnables, qu'en vertu de la courtoisie internationale ces activités devraient être instruites dans un autre pays. En réalité, alors que les tribunaux anglais ont, par le passé, donné une série de motifs divergents et parfois incompatibles, on peut dire assez justement que c'est en substance ce qu'ils ont fait tant bien que mal au cours du siècle dernier, sauf dans un nombre de cas relativement petit.

The Canadian Background

Canada, as a British colony, of course, inherited the English tradition of territoriality in criminal jurisdiction, and indeed it is incorporated into s. 5(2) of the *Criminal Code* which sets forth the general rule that no person shall be convicted for an offence committed outside Canada.

In assessing Canada's experience this country's original colonial status must not be overlooked. During the early period following Confederation, Canadian courts tended to confine not only criminal but civil legislation strictly within Canadian territory. This was undoubtedly owing to concerns flowing from its condition of dependency reflected in the general doctrine of extra-territoriality. It was not for many years that, in the words of Lord Macmillan in *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156, at p. 163, Canadian legislation having extra-territorial implications could be viewed without regard to "any other consideration than is applicable to the legislation of a fully Sovereign State". Such limitations were not formally removed until the *Statute of Westminster, 1931*.

Le contexte canadien

À titre de colonie britannique, le Canada a évidemment hérité de la tradition anglaise de la territorialité pour ce qui est de la compétence en matière criminelle, laquelle est en fait consacrée au par. 5(2) du *Code criminel* qui énonce la règle générale portant que nul ne doit être condamné pour une infraction commise hors du Canada.

En évaluant l'expérience du Canada, il ne faut pas oublier son statut premier de colonie. Pendant la période qui a suivi immédiatement la Confédération, les tribunaux canadiens ont eu tendance à limiter non seulement le droit criminel mais aussi le droit civil strictement au territoire canadien. Cette attitude résultait sans doute de préoccupations qui découlaient de la situation de dépendance du pays qui se reflétait dans le principe général de l'extra-territorialité. Ce n'est que plusieurs années plus tard que, selon les paroles de lord Macmillan dans l'arrêt *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156, à la p. 163, il a été possible de considérer des dispositions législatives canadiennes ayant une portée extra-territoriale sans tenir compte [TRADUCTION] «d'aucun autre facteur que ceux applicables aux lois d'un État complètement souverain». Ce n'est qu'avec le *Statut de Westminster, 1931* que ces restrictions ont été supprimées formellement.

The restrictive character of judicial interpretation of Canadian legislative ambit can be seen in the early case of *R. v. Blythe* (1895), 1 C.C.C. 263 (B.C.C.A.), where an accused had by letters written in Victoria B.C. induced a girl under sixteen to leave the State of Washington where she lived with her parents to come to stay with him in Victoria. He met her when she arrived in Canada and took her to his home. He was acquitted on a charge of abduction, albeit by a 3 - 2 majority, on the ground that the abduction took place in the State of Washington.

A case of that kind would seem to invite the application of the notion of a continuing offence, but neither the majority nor the minority considered this possibility. Nor, indeed, was it considered in *Re Gertie Johnson* (1904), 8 C.C.C. 243 (B.C.S.C.), a procuration case the facts of which bear a close similarity to the English case of *Mackenzie and Higginson*, *supra*, where that offence was construed as continuing. For other early cases where Canadian courts strictly confined criminal offences to Canadian territory, see *R. v. Wettman* (1894), 1 C.C.C. 287 (Ont. H.C.), and *R. v. Walkem* (1908), 14 C.C.C. 122 (B.C.C.A.) The territorial limitations then thought to be imposed by international law and British constitutional law can readily be discerned from reading *In Re Criminal Code Sections Relating to Bigamy* (1897), 27 S.C.R. 461.

A restricted view of the territorial application of criminal law may still occasionally be found in some cases even in fairly recent years; see for example, *United States of America v. Novick* (1960), 128 C.C.C. 319 (Que. S.C.), where the court narrowly restricted the offence of using the mails to defraud to restrict the place of commission to the place where a letter was posted and not where it was received. But generally speaking from about 1910, Canadian courts tended not to confine criminal offences as strictly to Canadian territory.

Le caractère restrictif de l'interprétation judiciaire de la portée du droit canadien ressort de l'arrêt ancien *R. v. Blythe* (1895), 1 C.C.C. 263 (C.A.C.-B.), dans lequel l'accusé avait, au moyen de lettres écrites à Victoria (C.-B.), amené une jeune fille de moins de seize ans à quitter l'État de Washington où elle vivait avec ses parents pour venir habiter avec lui à Victoria. Il l'avait rencontrée à son arrivée au Canada et l'avait amenée chez lui. Il a été acquitté d'une accusation d'enlèvement, quoique par une majorité de trois juges contre deux, pour le motif que l'enlèvement avait eu lieu dans l'État de Washington.

Il semble qu'une affaire de ce genre aurait pu porter à appliquer la notion d'infraction continue, mais ni les juges formant la majorité ni ceux formant la minorité n'ont envisagé cette possibilité. Cela n'a pas d'ailleurs été envisagé dans l'arrêt *Re Gertie Johnson* (1904), 8 C.C.C. 243 (C.S.C.-B.), une affaire de proxénétisme dont les faits ressemblent beaucoup à ceux de l'arrêt anglais *Mackenzie and Higginson*, précité, dans lequel cette infraction a été interprétée comme continue. Pour d'autres arrêts anciens où les tribunaux canadiens ont strictement limité les infractions criminelles au territoire canadien, voir *R. v. Wettman* (1894), 1 C.C.C. 287 (C.A. Ont.), et *R. v. Walkem* (1908), 14 C.C.C. 122 (C.A.C.-B.) Les limites territoriales qu'on croyait alors imposées par le droit international et le droit constitutionnel britannique ressortent clairement à la lecture de l'arrêt *In Re Criminal Code Sections Relating to Bigamy* (1897), 27 R.C.S. 461.

Il est encore possible à l'occasion de trouver une conception limitée de l'application territoriale du droit criminel dans certains arrêts même assez récents: voir, par exemple, l'arrêt *United States of America v. Novick* (1960), 128 C.C.C. 319 (C.S. Qué.), dans lequel la cour a limité strictement l'infraction qui consiste à utiliser le courrier pour commettre une fraude, dans le but de limiter l'endroit de la perpétration de l'infraction au lieu où la lettre a été mise à la poste et non au lieu où elle a été reçue. De façon générale cependant, les tribunaux canadiens ont, depuis 1910 environ, tendance à ne pas limiter aussi strictement les infractions criminelles au territoire canadien.

Interestingly enough, in light of *Board of Trade v. Owen, supra*, that tendency has been particularly evident in cases of conspiracy. An early example is *R. v. Bachrack* (1913), 21 C.C.C. 257 (Ont. C.A.) There the accused were charged with conspiracy to commit an abortion, the abortion having been committed in the United States. The jurisdictional point did not directly arise since the jury found that the accused had conspired to procure the abortion in Ontario. But the judgment of the court given by Meredith J.A. makes it clear that the jurisdictional argument would not have been countenanced. He says at p. 265:

> The law would be lame if it were powerless to reach conspirators so long as they took care to agree to carry into effect their wrongs beyond the borders of the country in which they conspired to do the wrongs. It must be borne in mind always that the crime of conspiracy may be complete without any thing having been done to carry it out.

This approach was followed a few years later by Allan J. of the Superior Court of Quebec in *Ecrement v. Cusson and Connolly* (1919), 33 C.C.C. 135, aff'd. (1920), 30 Que. K.B. 55 (C.A.), which involved a conspiracy to commit robbery. More recently in *Shulman v. The King* (1946), 2 C.R. 153 (Que. C.A.), an objection to jurisdiction to a charge of conspiracy to defraud again failed. The facts resembled those in the present case in many ways. The conspiracy charged there involved an attempt to foist on members of the public outside Canada the shares of a worthless company by people whom Walsh J. described, at p. 156, as "an unholy alliance of swindlers organized in modern trappings". As in the present case, the scheme was organized and developed in Canada, but the monies therefrom were received in England by persons other than the accused although he ultimately obtained a portion of the funds here. Speaking of this aspect, Walsh J. had this to say at p. 156:

> In the eyes of some people only financial gains matter; but there is more to conspiracy than its successful

Assez curieusement, compte tenu de l'arrêt *Board of Trade v. Owen*, précité, cette tendance s'est particulièrement manifestée dans les affaires de complot. Un des premiers exemples est l'arrêt *R. v. Bachrack* (1913), 21 C.C.C. 257 (C.A. Ont.) Dans cette affaire, l'accusé était inculpé de complot en vue de commettre un avortement qui avait été commis aux États-Unis. La question de la compétence ne s'est pas posée directement puisque le jury a conclu que l'accusé avait comploté en vue de procurer l'avortement en Ontario. Cependant, l'arrêt de la cour, rendu par le juge Meredith, précise clairement que l'argument relatif à la compétence n'aurait pas été accepté. Le juge affirme à la p. 265:

> [TRADUCTION] Le droit serait boiteux s'il était impossible qu'il atteigne les comploteurs dans la mesure où ils ont pris soin de convenir de réaliser leurs méfaits hors des limites du pays dans lequel ils ont comploté de les accomplir. Il ne faut jamais oublier que le crime de complot peut être consommé sans que rien n'ait été fait pour le mettre à exécution.

Le juge Allan de la Cour supérieure du Québec a suivi ce point de vue quelques années plus tard dans l'arrêt *Ecrement v. Cusson and Connolly* (1919), 33 C.C.C. 135, confirmé à (1920), 30 B.R. 55 (C.A.), qui portait sur un complot en vue de commettre un vol qualifié. Plus récemment, dans l'arrêt *Shulman v. The King* (1946), 2 C.R. 153 (C.A. Qué.), une objection à la compétence du tribunal relativement à une accusation de complot de fraude a également été rejetée. Les faits ressemblent à ceux de l'espèce de plusieurs façons. Le complot reproché dans cette affaire comportait une tentative de refiler à des personnes hors du Canada les actions d'une société sans valeur par des gens que le juge Walsh a décrit à la p. 156 comme [TRADUCTION] «une alliance impie d'escrocs dotés de tout l'attirail moderne». Comme en l'espèce, le complot avait été organisé et mis en œuvre ici, mais les sommes qu'on en tirait étaient touchées en Angleterre par des personnes autres que l'accusé bien que ce dernier ait finalement obtenu une partie de ces fonds ici. Quant à cet aspect, le juge Walsh dit ceci à la p. 156:

> [TRADUCTION] Pour certains, seuls les gains financiers comptent; mais un complot ne se limite pas à sa réussite.

culmination. Its preparation and evolution, even in the case of failure, is reprehensible.

Interestingly, though the courts were willing to find jurisdiction in Canada when the agreement and preparation took place here, they were also ready to hold that the country where the results contemplated by the conspiracy took effect also had jurisdiction though the accused was not present there; see *Re Brisbois* (1962), 133 C.C.C. 188 (Ont. H.C.); *Re Devlin*, [1964] 3 C.C.C. 228 (Ont. Co. Ct.) Thus, as some of the English cases had earlier established, it was possible to prosecute an accused for the same acts in several jurisdictions. Whether an act fell outside the territory was a matter that was approached with some flexibility. And *Brisbois* and *Devlin* were conspiracy cases so it can scarcely be argued that the gist or gravamen of the offence determines its situs. I might add that Canadian cases where a court will exercise jurisdiction over an offence consisting of acts committed abroad that have adverse effects here are not limited to conspiracy; see *Re Hanes and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 420 (Ont. H.C.)

This flexible approach was, however, interrupted in 1965 by a case in the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Selkirk*, [1965] 2 C.C.C. 353, the accused filled out an application form in Ontario for a credit card containing false statements and mailed it to the credit card company in California which sent him a card with which he obtained goods and services on credit at various establishments in Ontario. He was charged and convicted of obtaining credit by fraud, and of defrauding the credit card company be deceit, falsehood or other fraudulent means. On appeal, the first count, which related to his obtaining goods in Canada with the credit card, was upheld even though the card had been issued in the United States because the transactions creating the debts occurred entirely in Canada. The conviction on the second count, of fraudulently obtaining the credit card, however, was quashed. The delivery of the card was made to the accused in California when it was received by the post office, the accused having made the postal

Sa préparation et sa mise en œuvre, même en cas d'échec, sont répréhensibles.

Curieusement, bien que les cours aient été prêtes à conclure que le Canada a compétence lorsque l'entente et la préparation ont eu lieu ici, elles étaient aussi disposées à conclure que le pays où les résultats escomptés du complot se sont produits a également compétence même si l'accusé n'y était pas présent; voir *Re Brisbois* (1962), 133 C.C.C. 188 (H.C. Ont.); *Re Devlin*, [1964] 3 C.C.C. 228 (Cour de comté Ont.) Donc, comme certains arrêts anglais l'avaient déjà établi, il est possible de poursuivre un accusé dans plusieurs ressorts pour les mêmes actes. La question de savoir si un acte ne relevait pas du ressort était abordée avec une certaine souplesse. De plus, les arrêts *Brisbois* et *Devlin* portaient sur des complots de sorte qu'il est difficilement possible de soutenir que la substance ou la matière de l'infraction détermine le lieu où elle a été commise. Je pourrais peut-être ajouter que les arrêts canadiens où une cour a exercé sa compétence à l'égard d'une infraction qui consiste en des actes accomplis à l'étranger et qui ont des effets néfastes ici ne se limitent pas au complot; voir *Re Hanes and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 420 (H.C. Ont.)

Ce point de vue souple a cependant connu une interruption à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario en 1965. Dans l'affaire *R. v. Selkirk*, [1965] 2 C.C.C. 353, l'accusé a rempli en Ontario une formule de demande de carte de crédit sur laquelle il a inscrit des déclarations fausses et il l'a postée à la société de crédit en Californie qui lui a fait parvenir une carte grâce à laquelle il s'est procuré des biens et services à crédit dans divers établissements en Ontario. Il a été accusé et déclaré coupable d'avoir obtenu du crédit par fraude et d'avoir fraudé la société de crédit par supercherie, mensonge ou autres moyens dolosifs. En appel, la décision relative au premier chef d'accusation qui avait trait à l'obtention de marchandises au Canada grâce à la carte de crédit a été confirmée même si la carte de crédit avait été émise aux États-Unis parce que toutes les opérations qui avaient engendré la dette avaient été effectuées au Canada. La déclaration de culpabilité relativement au second chef d'accusation, celui

authorities his agent by mailing his application. From this, the court reasoned, the offence took place in the United States.

But the law did not long remain in that state. The reasoning in the *Selkirk* case was soon rejected by the Manitoba Court of Appeal, Freedman, Guy and Dickson JJ.A. (now C.J.C.), in *R. v. Trudel, Ex parte Horbas and Myhaluk*, [1969] 3 C.C.C. 95. While the case was concerned with an interprovincial transaction, the court's reasoning is nonetheless relevant. The accused were there charged with conspiracy to forge documents. The alleged agreement was made outside Manitoba and the only act that took place in Manitoba was the receipt of false documents by the accused. It was argued, on the basis of *Selkirk*, that delivery of the documents was not an act in the commission of the offence since it was merely the consequence of a mailing that took place in Edmonton. But the court rejected the notion that the principles applicable to the place of formation of civil contracts were applicable to the determination of the place where a crime took place. In deciding the latter question, it noted, other considerations must be invoked, "including the fact that some criminal acts are of a continuing character and may rightly be deemed to occur in more than one jurisdiction".

The same court had acted in a similar way in an earlier case, *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.*, [1966] 4 C.C.C. 29. There the accused were charged under the Manitoba *Securities Act* with unlawfully trading in securities. However, they conducted their activities entirely from Toronto by letters and telephone calls. Here again, the court underlined that an offence could occur in more than one place. It had this to say, at pp. 37-38:

Although offences are local, the nature of some offences is such that they can properly be described as

d'avoir obtenu la carte de crédit par fraude, a été cependant annulée. La carte a été remise à l'accusé en Californie lors de sa réception par le bureau de poste, l'accusé ayant fait du service postal son mandataire en mettant sa demande à la poste. À cause de cela, selon le raisonnement de la cour, l'infraction a été commise aux États-Unis.

Le droit n'est cependant pas resté longtemps dans cet état. La Cour d'appel du Manitoba, composée des juges Freedman, Guy et Dickson (aujourd'hui Juge en chef du Canada) a, peu après, rejeté le raisonnement de l'arrêt *Selkirk* dans l'arrêt *R. v. Trudel, Ex parte Horbas and Myhaluk*, [1969] 3 C.C.C. 95. Bien que l'arrêt vise une opération interprovinciale, le raisonnement de la cour est quand même applicable. L'accusé y a été inculpé de complot en vue de contrefaire des documents. L'entente serait intervenue hors du Manitoba et le seul acte qui a été accompli au Manitoba a été la réception par l'accusé des documents contrefaits. On a soutenu, en s'appuyant sur l'arrêt *Selkirk*, que la livraison des documents ne constituait pas un acte accompli dans le cadre de la perpétration de l'infraction puisqu'il s'agissait simplement de la conséquence de la mise à la poste qui avait été faite à Edmonton. Cependant, la cour a rejeté l'idée que les principes applicables au lieu de formation des contrats civils s'appliquent à la détermination de l'endroit où un crime a été commis. Pour trancher la dernière question, souligne-t-on, d'autres facteurs doivent être invoqués [TRADUCTION] «y compris le fait que certains actes criminels sont de nature continue et peuvent être considérés à bon droit comme commis dans plus d'un ressort».

La même cour avait procédé de façon semblable dans un arrêt antérieur, *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.*, [1966] 4 C.C.C. 29. Dans cette affaire, les accusés étaient inculpés en vertu de la *Securities Act* du Manitoba d'opérations illégales à l'égard de valeurs mobilières. Toutefois, toutes leurs opérations s'étaient déroulées par courrier et par téléphone, à partir de Toronto. Ici encore, la cour a souligné qu'une infraction pouvait avoir lieu à plus d'un endroit. Elle affirme aux pp. 37 et 38:

[TRADUCTION] Bien que des infractions revêtent un caractère local, on peut à juste titre dire de certaines que

occurring in more than one place. This is peculiarly the case where a transaction is carried on by mail from one territorial jurisdiction to another, or indeed by telephone from one such jurisdiction to another. This has been recognized by the common law for centuries.

. . .

I think it completely unrealistic to suggest that when the accused sent their letters by mail from Toronto, Ontario to Shilo, Manitoba, the act of solicitation there represented took place only in Toronto or at most within the borders of Ontario. Such an approach ignores completely the nature and character both of a letter and of the postal service. The invitation put forward by the accused in their letters was a continuing one. It started when written in Toronto; it continued when deposited in the post box there; it did not cease to exist during the period when it was being transported through the postal service (the agency selected for that purpose by the accused); and it retained its vitality and spoke with special effectiveness to McCaffrey at the time when he opened and read the letter in Shilo in Manitoba. It was in this Province that McCaffrey was solicited by the accused to purchase the shares in question, and it was in this Province that McCaffrey responded favourably to such solicitation. I would agree with the learned Magistrate and the learned County Court Judge that what took place in the present case constituted an act of trading in securities within the definition of the *Securities Act* of Manitoba.

These two cases, it is true, related to interprovincial rather than international situations, but it is clear from the rejection in *Trudel* of the reasoning in *R. v. Selkirk* that the court attached no importance to this distinction. In any event, the reasoning in *Trudel* was approved by a panel of five members of the Ontario Court of Appeal, consisting of Gale C.J.O. and McGillivray, Kelly, Laskin (later C.J.C.) and Brooke JJ.A., in 1970 in the important case of *Re Chapman, supra*. While that court refrained from saying that the *situs* of an offence can never be determined on the basis of notions derived from contract or agency, it concluded that the court in *Selkirk* had taken too limited a view. "Since the credit card did reach the accused in Toronto", it noted at p. 53, "there was factual realization of the fraudulent scheme put into motion by the accused, and hence, a sound basis for concluding that if an offence had been

leur nature est telle qu'elles peuvent avoir lieu à plus d'un endroit. C'est particulièrement le cas d'une opération effectuée par la poste, ou même par téléphone, entre deux ressorts différents. La *common law* le reconnaît depuis des siècles.

. . .

Je crois qu'il est tout à fait irréaliste de prétendre que lorsque les accusés ont expédié leurs lettres par la poste de Toronto, en Ontario, à Shilo, au Manitoba, l'acte de sollicitation que cela représente a eu lieu uniquement à Toronto ou, tout au plus, dans les limites de l'Ontario. Une telle façon de voir ne tient pas du tout compte de la nature et du caractère d'une lettre et du service postal. L'invitation lancée par les accusés dans leurs lettres était continue. Elle a commencé au moment de sa rédaction à Toronto; elle s'est poursuivie lorsqu'elle y fut déposée dans la boîte postale; elle n'a pas cessé d'exister pendant la période où elle a été transportée par le service postal (le mandataire choisi à cette fin par les accusés); elle a gardé sa force et s'est révélée particulièrement efficace pour McCaffrey au moment où celui-ci a ouvert et lu la lettre à Shilo, au Manitoba. C'est dans cette province que les accusés ont sollicité McCaffrey pour qu'il achète les actions en cause et c'est dans cette province que McCaffrey a acquiescé à cette sollicitation. Je suis d'accord avec le savant magistrat et le savant juge de la Cour de comté que ce qui s'est produit en l'espèce constitue une opération à l'égard de valeurs mobilières au sens de la définition de la *Securities Act* du Manitoba.

Il est vrai que ces deux arrêts ont trait à des incidents interprovinciaux plutôt qu'internationaux, mais il ressort clairement du rejet, dans l'arrêt *Trudel*, du raisonnement adopté dans l'arrêt *R. v. Selkirk* que la cour n'a pas attaché d'importance à cette distinction. De toute façon, une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, comprenant le juge en chef Gale et les juges McGillivray, Kelly, Laskin (devenu plus tard Juge en chef du Canada) et Brooke, a approuvé le raisonnement de l'arrêt *Trudel*, en 1970, dans l'arrêt important *Re Chapman*, précité. Bien que cette cour se soit abstenue de dire que le lieu d'une infraction ne peut jamais être déterminé en fonction de notions tirées du domaine des contrats ou des mandats, elle a conclu que, dans l'arrêt *Selkirk*, la cour avait adopté un point de vue trop étroit. [TRADUCTION] «Puisque la carte de crédit est parvenue à l'accusé à Toronto», souligne-t-elle à la p. 53, «il y a eu réalisation concrète du projet

committed it was committed in Toronto".

Like the present case, *Chapman* concerned a complicated fraudulent scheme initiated in Canada. It is unnecessary to go into the details except to say that it involved, in the words of the court at p. 51, "the initiation and consummation of a scheme in Canada through the dispatch of letters from Canada and the receipt in Canada of money or valuable securities by way of cheques and money orders". The accused were charged with several counts including conspiracy to defraud the public by deceit, falsehood or other fraudulent means of property, money or valuable securities, using the mails to transmit letters for the purposes of defrauding the public and obtaining money under false pretences. The accused, of course, raised the question of jurisdiction.

The court did not address the question whether the conspiracy had been committed in Canada by reason of its formation and existence here and, therefore, found it unnecessary to consider the appropriateness in Canada of the principle set out in *Board of Trade v. Owen*, *supra*. That was because it came to the conclusion that the substantive offence of fraud took place in Canada, and, *a fortiori*, that the conspiracy to commit the fraud could be dealt with by a Canadian court.

The court's reasoning in support of its conclusion that the substantive offence took place in Canada is aptly summed up in the following paragraph at p. 51:

> The recital of facts herein, referable to the Canadian phase of Jamster's operations, shows the initiation and consummation of a scheme in Canada through the dispatch of letters from Canada and the receipt in Canada of money or valuable securities by way of cheques and money orders. This is enough to support a charge of the substantive offence in Canada, subject only to the construction of the phrase "defrauds the public or any person". On the facts before this Court, the only members of the public or persons who could be

de fraude mis en œuvre par l'accusé, et il y avait donc un motif valable de conclure que, si une infraction avait été commise, elle l'avait été à Toronto».

Comme en l'espèce, l'arrêt *Chapman* vise une combinaison frauduleuse complexe mise en œuvre au Canada. Il est inutile d'en donner les détails, sauf pour dire qu'elle comportait, pour reprendre les termes employés par la cour à la p. 51, [TRADUCTION] «la mise en œuvre et la consommation d'une combinaison au Canada par l'envoi de lettres à partir du Canada et la réception au Canada d'argent ou de valeurs sous forme de chèques et de mandats postaux». Plusieurs chefs d'accusation ont été portés contre les accusés, notamment celui d'avoir comploté en vue de frustrer le public, par la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs, de biens, de sommes d'argent ou de valeurs et celui d'avoir utilisé le courrier pour envoyer des lettres en vue de frauder le public et d'obtenir de l'argent par faux semblants. Les accusés ont, bien entendu, soulevé la question de la compétence.

La cour n'a pas abordé la question de savoir si le complot avait été commis au Canada en raison de sa formation et de son existence ici et, en conséquence, elle a jugé inutile de s'interroger sur l'opportunité d'appliquer au Canada le principe énoncé dans l'arrêt *Board of Trade v. Owen*, précité. Il en a été ainsi parce qu'elle en est arrivée à la conclusion que l'infraction de fraude elle-même a été commise au Canada et, à plus forte raison, qu'un tribunal canadien avait compétence pour instruire ce complot de fraude.

Le raisonnement qu'adopte la cour à l'appui de sa conclusion que l'infraction de fraude elle-même a été commise au Canada, est bien résumé aux alinéas suivants de la p. 51:

> [TRADUCTION] L'énumération des faits de l'affaire qui ont trait à la phase canadienne des opérations de Jamster laisse voir le début et la consommation d'une combine au Canada par l'expédition de lettres à partir du Canada et la réception au Canada d'argent ou de valeurs sous forme de chèques et de mandats postaux. Cela suffit à justifier une accusation d'avoir commis l'infraction elle-même au Canada, sous réserve seulement de l'interprétation donnée à l'expression «frustre le public ou toute personne». D'après les faits soumis à

said to have been defrauded were residents of the United States.

The completion of the offence under s. 323 (1) lies in the obtaining of the fruits of the fraudulent means or inducement. What is said in *R. v. Brixton Prison Governor, Ex p. Rush*, [1969] 1 All E.R. 316 at p. 322, also points to this conclusion. If there is an initiation of a fraudulent scheme in Canada (as was the case here in the mailing out of the letters of solicitation) and a realization thereof in Canada through receipt of money or securities intended to be brought in through the scheme, the offence has been committed in Canada although the inducement has extended only to persons outside Canada. In short, "the public or any person" in s. 323 (1) are not limited to the Canadian public or to persons in Canada: see *Shulman v. The King* (1946), 2 C.R. 153.

The court took a similar tack regarding the charge of using the mails to defraud. The object of the offence was "prohibiting the use of a public communications facility for fraudulent purposes" (p. 54). There was no justification for limiting "the public" sought to be protected by the section to the Canadian public. Leave to appeal to this Court was denied (see p. 55 [and [1970] S.C.R. viii]).

The Canadian experience may be summed up as follows. In the early years after Confederation the territorial principle was narrowly construed in both civil and criminal cases, consistent with Canada's dependent status. But as time went on the courts began to interpret their territorial jurisdiction more liberally. On the whole, though, despite their policy of extending jurisdiction, they tended to apply the gist of the offence approach more consistently and mechanically than the English courts. The countervailing policies that, rightly or wrongly, affected the House of Lords in *Board of Trade v. Owen*, *supra*, do not appear to have been perceived in the Canadian cases that took the opposite view. However, as in England, the Canadian courts were prepared to move beyond the gist of the offence test when the impact of a crime was felt in Canada. And like the English courts, too, they in time adopted techniques to avoid the strait-jacket in which the rigorous application of that test had put them, notably the technique of continuing offences. In truth, though,

cette cour, les seules personnes, dont on pouvait dire qu'elles avaient été fraudées, résidaient aux États-Unis.

La consommation de l'infraction définie au par. 323(1) réside dans l'obtention du produit de l'incitation ou des moyens dolosifs. Ce qui est dit dans l'arrêt *R. v. Brixton Prison Governor, Ex p. Rush*, [1969] 1 All E.R. 316, à la p. 322, tend aussi à cette conclusion. Si une combine frauduleuse a été commencée au Canada (comme ce fut le cas en l'espèce par la mise à la poste des lettres de sollicitation) et si elle s'est réalisée au Canada par la réception de sommes d'argent ou de valeurs que l'on voulait obtenir par cette combine, l'infraction a été commise au Canada bien que l'incitation ne se soit adressée qu'à des personnes hors du Canada. En bref, l'expression «le public ou toute personne» que l'on trouve au par. 323(1) ne se limite pas au public canadien ou aux personnes qui se trouvent au Canada: voir *Shulman v. The King* (1946), 2 C.R. 153.

La cour a suivi la même voie en ce qui a trait à l'accusation d'avoir utilisé le courrier pour frauder. La création de cette infraction avait pour objet «d'interdire l'utilisation d'un moyen public de communication à des fins frauduleuses» (p. 54). Il n'y avait aucune raison valable de limiter au public canadien «le public» que l'article vise à protéger. L'autorisation de pourvoi en cette Cour a été refusée (voir p. 55 [et [1970] R.C.S. viii]).

L'expérience canadienne peut se résumer ainsi. Au cours des années qui ont suivi immédiatement la Confédération, le principe de la territorialité a été interprété de façon étroite tant dans les affaires civiles que dans les affaires criminelles, conformément au statut de dépendance du Canada. Mais à mesure que le temps passait, les tribunaux ont commencé à interpréter leur compétence territoriale de façon plus libérale. Dans l'ensemble cependant, malgré leur politique d'élargissement de leur compétence, ils ont eu tendance à appliquer la solution de la substance de l'infraction plus uniformément et mécaniquement que les tribunaux anglais. Les principes opposés qui, à tort ou à raison, ont influencé la Chambre des lords dans l'arrêt *Board of Trade v. Owen*, précité, ne semblent pas avoir été perçus dans les arrêts canadiens où on a adopté le point de vue contraire. Toutefois, comme en Angleterre, les tribunaux canadiens étaient disposés à aller au delà du critère de la substance de l'infraction, lorsque les conséquences d'un crime étaient ressenties au Canada. Tout

they were not frequently presented with situations (such as that which arose in the English case of *Peters*) in which they were forced to go beyond the mechanical approach, then also prevelant in England but later decried by Lord Wilberforce in *Director of Public Prosecutions v. Doot*, *supra*. But *Trudel* established that they could, if called upon to do so, eschew mechanical formulations, such as the use of contractual concepts that had no bearing on the relevant policy issues.

It remains to examine the present case in light of this background.

Rationale and Conclusion

Counsel for the appellant framed his argument on the fraud counts in this way. Relying on the decision of this Court in *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, he asserted that the gist of that offence is the deprivation of the victims. On the basis of *Rush*, which he invited us to follow, the offence was at an end when the deprivation occurred. Here only the inducements originated in Canada, the monies having been posted in the United States to either Costa Rica or Panama where they were received. The deprivation was then completed in the United States or at the latest in Costa Rica or Panama. This approach, I may say, could not illogically be adopted even if one considered the offence to be of a continuing nature.

Counsel distinguished the *Chapman* case on the basis that there the monies were sent to Canada, and more fundamentally that *Chapman* having been decided before *Olan* was wrong in holding that the completion of the offence of fraud lies in the obtaining of the money.

I find it unnecessary to enter these niceties because my difficulties with the gist of the offence and the completion of the offence tests arise on a

comme les tribunaux anglais, ils ont également fini par adopter des techniques permettant d'éviter le carcan dans lequel l'application rigoureuse de ce critère les avait placés, notamment la technique des infractions continues. En vérité toutefois, ils ne se sont pas souvent trouvés dans des situations (comme celle qui s'est présentée dans l'affaire *Peters* en Angleterre) où ils ont été obligés d'aller au delà de la solution mécanique qui était alors également courante en Angleterre, mais que lord Wilberforce a, par la suite, dénoncée dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Doot*, précité. L'arrêt *Trudel* a établi cependant qu'ils pouvaient, s'ils étaient appelés à le faire, éviter les formules mécaniques, comme l'utilisation des notions d'ordre contractuel qui n'avaient aucun rapport avec les questions de principe pertinentes.

Il reste à examiner l'espèce en fonction de ce contexte.

Raisonnement et conclusion

Voici comment l'avocat de l'appelant a formulé son argumentation relative au chef d'accusation de fraude. Invoquant l'arrêt de cette Cour *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, il a soutenu que la substance de cette infraction est la spoliation des victimes. Compte tenu de l'arrêt *Rush*, qu'il nous a invités à suivre, l'infraction a pris fin au moment où s'est produite la spoliation. En l'espèce, seules les incitations provenaient du Canada, les sommes d'argent ayant été mises à la poste aux États-Unis à destination du Costa Rica ou de Panama où elles étaient reçues. La spoliation était alors consommée aux États-Unis ou, au plus tard, au Costa Rica ou à Panama. On pourrait, sans manquer de logique, si je puis dire, adopter ce point de vue même si on considérait que l'infraction est de nature continue.

L'avocat a fait une distinction d'avec l'affaire *Chapman* pour le motif que les sommes d'argent y avaient été envoyées au Canada et, plus fondamentalement, parce que dans l'arrêt *Chapman*, qui a été rendu avant l'arrêt *Olan*, on a eu tort de conclure que la consommation de l'infraction de fraude réside dans l'obtention de l'argent.

J'estime inutile d'entrer dans ces détails parce que c'est d'une manière beaucoup plus générale que les critères de la substance et de la consomma-

much broader plane. To begin with, these tests seem to me to involve a large measure of unreality. It requires, for example, that one hold that what happens to money obtained abroad when it is in fact brought to Canada in accordance with a carefully concocted fraudulent scheme originating here, is, in the words of the court in the *Rush* case, neither here nor there. This kind of thinking has, perhaps not altogether fairly, given rise to the reproach that a lawyer is a person who can look at a thing connected with another as not being so connected. For everyone knows that the transaction in the present case is both here and there.

This is not the only example of the rather special kind of thinking required to apply the tests proposed. We saw from *Harden*, for instance, that a criminal can locate a fraudulent scheme where it is most convenient to himself by simply arranging with the person whom he proposes to defraud where the agreement is to be completed. Such absurdities obviously invite a return to first principles.

As noted earlier, the territorial principle in criminal law was developed by the courts to respond to two practical considerations, first, that a country has generally little direct concern for the actions of malefactors abroad; and secondly, that other states may legitimately take umbrage if a country attempts to regulate matters taking place wholly or substantially within their territories. For these reasons the courts adopted a presumption against the application of laws beyond the realm, a presumption later codified in this country in s. 5(2) of the *Criminal Code*.

While, we saw, there were occasional strong expressions of the territorial doctrine, particularly in earlier times, the fact is that the courts never applied the doctrine rigidly. To have done so, as Cockburn C.J. noted in *Keyn*, *supra*, at p. 233, would have meant that a state could not apply its laws to offences whose elements occurred in several countries. This would have provided an easy

tion de l'infraction me causent des difficultés. D'abord, ces critères me semblent comporter une large mesure d'irréalisme. Ils exigent, par exemple, que l'on conclue que ce qui advient de l'argent obtenu à l'étranger, lorsqu'il est en fait apporté au Canada conformément à une combine frauduleuse soigneusement préparée ici, est, pour emprunter l'expression de la cour dans l'arrêt *Rush*, sans importance. Ce genre de raisonnement a provoqué, peut-être pas tout à fait à juste titre, le reproche selon lequel un avocat est une personne qui peut considérer des choses connexes comme non reliées entre elles. En effet, tout le monde sait que l'opération en l'espèce se situe à la fois ici et à l'autre endroit.

Ce n'est pas là le seul exemple du genre plutôt spécial de raisonnement qui est requis pour appliquer les critères proposés. Nous avons vu d'après l'arrêt *Harden*, par exemple, qu'un criminel peut situer une combine frauduleuse à l'endroit qui lui convient le mieux en s'entendant tout simplement, avec la personne qu'il se propose de frauder, sur l'endroit où l'entente sera consommée. De telles absurdités commandent manifestement un retour aux principes premiers.

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux ont conçu le principe de la territorialité en droit criminel pour répondre à deux considérations d'ordre pratique, d'abord celle voulant qu'un pays ne s'intéresse généralement pas directement aux actes de malfaiteurs à l'étranger et, en second lieu, celle voulant que des États puissent légitimement prendre ombrage à ce qu'un autre pays tente de régler des affaires qui se produisent entièrement ou en majeure partie sur leur territoire. Pour ces motifs, les tribunaux ont adopté une présomption que les lois ne s'appliquent pas hors du royaume, laquelle a été, par la suite, codifiée dans notre pays au par. 5(2) du *Code criminel*.

Même si, comme nous l'avons vu, il y a eu à l'occasion des affirmations vigoureuses du principe de la territorialité, particulièrement au début, il reste que les tribunaux n'ont jamais appliqué ce principe de façon rigide. L'avoir fait, comme le souligne le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *Keyn*, précité, à la p. 233, aurait signifié qu'un État ne pourrait appliquer ses lois à des infractions

escape for international criminals. What the courts sought to do, albeit in ways that were sometimes rather unsophisticated and at times inconsistent with the expressed *rationales* in earlier cases, was to give the principle an interpretation consistent with its underlying *rationale*. They did not, and indeed were not really invited to deal with transactions in other countries that had no domestic impact. But Canadian courts (like those in England and other countries for that matter) frequently took jurisdiction over transnational offences that occurred partly in Canada where they felt this country had a legitimate interest in doing so. Interestingly, s. 5(2) of the *Code* expresses the territorial principle in a manner that rather reflects its purpose. That provision does not say that criminal law is confined to Canadian territory; it says rather that no person "shall be convicted in Canada for an offence committed outside of Canada".

dont les éléments se sont produits dans plusieurs pays. Cela aurait fourni une échappatoire facile aux criminels internationaux. Ce que les tribunaux ont cherché à faire, quoique parfois d'une manière plutôt simple et même, dans certains cas, incompatible avec les raisonnements exprimés dans des arrêts antérieurs, a été de donner au principe une interprétation compatible avec sa propre raison d'être. Ils n'ont pas instruit des opérations survenues dans d'autres pays qui n'ont eu aucun effet ici, et en réalité ils n'ont pas vraiment été invités à le faire. Mais les tribunaux canadiens (tout comme ceux d'Angleterre et d'autres pays à ce sujet) ont fréquemment assumé compétence relativement à des infractions comportant un élément d'extranéité, commises en partie au Canada, lorsqu'ils ont estimé que le pays avait un intérêt légitime à le faire. Fait intéressant, le par. 5(2) du *Code* énonce le principe de la territorialité d'une façon qui traduit plutôt son objet. Cette disposition n'affirme pas que le droit criminel se limite au territoire canadien; elle dit plutôt que nul «ne doit être condamné au Canada pour une infraction commise hors du Canada».

This country has a legitimate interest in prosecuting persons for activities that take place abroad but have an unlawful consequence here, (as in *Peters*, for example). Indeed, from an early period the English courts have recognized such an interest in other countries; see *Jacobi and Hiller*, *Nillins* and *Godfrey*, *supra*. The protection of the public in this country is widely acknowledged to be a legitimate purpose of criminal law, and one moreover that another nation could not easily say offended the dictates of comity.

Notre pays a un intérêt légitime à poursuivre des personnes pour des activités qui se sont déroulées à l'étranger, mais qui ont des conséquences illégales ici (comme dans l'affaire *Peters* par exemple). En fait, les tribunaux anglais reconnaissent depuis longtemps l'intérêt qu'ont les autres pays à faire de même; voir les arrêts *Jacobi and Hiller*, *Nillins* et *Godfrey*, précités. La protection du public dans notre pays est reconnue de façon générale comme un objet légitime du droit criminel et, de plus, c'est un objet qu'un autre État peut difficilement prétendre contraire aux impératifs de la courtoisie.

But the courts did not confine themselves to taking jurisdiction over transnational offences whose impact was felt within the country. As early as 1883 (*Holmes*) they also took jurisdiction in cases where the victim and hence the impact was abroad. In the early cases, there was a tendency to justify this in terms of the links that connected the act to the jurisdiction. In doing so they foreshadowed modern academic writing on the subject, which points out that a similar approach prevails

Cependant les tribunaux ne se sont pas limités à assumer compétence relativement aux infractions comportant un élément d'extranéité, dont les conséquences se faisaient sentir ici. Dès 1883 (l'affaire *Holmes*), ils ont assumé compétence dans des affaires où la victime et donc les conséquences étaient situées à l'étranger. Dans les premiers arrêts, il y avait une tendance à justifier cela en fonction des liens qui rattachaient l'acte au ressort. Ce faisant, ils ont laissé présager la doctrine

in both public and private international law; see Sharon A. Williams and J.-G. Castel, *Canadian Criminal Law, International and Transnational Aspects*, c. 2, pp. 71 *et seq*; see also Lynden Hall, " 'Territorial' Jurisdiction and the Criminal Law," [1972] *Crim. L.R.* 276.

Starting with *Ellis* in England, the courts began to use another test: that an offence takes place where its gist or gravamen occurs. This approach was particularly prevalent in Canada. It is possible to explain many of the cases on this basis which, at a superficial level, may seem rational. The location of the offence according to this approach also corresponds to the place where the fruits of the wrongful scheme are obtained, so one can easily be led into thinking that is where the wrongful act takes place. But whatever value the notion of the gist of an offence may have for other purposes, it has little relevance in this context. The offence of fraud, for example, consists not only of obtaining money, goods or other property; it also requires that they have been obtained by fraud. Both elements must be proved. Similarly in the offence of obtaining property by false pretences, no matter how much one insists that the gist of the offence is the obtaining, the offence can only take place if the property is obtained by false pretences. What is more I see no overriding policy reason that would favour the place of obtaining the goods. There are many cases, it is true, where this is also the place where the impact is felt, but that is not necessarily so (see *Holmes* for example). Nor will it necessarily be the place where the harm is felt (see *Ellis*).

Sometimes the gist or gravamen test is associated (though the two may be looked at separately) with the "completion of the offence" or terminatory test, as in the present case, for example. This seems more prevalent in England, at least in the eyes of some academics; see, for example, Glan-

moderne sur la question, qui souligne qu'un point de vue semblable prévaut tant en droit international public qu'en droit international privé; voir Sharon A. Williams et J.-G. Castel, *Canadian Criminal Law, International and Transnational Aspects*, chap. 2, pp. 71 et suiv.; voir également Lynden Hall, «'Territorial' Jurisdiction and the Criminal Law», [1972] *Crim. L.R.* 276.

Depuis l'affaire *Ellis* en Angleterre, les tribunaux ont commencé à utiliser un autre critère: celui portant que l'infraction a été commise là où s'est accomplie sa substance ou sa matière. Ce point de vue s'est répandu particulièrement au Canada. Il est possible d'expliquer de nombreux arrêts en fonction de ce principe qui peut paraître rationnel à première vue. Selon ce point de vue, le lieu de l'infraction correspond également à l'endroit où le produit du projet illicite est obtenu, de sorte qu'on peut facilement en venir à penser qu'il s'agit de l'endroit où l'acte illicite est commis. Mais quelle que soit la valeur que la notion de la substance de l'infraction puisse avoir pour d'autres fins, elle a peu d'importance dans le présent contexte. L'infraction de fraude, par exemple, consiste non seulement à obtenir de l'argent, des biens ou d'autres valeurs, mais encore faut-il qu'ils aient été obtenus par fraude. Les deux éléments doivent être prouvés. De même dans l'infraction qui consiste à obtenir des biens par faux semblants, quelle que soit la vigueur avec laquelle on maintient que la substance de l'infraction est l'obtention des biens, l'infraction ne peut être commise que si ces biens sont obtenus par faux semblants. De plus, je ne vois aucun motif de principe prépondérant qui favoriserait le lieu de l'obtention des biens. Il est vrai que, dans de nombreux cas, il s'agit également de l'endroit où les conséquences se font sentir, mais il n'en est pas nécessairement ainsi (voir l'arrêt *Holmes*, par exemple). Il ne s'agit pas nécessairement non plus de l'endroit où le préjudice est ressenti (voir l'arrêt *Ellis*).

Il arrive parfois que le critère de la substance ou de la matière de l'infraction est lié (bien que les deux puissent être examinés séparément) à celui de la «consommation de l'infraction» ou critère d'achèvement de l'infraction, comme en l'espèce par exemple. Cette situation semble avoir cours

ville Williams, *supra*. That test may have the advantage of removing criminal liability for acts that take place after the offence as defined is completed, but it also has the result of removing from consideration earlier acts constituting the offence, here the fraudulent activities alleged to have occurred in Toronto.

It also ignores the fact that the fruits of the transaction were obtained in Canada as contemplated by the scheme. Their delivery here was not accidental or irrelevant. It was an integral part of the scheme. While it may not in strictness constitute part of the offence, it is, I think, relevant in considering whether a transaction falls outside Canadian territory. For in considering that question we must, in my view, take into account all relevant facts that take place in Canada that may legitimately give this country an interest in prosecuting the offence. One must then consider whether there is anything in those facts that offends international comity. If I may borrow the expression of Meredith J.A., in *Bachrack*, *supra*, the law would be lame indeed if its strictures could be avoided by the simple artifice of going outside the country to obtain the fruits of a scheme that was hatched in and largely put into effect in Canada. In this case, the whole operation of obtaining the proceeds of the fraud outside the country was a mere sham and should be treated as such.

Indeed, I would agree with Osler J., who heard the application to quash, that the preparatory activities to perpetrate the fraudulent scheme were in themselves sufficient to warrant a holding that the offence took place in Canada. The scheme was devised here, the whole operation that made it function, the directing minds, the boiler room—all were situate in Toronto. The fact that this approach would catch cases where the victims of the scheme were harmed outside the country makes no difference. That would also occur under the gist of the offence test when the monies were

surtout en Angleterre, du moins d'après certains auteurs de doctrine; voir, par exemple, Glanville Williams, précité. Ce critère peut avoir l'avantage d'écarter toute responsabilité criminelle pour les actes accomplis après que l'infraction telle que définie a été consommée, mais il a également pour résultat de soustraire de l'analyse les actes antérieurs qui constituent l'infraction, en l'espèce les activités frauduleuses qui se seraient déroulées à Toronto.

Il ne tient pas compte non plus du fait que le produit de l'opération a été obtenu au Canada comme la combine le prévoyait. Sa livraison ici n'a pas été accidentelle ou sans importance. Elle faisait partie intégrante de la combine. Même si, à strictement parler, il se peut qu'elle ne fasse pas partie de l'infraction, j'estime qu'elle a son importance lorsqu'il s'agit de décider si une opération a eu lieu hors du territoire canadien. En effet, lors de l'examen de cette question, il nous faut à mon sens tenir compte de tous les faits pertinents qui se sont produits au Canada et qui peuvent légitimement fournir à notre pays un intérêt à instruire l'infraction. Il faut ensuite déterminer s'il y a, dans ces faits, quelque chose qui va à l'encontre de la courtoisie internationale. Pour reprendre l'expression du juge Meredith dans l'arrêt *Bachrack*, précité, le droit serait vraiment boiteux si on pouvait se soustraire à ses restrictions en ayant recours à la seule ruse de se rendre hors du pays pour cueillir les fruits d'une combine concoctée et presque toute réalisée au Canada. En l'espèce, toute l'opération qui consiste à cueillir le produit de la fraude hors du pays n'était rien d'autre qu'un trompe-l'œil et doit être traitée comme tel.

À vrai dire, je partagerais l'avis du juge Osler, qui a entendu la demande d'annulation, selon lequel les activités préalables à la perpétration de la combine frauduleuse étaient suffisantes en soi pour justifier la conclusion que l'infraction a été commise au Canada. La combine a été conçue ici, toute l'opération qui en a assuré le fonctionnement, ses têtes dirigeantes, l'entreprise de vente d'actions frauduleuses par téléphone, tout était situé à Toronto. Le fait que ce point de vue s'appliquerait à des cas où des victimes de la combine ont été lésées hors du pays importe peu.

obtained in Canada, as it would under the completion of the crime test when the crime was completed here. Apart from this, though the criminal law is undoubtedly intended for the protection of the public, it does not do so solely by the simple expedient of directly protecting the public from harm. Rather, in conformity with its major purpose, it attempts to underline the fundamental values of our society: see the Law Reform Commission of Canada, Report 3, *Our Criminal Law* (1979). In doing so, it reinforces the law-abiding sentiments in society. Walsh J. in *Shulman v. The King*, *supra*, caught the essence of this when, after noting that "there is more to a ... [criminal offence] than its successful culmination", he added: "Its preparation and evolution, even in the case of failure, is reprehensible". It would be a sad commentary on our law if it was limited to underlining society's values by the prosecution of minor offenders while permitting more seasoned practitioners to operate on a world-wide scale from a Canadian base by the simple manipulation of a technicality of the law's own making. What would be underlined in the public's mind by allowing criminals to go free simply because their operations have grown to international proportions, I shall not attempt to expound.

Cela se produirait également, en vertu du critère de la substance de l'infraction, si les sommes d'argent avaient été obtenues au Canada, tout comme ce serait le cas, en vertu du critère de la consommation du crime, si le crime avait été consommé ici. De plus, bien que le droit pénal vise sans doute à protéger le public, il ne le fait pas seulement par la simple protection directe du public contre tout préjudice. Il tente plutôt, conformément à son objectif principal, de souligner les valeurs fondamentales de notre société: voir la Commission de réforme du droit du Canada, rapport n° 3, *Notre droit pénal* (1979). Ce faisant, il renforce le sens du respect de la loi chez les citoyens. Dans l'arrêt *Shulman v. The King*, précité, le juge Walsh saisit l'essence de cette idée lorsqu'il ajoute, après avoir souligné que [TRADUCTION] «[une infraction criminelle] ne se limite pas à sa réussite»: [TRADUCTION] «Sa préparation et sa mise en œuvre, même en cas d'échec, sont répréhensibles.» Ce serait triste pour notre droit s'il se limitait à souligner les valeurs de la société en poursuivant les auteurs d'infractions mineures tout en permettant aux malfaiteurs plus expérimentés de fonctionner sur une échelle internationale à partir d'une base d'opération canadienne par la simple manipulation d'une formalité créée par la loi. Je ne tenterai pas d'expliciter ce que soulignerait, dans l'esprit du public, le fait de permettre à des criminels d'échapper à la justice uniquement parce que leurs opérations ont pris des proportions internationales.

I am also aware that the view I have taken leaves open the possibility that a person could be prosecuted for the same offence in more than one country, but any injustice that might result from this eventuality could be avoided by resort to the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*, which have been applied to persons tried in other countries; see *Burrows v. Jemino* (1726), 2 Strange 733, 93 E.R. 815; *R. v. Roche* (1775), 1 Leach 134, 168 E.R. 169; *R. v. Azzopardi* (1843), 2 Mood. 288, 169 E.R. 115; *R. v. Aughet* (1918), 13 Cr. App. R. 101; see also *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, *supra*.

Je suis également conscient que le point de vue que j'ai adopté laisse subsister la possibilité qu'une personne soit poursuivie pour la même infraction dans plus d'un pays, mais il serait possible d'éviter toute injustice qui pourrait en résulter en invoquant les moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict, qui ont été appliqués aux personnes jugées dans d'autres pays; voir *Burrows v. Jemino* (1726), 2 Strange 733, 93 E.R. 815; *R. v. Roche* (1775), 1 Leach 134, 168 E.R. 169; *R. v. Azzopardi* (1843), 2 Mood. 288, 169 E.R. 115; *R. v. Aughet* (1918), 13 Cr. App. R. 101; voir également *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, précité.

I might summarize my approach to the limits of territoriality in this way. As I see it, all that is

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. Selon moi, il

necessary to make an offence subject to the jurisdiction of our courts is that a significant portion of the activities constituting that offence took place in Canada. As it is put by modern academics, it is sufficient that there be a "real and substantial link" between an offence and this country, a test well-known in public and private international law; see Williams and Castel, *supra*; Hall, *supra*. As Professor Hall notes (p. 277), this does not require legislation. It was the courts after all that defined the manner in which the doctrine of territoriality applied, and the test proposed simply amounts to a revival of the earlier way of formulating the principle. It is in fact the test that best reconciles all the cases. The only ones that do not fall within it are those like *Harden* and *Rush* which, in my view, should no longer be followed.

That this approach is attuned to modern times is evident from the fact that some variant of it has been recommended by numerous law reform bodies or adopted in legislation; see, *inter alia*, the English Law Commission's *Report on the Territorial and Extraterritorial Extent of the Criminal Law* (Law Com. 91, 1978); the American Law Institute's *Model Penal Code* (Proposed Official Draft, 1962) § 1.03; the New Zealand *Crimes Act, 1961*, 1961 (N.Z.), No. 43, s. 7, and the recent Law Reform Commission of Canada Working Paper 37, *Extraterritorial Jurisdiction*, Part III.

Just what may constitute a real and substantial link in a particular case, I need not explore. There were ample links here. The outer limits of the test may, however, well be coterminous with the requirements of international comity.

As I have already noted, in some of the early cases the English courts tended to express a narrow view of the territorial application of English law so as to ensure that they did not unduly infringe on the jurisdiction of other states. However, even as early as the late 19th century, following the invention and development of modern means of communication, they began to exercise criminal jurisdiction over transnational transac-

suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment les auteurs modernes, il suffit qu'il y ait un «lien réel et important» entre l'infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé; voir Williams et Castel, ainsi que Hall, précités. Comme le professeur Hall le note (à la p. 277), cela n'exige aucun texte de loi. Après tout ce sont les tribunaux qui ont défini la façon dont le principe de la territorialité s'applique et le critère proposé équivaut simplement à rétablir la formulation antérieure de ce principe. C'est en réalité le critère qui s'accorde le mieux avec tous les arrêts. Les seuls arrêts qui n'y sont pas conformes sont ceux qui, à mon avis, ne doivent plus être suivis, tels les arrêts *Harden* et *Rush*.

Le fait que cette solution ait été recommandée, avec des variantes, par de nombreux organismes de réforme du droit ou qu'elle ait été adoptée dans les lois démontre qu'elle convient à l'époque moderne; voir notamment le rapport de l'English Law Commission intitulé *Report on the Territorial and Extraterritorial Extent of the Criminal Law* (Law Com. 91, 1978), l'American Law Institute's *Model Penal Code* (Proposed Official Draft, 1962) § 1.03, la *Crimes Act 1961* de Nouvelle-Zélande, 1961 (N.-Z.), nº 43, art. 7 et le récent document de travail nº 37 de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *La juridiction extraterritoriale*, partie III.

Il n'est pas nécessaire que je m'arrête à ce qui peut constituer un lien réel et important dans un cas particulier. Il y a suffisamment de liens en l'espèce. Les paramètres du critère peuvent bien cependant coïncider avec les exigences de la courtoisie internationale.

Comme je l'ai déjà souligné, les tribunaux anglais ont eu tendance, dans certains des premiers arrêts, à restreindre l'application territoriale du droit anglais de manière à s'assurer qu'ils n'empiétaient pas indûment sur la compétence des autres États. Cependant dès la fin du 19e siècle, à la suite de l'invention et de l'expansion des moyens modernes de communication, ils ont commencé à exercer une compétence en matière criminelle sur les opé-

tions as long as a significant part of the chain of action occurred in England. Since then means of communications have proliferated at an accelerating pace and the common interests of states have grown proportionately. Under these circumstances, the notion of comity, which means no more nor less than "kindly and considerate behaviour towards others", has also evolved. How considerate is it of the interests of the United States in this case to permit criminals based in this country to prey on its citizens? How does it conform to its interests or to ours for us to permit such activities when law enforcement agencies in both countries have developed cooperative schemes to prevent and prosecute those engaged in such activities? To ask these questions is to answer them. No issue of comity is involved here. In this regard, I make mine the words of Lord Diplock in *Treacy v. Director of Public Prosecutions* cited earlier. I also agree with the sentiments expressed by Lord Salmon in *Director of Public Prosecutions v. Doot*, *supra*, that we should not be indifferent to the protection of the public in other countries. In a shrinking world, we are all our brother's keepers. In the criminal arena this is underlined by the international cooperative schemes that have been developed among national law enforcement bodies.

rations comportant un élément d'extranéité dans la mesure où une part importante de la trame des événements s'était produite en Angleterre. Depuis, les moyens de communication se sont multipliés de plus en plus rapidement et les intérêts communs des États se sont accrus proportionnellement. Dans ces circonstances, la notion de courtoisie qui s'entend ni plus ni moins d'une «attitude de bienveillance et de considération envers autrui» a aussi évolué. Quelle considération pour les intérêts des États-Unis y a-t-il à permettre que des criminels qui agissent à partir d'ici s'attaquent aux citoyens de ce pays? En quoi cela est-il conforme aux intérêts des États-Unis ou aux nôtres de permettre ces activités alors que les forces de police des deux pays ont mis en place des programmes de coopération pour prévenir ces activités et poursuivre ceux qui s'y adonnent? Poser la question c'est y répondre. Il n'est pas question de courtoisie en l'espèce. À cet égard, je fais miennes les paroles de lord Diplock dans l'arrêt *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, précité. Je suis également d'accord avec l'opinion exprimée par lord Salmon dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Doot*, précité, selon laquelle nous ne devons pas être indifférents à la protection du public dans les autres pays. Dans un monde qui se fait de plus en plus petit, chacun est le gardien de son frère. En matière criminelle, cela ressort des programmes de coopération internationale mis sur pied par les forces policières des divers pays.

For these reasons, I have no difficulty in holding on the facts agreed upon for the purpose of this appeal, that the counts of fraud with which the appellant is charged may properly be prosecuted in Canada, and I see nothing in the requirements of international comity that would dictate that this country refrain from exercising its jurisdiction. Since these fraudulent activities took place in Canada, it follows for the reasons set forth in the *Chapman* case that the conspiracy count may also be proceeded with in Canada.

Pour ces motifs je n'hésite pas à conclure, d'après les faits reconnus pour les fins du présent pourvoi, que les chefs d'accusation de fraude portés contre l'appelant peuvent être instruits au Canada et je ne vois rien dans les exigences de la courtoisie internationale qui empêche notre pays d'exercer sa compétence. Puisque ces activités frauduleuses se sont déroulées au Canada, il s'ensuit, pour les motifs exprimés dans l'arrêt *Chapman*, que l'accusation de complot peut également être instruite au Canada.

Under these circumstances, I need not enter into a discussion of the apparent conflict between the English case of *Board of Trade v. Owen* and the Canadian cases such as *Bachrack*, *Ecrement* and *Shulman* regarding the situation where substan-

Dans ces circonstances, je n'ai pas besoin d'aborder le conflit apparent entre l'arrêt anglais *Board of Trade v. Owen* et les arrêts canadiens tels *Bachrack*, *Ecrement* et *Shulman* quant à la situation qui se présente lorsqu'essentiellement le seul

tially the only overt act that takes place in Canada is the agreement, the substantive offence taking place abroad. There may be a danger, particularly in relation to common law conspiracy, for this country in essence to engage in punishing acts that take place wholly in another country that are not criminal there. This appears to be the major consideration underlying the judgment of the House of Lords in *Owen*. There is cogency in the argument but there are countervailing arguments that have found favour in the Canadian cases. Since those cases were decided Parliament has provided in s. 423(3) of the *Criminal Code* that a person who conspires to do anything referred to in subss. 423(1) and (2) in a place outside Canada that is an offence there shall be deemed to have conspired to do that thing in Canada. In establishing an offence under that provision it is necessary not only to prove that the accused violated foreign law outside Canada, but also that that act would have constituted a crime in Canada; see *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573. However, s. 423(3) has no application here; the substantive offence in this case took place in Canada.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Danson and Zucker, Toronto.

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

acte manifeste qui a été accompli au Canada est l'accord des parties, l'infraction elle-même ayant été commise à l'étranger. Il peut y avoir un danger, particulièrement à l'égard des complots de *common law*, que le Canada entreprenne de punir des actes qui ont été accomplis entièrement dans un autre pays et qui n'y constituent pas des crimes. Il semble que ce soit là la préoccupation principale sur laquelle se fonde l'arrêt *Owen* de la Chambre des lords. Cet argument a un certain poids, mais il y a des arguments contraires auxquels les arrêts canadiens ont accordé plus d'importance. Depuis ces arrêts, le Parlement a prescrit, au par. 423(3) du *Code criminel*, qu'une personne qui complote en vue de commettre, dans un pays étranger, des infractions visées aux par. 423(1) ou (2) et également punissables dans ce pays est réputée l'avoir fait en vue de les commettre au Canada. Pour faire la preuve de l'infraction visée par cette disposition, il faut prouver non seulement que l'accusé a violé la loi du pays étranger, mais aussi que cet acte aurait constitué un crime au Canada; voir *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573. Cependant, le par. 423(3) ne s'applique pas en l'espèce, l'infraction elle-même ayant été commise au Canada.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Danson and Zucker, Toronto.

Procureur de l'intimée: Ministère du procureur général de l'Ontario, Toronto.

David Bronson Cluett *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17586.

1984: November 22; 1985: October 10.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Criminal law — Charge to jury — Use of force by police officer — Whether trial judge misdirected jury as to the lawful or justified use of force by police officer — Criminal Code, ss. 25, 450(1)(b).

Criminal law — Charge to jury — Aiding or abetting manslaughter — Mens rea — Whether trial judge misdirected jury as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter — Criminal Code, s. 21(1).

Criminal law — Charge to jury — Evidence — Adequacy of trial judge's summary of the evidence — Police officer acquitted of manslaughter — Whether trial judge failed to indicate the evidence supporting a verdict of manslaughter.

Appellant and a fellow constable, O'Donnell, were charged jointly with second degree murder and tried before a judge sitting with a jury. They had been called to investigate a complaint that Hollett, the victim, was interfering with traffic. O'Donnell hailed Hollett who after a few questions walked away. O'Donnell left the police van and went after him. A struggle ensued. Appellant, who had remained in the van, heard O'Donnell's shout, saw Hollett holding O'Donnell's hair and ran to the scene. He ordered Hollett to release O'Donnell and when Hollett failed to do so, appellant told him he was "under arrest for assaulting a police officer". Appellant tried to restrain Hollett who only released O'Donnell's hair when the latter struck him several times in the head and chest. He was eventually subdued and taken to a hospital where he died two weeks later from complications of injuries received during the altercation. At trial, O'Donnell was convicted of manslaughter and appellant was acquitted. On appeal, the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, dis-

David Bronson Cluett *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17586.

1984: 22 novembre; 1985: 10 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

Droit criminel — Exposé au jury — Emploi de la force par un agent de police — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury en ce qui a trait à l'emploi légitime ou justifié de la force par un agent de police? — Code criminel, art. 25, 450(1)b).

Droit criminel — Exposé au jury — Aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable — Mens rea — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury en ce qui a trait à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable? — Code criminel, art. 21(1).

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve — Caractère adéquat du résumé de la preuve fait par le juge du procès — Acquittement d'un agent de police relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable — Le juge du procès a-t-il omis d'indiquer les éléments de preuve qui appuyaient un verdict d'homicide involontaire coupable?

L'appelant et un collègue, l'agent O'Donnell, ont été accusés conjointement de meurtre au deuxième degré et ont subi leur procès devant un juge siégeant avec un jury. Ils avaient été appelés pour faire une enquête au sujet d'une plainte selon laquelle Hollett, la victime, gênait la circulation. O'Donnell a interpellé Hollett qui, après quelques questions, s'est éloigné. O'Donnell est sorti de la fourgonnette de police et l'a poursuivi. Il y a alors eu une échauffourée. L'appelant, qui était demeuré dans la fourgonnette, a entendu O'Donnell appeler à l'aide et a vu que Hollett tenait O'Donnell par les cheveux. Il a accouru sur les lieux et a ordonné à Hollett de libérer O'Donnell. Comme Hollett refusait de le faire, l'appelant lui a dit qu'il était «en état d'arrestation pour s'être livré à des voies de fait sur un agent de police». L'appelant a tenté de maîtriser Hollett qui n'a lâché les cheveux de O'Donnell qu'après que ce dernier l'eut frappé à plusieurs reprises à la tête et à la poitrine. Il a par la suite été maîtrisé et conduit à un hôpital où il est décédé deux semaines plus tard à la suite de compli-

missed O'Donnell's appeal but allowed the appeal against the acquittal of the appellant on the grounds that the trial judge had misdirected the jury as to the justified use of force by a police officer and as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter and that he had failed to point out the evidence that could support a finding of manslaughter against the appellant. The Court of Appeal ordered a new trial of the appellant on the included offence of manslaughter.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred, in so far as the appellant was concerned, in holding that the trial judge misdirected the jury as to the lawful or justified use of force by a police officer by conveying the impression that a police officer is justified in using necessary force to carry out an investigation short of arrest. Assuming, without expressing an opinion, that the trial judge's charge to the jury on the lawful or justified use of force, which purported to be, and was essentially, based on the terms of s. 25(1) of the *Criminal Code*, might have been misleading with respect to Constable O'Donnell, it could not have been misleading with respect to the appellant because of his different position with respect to the power of arrest. It was open to the jury on the evidence to conclude, in the context of the trial judge's charge as a whole, that the appellant was exercising the power, under s. 450(1) of the *Code*, to arrest Hollett as a person who he had reasonable grounds for believing was apparently committing the criminal offence of assault, that he was justified in using necessary force for such purpose, and that he did not use excessive force. In considering the effect, in relation to the appellant, of the trial judge's statements based on s. 25 concerning the use of force, the Court of Appeal failed to take into account the different positions of the two police officers with respect to the power of arrest.

There was also no error in the trial judge's charge with respect to the mental element required to become a party to an offence by aiding or abetting. In view of his earlier clear direction on the difference, in respect of *mens rea*, between murder and manslaughter, the trial judge's charge could not have confused or misled the jury into thinking that aiding or abetting manslaughter

cations des blessures subies au cours de l'échauffourée. Au procès, O'Donnell a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et l'appelant a été acquitté. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a rejeté l'appel de O'Donnell mais a accueilli l'appel interjeté contre l'acquittement de l'appelant pour le motif que le juge du procès a donné des directives erronées au jury quant à l'emploi justifié de la force par un agent de police et quant à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable, et pour le motif qu'il a omis d'indiquer les éléments de preuve qui pouvaient appuyer une conclusion d'homicide involontaire coupable contre l'appelant. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès de l'appelant relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a, dans la mesure où l'appelant est concerné, commis une erreur en concluant que le juge du procès a donné des directives erronées au jury quant à l'emploi légitime ou justifié de la force par un agent de police, en donnant l'impression qu'un agent de police est fondé à employer la force nécessaire pour mener une enquête sans effectuer d'arrestation. En supposant, sans exprimer une opinion à ce sujet, que l'exposé du juge du procès au jury quant à l'emploi légitime ou justifié de la force, qui était censé être et qui était essentiellement fondé sur les termes du par. 25(1) du *Code criminel*, aurait pu être trompeur à l'égard de l'agent O'Donnell, il n'aurait pas pu induire en erreur au sujet de l'appelant en raison de sa situation différente quant au pouvoir d'arrestation. À partir des témoignages, le jury pouvait conclure, dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge du procès, que l'appelant exerçait le pouvoir que confère le par. 450(1) du *Code* d'arrêter Hollett en tant que personne à l'égard de laquelle il avait des motifs raisonnables de croire qu'elle était apparemment en train de commettre l'infraction criminelle de voies de fait, qu'il était fondé à employer la force nécessaire pour cette fin et qu'il n'a pas employé de force excessive. En examinant l'effet, relativement à l'appelant, des déclarations que le juge du procès a faites en vertu de l'art. 25 au sujet de l'emploi de la force, la Cour d'appel n'a pas tenu compte des situations respectives des deux agents de police en ce qui a trait au pouvoir d'arrestation.

De plus, il n'y a pas eu d'erreur dans l'exposé du juge du procès en ce qui a trait à l'élément moral nécessaire pour devenir partie à une infraction par l'aide ou l'encouragement à sa perpétration. Compte tenu de sa directive précédente qui établissait clairement la différence, sur le plan de la *mens rea*, entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, l'exposé du juge du

required an intention to kill that manslaughter itself did not. The trial judge's charge taken as a whole left the jury with a sufficient understanding of the mental element required for aiding or abetting manslaughter.

Finally, the trial judge did not fail to indicate the evidence that could support a finding of manslaughter against the appellant. The trial judge set out the contentions of the parties, as well as the applicable law, and made a very full summary of the relevant evidence. He clearly indicated the possibility of manslaughter. He did not have a duty to relate specific portions of the evidence to the issue of manslaughter, in so far as the appellant was concerned.

Cased Cited

R. v. Biron, [1976] 2 S.C.R. 56; *Roberge v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 312; *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881; *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), 25, 26, 27, 34, 35, 450(1)(*b*) [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5].

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1982), 3 C.C.C. (3d) 333, 55 N.S.R. (2d) 6, 114 A.P.R. 6, allowing the Crown's appeal against appellant's acquittal on the charge of second degree murder and ordering a new trial of the appellant on the included offence of manslaughter. Appeal allowed.

David J. Bright, for the appellant.

Dana W. Giovannetti, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises issues concerning the charge to a jury on the lawful or justified use of force by a police officer and on the mental element required for aiding or abetting manslaughter, as well as the adequacy of the trial

procès ne peut avoir troublé ou trompé le jury en l'amenant à croire qu'aider ou encourager à la perpétration de l'homicide involontaire coupable exigeait une intention de causer la mort que n'exigeait pas l'homicide involontaire coupable. L'exposé du juge du procès pris dans son ensemble a permis au jury d'avoir une compréhension suffisante de l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable.

Enfin, le juge du procès n'a pas omis d'indiquer les éléments de preuve qui pouvaient appuyer une conclusion d'homicide involontaire coupable contre l'appelant. Le juge du procès a exposé les arguments des parties ainsi que le droit applicable et il a fait un résumé très complet des éléments de preuve pertinents. Il a clairement souligné la possibilité qu'il y ait homicide involontaire coupable. Dans la mesure où l'appelant était visé, il n'était pas tenu de relier des parties précises de la preuve à la question de l'homicide involontaire coupable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; *Roberge c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 312; *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881; *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21(1), 25, 26, 27, 34, 35, 450(1)*b*) [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 5].

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1982), 3 C.C.C. (3d) 333, 55 N.S.R. (2d) 6, 114 A.P.R. 6, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'appelant relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré et qui a ordonné un nouveau procès de l'appelant quant à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Pourvoi accueilli.

David J. Bright, pour l'appelant.

Dana W. Giovannetti, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—Le présent pourvoi soulève certaines questions concernant l'exposé au jury relatif à l'emploi légitime ou justifié de la force par un agent de police et à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpé-

judge's summary of the evidence, in so far as the possibility of manslaughter was concerned.

The appeal is of right from the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, on November 29, 1982 allowing the Crown's appeal against the acquittal of the appellant of the charge of second degree murder and ordering a new trial of the appellant on the included offence of manslaughter.

I

The voluminous evidence is summarized in the reasons for judgment of the Court of Appeal. I venture a brief statement of facts which it was open to the jury to find in order to indicate the general background of the issues in the appeal.

On July 27, 1980 the appellant, a police officer in Dartmouth, Nova Scotia, and a fellow constable, Harry O'Donnell, were called to the Angus L. Macdonald Bridge, which connects Dartmouth and Halifax. The bridge traffic officer was having difficulty removing a pedestrian who was interfering with traffic by walking on the traffic lanes while attempting to hitch-hike. The constables had also received a report that a patient was missing from the Nova Scotia Hospital and could have gone in the direction of the bridge. By the time the two officers reached the bridge, the pedestrian, Earle Hollett, had moved into the intersection of Nantucket Avenue and Wyse Road, a busy junction near the bridge on the Dartmouth side, where he appeared to be obstructing traffic. The constables parked their police van, and O'Donnell called Hollett over. The two spoke briefly. Hollett then turned and walked away. O'Donnell got out of the van and went after Hollett. A struggle between them ensued. O'Donnell gave a shout. The appellant, who had apparently not seen what was happening up to this point, came around the back of the police van to O'Donnell's aid. He saw that Hollett had hold of O'Donnell's hair. The appellant ordered Hollett to release O'Donnell. When Hollett failed to do so, the appellant told

tration d'un homicide involontaire coupable, et concernant le caractère adéquat du résumé de la preuve fait par le juge du procès dans la mesure où il y a possibilité d'homicide involontaire coupable.

Le pourvoi est interjeté de plein droit à l'encontre de l'arrêt rendu le 29 novembre 1982 par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'appelant relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré et a ordonné un nouveau procès de l'appelant quant à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

I

La preuve abondante est résumée dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel. Je me permets d'exposer brièvement les faits soumis au jury afin de présenter l'historique général des questions posées dans le pourvoi.

Le 27 juillet 1980, l'appelant, un agent de police à Darmouth, en Nouvelle-Écosse, et un collègue, Harry O'Donnell, ont été appelés au pont Angus L. Macdonald qui relie Dartmouth et Halifax. L'agent de la circulation sur le pont avait de la difficulté à expulser un piéton qui gênait la circulation en marchant dans les voies tout en tentant de faire de l'auto-stop. Les agents avaient également reçu un rapport selon lequel un patient de l'hôpital de la Nouvelle-Écosse, qui avait été porté manquant, pouvait s'être dirigé vers le pont. Au moment où les deux agents sont arrivés au pont, le piéton, Earle Hollett, était rendu à l'intersection de l'avenue Nantucket et du chemin Wyse, un carrefour achalandé près du pont du côté de Dartmouth où il semblait gêner la circulation. Les agents ont garé leur fourgonnette de police et O'Donnell a appelé Hollett. Ils se sont parlés brièvement. Hollett s'est alors retourné et s'est éloigné. O'Donnell est sorti de la fourgonnette et a poursuivi Hollett. Puis, les deux en sont venus aux mains. O'Donnell a appelé à l'aide. L'appelant, qui apparemment n'avait pas vu ce qui s'était produit jusqu'à ce moment-là, a contourné l'arrière de la fourgonnette de police pour venir en aide à O'Donnell. Il a vu que Hollett tenait O'Donnell par les cheveux. L'appelant a ordonné à Hollett de libérer

him he was "under arrest for assaulting a police officer". The appellant then attempted to put a restraining hold on Hollett while calling for help on his belt radio. When Hollett would not release his hold on O'Donnell's hair O'Donnell struck him repeatedly in the head and chest. Hollett was eventually subdued with the help of two other police officers. He was put in the back of the police van and taken to the Dartmouth General Hospital. On arrival at the hospital Hollett did not seem critically injured. Soon afterwards, however, he suffered a respiratory arrest and fell into a coma. He was taken to the Victoria General Hospital in Halifax, where it was discovered that he suffered from ankylosing spondylitis, an arthritic disease of the spine that had rendered it rigid and brittle and particularly vulnerable to serious injury from the kind of blows he had received. Hollett died at the Victoria General Hospital on August 11, 1980. In the opinion of the Chief Medical Officer, who performed the autopsy, the cause of death was cerebral anoxia, or lack of oxygen to the brain, as a result of respiratory arrest which was a direct complication of the injuries Hollett had received in the area of the neck and upper chest.

The appellant and Constable O'Donnell were charged jointly with second degree murder and tried before Clarke J. of the Supreme Court of Nova Scotia, sitting with a jury. O'Donnell was convicted of manslaughter. The appellant was acquitted.

The Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1982), 3 C.C.C. (3d) 333, dismissed the appeal against the conviction of Constable O'Donnell but allowed the appeal against the acquittal of the appellant on the grounds that the trial judge had misdirected the jury as to the justified use of force by a police officer and as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter and had failed to point out the evidence that could support a finding of manslaughter against the appellant. In ordering a new trial of

O'Donnell. Comme Hollett refusait de le faire, l'appelant lui a dit qu'il était [TRADUCTION] «en état d'arrestation pour s'être livré à des voies de fait sur un agent de police». L'appelant a alors tenté de maîtriser Hollett tout en appelant à l'aide au moyen de son émetteur radio portatif. Comme Hollett ne lâchait pas les cheveux de O'Donnell, ce dernier l'a frappé à plusieurs reprises à la tête et à la poitrine. Hollett a par la suite été maîtrisé avec l'aide de deux autres agents de police. On l'a fait monter à l'arrière de la fourgonnette de police et on l'a conduit à l'Hôpital général de Dartmouth. À son arrivée à l'hôpital, Hollett ne semblait pas avoir été blessé gravement. Toutefois, peu après, il a cessé de respirer et est entré dans le coma. Il a été amené à l'Hôpital général Victoria à Halifax, où on a découvert qu'il souffrait de spondylarthrite ankylosante, une affection inflammatoire chronique de la colonne vertébrale qui avait rendu celle-ci rigide et fragile et particulièrement vulnérable aux blessures graves résultant du genre de coups qu'il avait reçus. Hollett est décédé à l'Hôpital général Victoria le 11 août 1980. D'après le médecin-chef qui a effectué l'autopsie, la cause du décès était l'anoxie cérébrale, ou la suppression de l'apport d'oxygène au cerveau par suite de l'arrêt de la respiration qui était une complication directe des blessures que Hollett avait subies dans la région du cou et du haut de la poitrine.

L'appelant et l'agent O'Donnell ont été accusés conjointement de meurtre au deuxième degré et ont subi leur procès devant le juge Clarke de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse siégeant avec un jury. O'Donnell a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. L'appelant a été acquitté.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1982), 3 C.C.C. (3d) 333, a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'agent O'Donnell mais a accueilli l'appel de l'acquittement de l'appelant pour le motif que le juge du procès avait donné des directives erronées au jury quant à l'emploi justifié de la force par un agent de police et quant à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable, et pour le motif qu'il avait omis d'indiquer les

the appellant on the included offence of manslaughter the Court of Appeal held that the verdict would not necessarily have been the same had the trial judge properly instructed the jury.

The appellant contends that the Court of Appeal erred in these conclusions.

These then are the issues in the appeal:

(a) Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge misdirected the jury as to the lawful or justified use of force by a police officer?

(b) Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge misdirected the jury as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter?

(c) Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge failed to indicate the evidence that could support a finding of manslaughter against the appellant?

II

In his directions to the jury concerning the lawful or justified use of force by police officers the trial judge referred to several sections of the *Criminal Code*, including s. 27 respecting the use of force to prevent the commission of an offence, ss. 34 and 35 respecting the use of force in self defence and s. 26 respecting the use of excessive force. The direction which was found by the Court of Appeal to have been in error was based on s. 25(1) of the *Code*, which reads 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

éléments de preuve qui pouvaient appuyer une conclusion d'homicide involontaire coupable contre l'appelant. En ordonnant un nouveau procès de l'appelant relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable, la Cour d'appel a conclu que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait donné des directives appropriées au jury.

L'appelant soutient que la Cour d'appel a commis une erreur dans ces conclusions.

Voici les questions soulevées dans le pourvoi:

a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès a donné des directives erronées au jury quant à l'emploi légitime ou justifié de la force par un agent de police?

b) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès a donné des directives erronées au jury quant à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable?

c) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès a omis d'indiquer les éléments de preuve qui pouvaient appuyer une conclusion d'homicide involontaire coupable contre l'appelant?

II

Dans ses directives au jury quant à l'emploi légitime ou justifié de la force par les agents de police, le juge du procès a mentionné plusieurs articles du *Code criminel*, notamment l'art. 27 concernant le recours à la force pour empêcher la perpétration d'une infraction, les art. 34 et 35 concernant l'emploi de la force en cas de légitime défense et l'art. 26 concernant le recours à une force excessive. La directive que la Cour d'appel a jugé erronée est fondée sur le par. 25(1) du *Code* dont voici le texte:

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*) 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.

After referring to the defence contention that the police constables were carrying out their duties under the provincial *Motor Vehicle Act*, the by-laws of the Halifax-Dartmouth Bridge Commission and the provincial *Hospitals Act* when the encounter with Hollett began, and after reading s. 25 to the jury, the trial judge made the following statements, purporting to be based on the terms of s. 25, concerning the justified use of force by police officers:

... again, under that Section 25, every person acting as a peace officer or in aid of a peace officer in the administration or enforcement of the law 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.

. . .

It appears to me that in responding to the call of Sergeant Purcell, the police officers can be said to be carrying out an investigation within their authority. They responded to the call as police officers. They went there as police officers. They approached Hollett in the course of their duties as police officers. Whether in the subsequent events which occurred after Constable O'Donnell left the driver's seat of the van and Cluett left the passenger seat of the van, the Constables abused their duty and authority in any way, is a matter I leave with you. Police officers are authorized to use such force as is reasonable, proper and necessary to carry out their duties, providing that no wanton or unnecessary violence is imposed. What is reasonable and proper in the particular circumstance, and in the particular case, will depend upon all the circumstances. It is not possible to lay down any hard and fast rule, except the test of reasonableness. If the police officer in carrying out his authority acts on reasonable and probable grounds, he is justified in doing what he is required to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

. . .

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.

Après avoir mentionné les allégations de la défense selon lesquelles les agents de police agissaient dans l'exercice de leurs fonctions en vertu de la *Motor Vehicle Act* de la province, des règlements de la Commission du pont Halifax-Dartmouth et de l'*Hospitals Act* de la province lorsque l'échauffourée avec Hollett a commencé, et après avoir lu l'art. 25 au jury, le juge du procès a fait les déclarations suivantes qui sont censées être fondées sur les termes de l'art. 25, concernant l'emploi justifié de la force par les agents de police:

[TRADUCTION] ... encore une fois, aux termes de cet article 25, quiconque agit à titre d'agent de la paix ou pour venir en aide à un agent de la paix dans l'application ou l'exécution de la loi 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.

. . .

Il me semble qu'on peut dire qu'en répondant à l'appel du sergent Purcell, les agents de police menaient une enquête conformément à leurs pouvoirs. Ils ont répondu à l'appel en tant qu'agents de police. Ils y sont allés à titre d'agents de police. Ils se sont approchés de Hollett dans l'exercice de leurs fonctions d'agents de police. Je vous laisse répondre à la question de savoir si, dans le cours des événements qui sont survenus après que l'agent O'Donnell eut quitté le siège du conducteur de la fourgonnette et que Cluett eut quitté le siège du passager de la fourgonnette, les agents ont de quelque manière abusé de leurs fonctions et de leurs pouvoirs. Les agents de police sont autorisés à employer la force qui est raisonnable, convenable et nécessaire pour exercer leurs fonctions, à la condition que ce soit sans violence inutile ou gratuite. Ce qui est raisonnable et convenable dans des circonstances particulières et dans une affaire particulière, est fonction de toutes les circonstances. Il n'est pas possible d'établir une règle rigide et stricte, à l'exception du critère du caractère raisonnable. Si l'agent de police dans l'exercice de ses pouvoirs agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, il est fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

. . .

Therefore, if a police officer is doing anything in the administration or enforcement of the law and who is required or authorized to do so, he is, if acting 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 Court of Appeal found these statements to be a misdirection by the trial judge as to the lawful or justified use of force by a police officer. Jones J.A., who delivered the unanimous judgment of the Court, appears to have concluded from the context in which the statements were made that the trial judge was of the view and conveyed to the jury the impression that a police officer was justified in using necessary force to carry out an investigation short of arrest. After referring to a statement to the jury by counsel for Constable O'Donnell suggesting that the issue was whether the constables had used excessive force in investigating a complaint, Jones J.A. said (at pp. 345-47):

That statement was based on the legal premise that even if Mr. Hollett had not been arrested the officers were entitled to use whatever force was necessary to have him return to the van in order to identify him and complete the investigations they had undertaken.

It is apparent that the learned trial judge accepted that position. He gave the jury extensive instructions on a number of provisions of the *Motor Vehicle Act*, the *Hospitals Act*, 1977 (N.S.), c. 45, and the Bridge Commission Regulations, all intended to establish that the officers had reason to believe that Mr. Hollett was committing a number of offences and hence the officers were in the lawful execution of their duty when they approached him. After referring to these various provisions the trial judge instructed the jury on the provisions of s. 25 of the *Criminal Code* and the powers of a police officer under the *Police Act*, 1974 (N.S.), c. 9. The trial judge then stated [and here Jones J.A. quoted the second of the three passages quoted above from the trial judge's charge to the jury].

. . .

It is necessary to examine whether the trial judge was correct in instructing the jury that under s. 25 of the *Code* the officers were justified in using as much force as necessary to generally carry out the lawful execution of their duty. With respect, I am unable to agree that

Par conséquent, si un agent de police fait quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi et s'il est obligé ou autorisé à le faire, il 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 a jugé que ces déclarations constituent une directive erronée du juge du procès quant à l'emploi légitime ou justifié de la force par un agent de police. Le juge Jones, qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel, semble avoir conclu à partir du contexte dans lequel les déclarations ont été faites que le juge du procès était d'avis qu'un agent de police est fondé à employer la force nécessaire pour mener une enquête sans effectuer d'arrestation et qu'il a transmis cette impression au jury. Après avoir mentionné une déclaration faite au jury par l'avocat de l'agent O'Donnell dans laquelle il laissait entendre que la question était de savoir si les agents avaient fait usage de force excessive en enquêtant sur une plainte, le juge Jones affirme (aux pp. 345 à 347):

[TRADUCTION] Cette déclaration est fondée sur l'hypothèse juridique selon laquelle, même si M. Hollett n'avait pas été arrêté, les agents avaient le droit d'employer la force nécessaire pour le faire revenir à la fourgonnette afin de l'identifier et de terminer l'enquête qu'ils avaient entreprise.

Il est évident que le savant juge du procès a accepté cette hypothèse. Il a donné au jury des directives détaillées sur un certain nombre de dispositions de la *Motor Vehicle Act*, de l'*Hospitals Act*, 1977 (N.S.), chap. 45, et des Bridge Commission Regulations, toutes destinées à établir que les agents avaient raison de croire que M. Hollett commettait un certain nombre d'infractions et que, par conséquent, ils étaient dans l'exercice légitime de leurs fonctions lorsqu'ils se sont approchés de lui. Après avoir mentionné ces diverses dispositions, le juge du procès a donné au jury des directives sur les dispositions de l'art. 25 du *Code criminel* et les pouvoirs que confère à un agent de police la *Police Act*, 1974 (N.S.), chap. 9. Le juge du procès a alors dit [et ici le juge Jones cite le deuxième des trois passages déjà cités de l'exposé du juge du procès au jury].

. . .

Il est nécessaire d'examiner si le juge du procès a eu raison de dire au jury qu'en vertu de l'art. 25 du *Code* les agents étaient fondés à employer la force nécessaire, d'une manière générale, dans l'exercice légitime de leurs fonctions. Avec égards, je ne puis accepter que l'art. 25

s. 25 of the *Code* or the common law supports that position. I should note at the outset that I have no doubt on the evidence that the officers were in lawful execution of their duty, certainly up to the time that they called Mr. Hollett over to the van . . . .

The undoubted duty of a police officer is to investigate crimes and to ask questions of citizens for that purpose, and in some circumstances to insist on answers, but that does not imply any right to detain a person or to use force for that purpose short of arrest.

After referring to several decisions with particular reference to the power of arrest, including the judgment of this Court in *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56, Jones J.A. concluded on this issue as follows (at pp. 351-52):

There should be no doubt that the police are not entitled to use force unless an arrest is warranted and has been properly made. The obligation to inform a citizen of the reasons for arrest ensures that police officers will exercise their powers properly and with some degree of discretion.

From these authorities I think it is clear that the direction in this case regarding the use of force was in error. If the constables failed to arrest Mr. Hollett when they first approached him and to give him the reasons why he was being arrested the arrest was unlawful and the officers were not acting in the execution of their duty. In the result they were not justified in using force by virtue of s. 25 of the *Code*. Their apprehension of Mr. Hollett constituted an assault which he was entitled to resist at common law and by virtue of s. 34(1) of the *Code* which provides:

> 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.

Counsel for the appellant conceded that the direction of the trial judge with respect to the use of force, if viewed in isolation from the particular position of the appellant, might have left the impression with the jury that a police officer was justified in using necessary force to restrain a

du *Code* ou que la *common law* appuie cette position. Je dois souligner au départ que je n'ai aucun doute, d'après la preuve soumise, que les agents agissaient dans l'exercice légitime de leurs fonctions, certainement jusqu'au moment où ils ont dit à M. Hollett de venir près de la fourgonnette . . .

Il est certain qu'un agent de police a le devoir d'enquêter sur des crimes et de poser des questions à des citoyens pour cette fin, et dans certaines circonstances d'insister pour obtenir des réponses; toutefois cela ne sous-entend pas le droit de détenir une personne ou d'employer la force pour cette fin sans qu'il n'y ait d'arrestation.

Après avoir mentionné plusieurs décisions qui portent particulièrement sur le pouvoir d'arrestation, dont l'arrêt de cette Cour *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56, le juge Jones conclut sur cette question de la manière suivante (aux pp. 351 et 352):

[TRADUCTION] Il ne doit y avoir aucun doute que la police n'est pas autorisée à employer la force à moins qu'une arrestation ne soit justifiée et qu'elle n'ait été correctement effectuée. L'obligation d'informer un citoyen des motifs de son arrestation garantit que les agents de police exerceront leurs pouvoirs régulièrement et avec une certaine mesure de prudence.

Ces décisions m'amènent à penser qu'il est évident que la directive en l'espèce concernant l'emploi de la force est erronée. Si les agents n'ont pas arrêté M. Hollett lorsqu'ils se sont approchés de lui pour la première fois et ne lui ont pas donné les motifs pour lesquels il était arrêté, l'arrestation était illégale et les agents n'agissaient pas dans l'exercice de leurs fonctions. Par conséquent, ils n'étaient pas fondés à employer la force en vertu de l'art. 25 du *Code*. L'arrestation de M. Hollett constituait une attaque à laquelle il avait le droit de résister en vertu de la *common law* et du par. 34(1) du *Code* qui 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.

L'avocat de l'appelant a reconnu que la directive du juge du procès en ce qui a trait à l'emploi de la force, si on la considère indépendamment de la situation particulière de l'appelant, pourrait avoir donné au jury l'impression qu'un agent de police est fondé à employer la force nécessaire pour

person short of arrest for the purpose of carrying out an investigation, and that this would have been an error. He submitted, however, that in considering the effect of this direction, in so far as the appellant was concerned, the Court of Appeal failed to take into account the different positions of the appellant and O'Donnell with respect to the power of arrest.

The appellant testified that he had not observed how the struggle between O'Donnell and Hollett began, that when he responded to O'Donnell's cry he called on Hollett to release his hold on O'Donnell's head, and that when Hollett refused to do so, the appellant arrested him, informing him that he was being arrested for assaulting a police officer. Because of the importance in this case of the difference in the positions of O'Donnell and the appellant with respect to the power of arrest I think it is desirable to quote the following testimony of the appellant as to what happened after O'Donnell left the van to go after Hollett:

Q. You made mention that he walked away. Do you know in what direction he walked?

A. Yes, it was in a southwesterly direction away from the driver's door of the van.

Q. At that time, do you know how far he walked?

A. No, Sir. I lost sight of him once he got away from the driver's door.

Q. What if anything did Constable O'Donnell do at that time?

A. Constable O'Donnell got out of the driver's door of the truck and went in the direction of the man.

Q. For what period of time was he.. was he in your sight at all times?

A. No, I lost sight of Constable O'Donnell as well, so then I just stayed seated in the passenger seat and I was looking out front, and I was looking across to the Esso Centre and I noticed a group of people there getting gas and, just glaring around and then I heard a holler.

Q. Now, what type of holler did you hear?

maîtriser une personne sans l'arrêter aux fins de mener une enquête, et que cela aurait été une erreur. Toutefois, il a soutenu que si l'on considère l'effet de cette directive, dans la mesure où l'appelant est concerné, la Cour d'appel n'a pas tenu compte des situations différentes de l'appelant et de O'Donnell en ce qui a trait au pouvoir d'arrestation.

L'appelant a témoigné qu'il n'avait pas remarqué de quelle manière avait commencé l'échauffourée entre O'Donnell et Hollett, que lorsqu'il a répondu à l'appel de O'Donnell il a demandé à Hollett de lâcher la tête de O'Donnell et que, lorsque Hollett a refusé de le faire, il l'a arrêté en l'informant qu'il était en état d'arrestation pour s'être livré à des voies de fait sur un agent de police. À cause de l'importance dans cette affaire de la différence entre la situation de O'Donnell et celle de l'appelant en ce qui a trait au pouvoir d'arrestation, j'estime qu'il est souhaitable de citer le témoignage suivant de l'appelant sur ce qui s'est produit après que O'Donnell eut quitté la fourgonnette pour poursuivre Hollett:

[TRADUCTION]

Q. Vous avez mentionné qu'il s'était éloigné en marchant. Savez-vous dans quelle direction il marchait?

R. Oui, c'était en direction sud-ouest en s'éloignant de la porte de la fourgonnette du côté du conducteur.

Q. À ce moment-là, savez-vous jusqu'où il a marché?

R. Non, monsieur. Je l'ai perdu de vue dès qu'il s'est éloigné de la porte du conducteur.

Q. Qu'est-ce que l'agent O'Donnell a fait à ce moment?

R. L'agent O'Donnell est sorti du camion par la porte du conducteur et s'est dirigé vers l'homme.

Q. Pendant combien de temps avez-vous pu . . . avez-vous pu le voir en tout temps?

R. Non, j'ai également perdu de vue l'agent O'Donnell, alors je suis simplement resté assis sur le siège du passager et je regardais devant en direction du centre Esso et j'ai remarqué un groupe de personnes qui y prenaient de l'essence et qui regardaient autour et c'est alors que j'ai entendu une plainte.

Q. Maintenant, quelle genre de plainte avez-vous entendu?

A. It was..it's a little difficult to describe it was just a loud holler. Not a moan but like somebody hollering like a "AHHHHH" type of thing. And, my automatic reaction being two-man and when the other guy leaves the van, I just leaned forward and looked, and at that time I saw that the man had Constable O'Donnell in the top of the head in a bent over at the waist position.

. . .

Q. And, what did you do upon your arrival?

A. Upon the arrival I said on two occasions to the man, I said "Get your arms off my partner's head". I said that twice, one after another. "Get your hands off my partner's head".

Q. What was Constable O'Donnell doing at this time?

A. He was hollering at the top of his voice "Get the . . . guy off . . . it hurts . . . get him off".

Q. And, what if anything did Mr. Hollett do at this time?

A. Didn't seem to jar him. From what I observed as I mentioned he was standing there, his arms were just anchored right in the top of Constable O'Donnell's hair and his arms straight, and his arms and his head were quivering just like he was cold, and he had a moaning like "Ahhh . . . ssss . . . ahhh" (?) that type of groaning coming from him. So, at that time, I said "You're under arrest for assaulting a police officer".

Constable O'Donnell also testified that the appellant arrested Hollett, informing him that he was being arrested for assaulting a police officer, after telling him to release his hold on O'Donnell's hair.

In his charge to the jury the trial judge stressed the importance of bearing in mind that there were two accused and that the case against each of them must be considered separately. He said at one point in his charge:

Now, remember please that there are two accused. You have to consider each separately and render a verdict for each one.

To the same effect he said later in his charge:

Each accused is charged on a common indictment, but each accused is entitled to have his guilt or innocence as to the crime charged determined from his own conduct

R. C'était . . . c'est un peu difficile à décrire, c'était simplement une plainte forte. Pas un gémissement, mais comme si quelqu'un criait «AHHHHH». Et, ma réaction automatique étant celle qu'a un membre d'une équipe de deux hommes lorsque l'autre a quitté la fourgonnette, je me suis simplement penché en avant pour regarder et, à ce moment-là, j'ai vu que l'homme tenait par le dessus de la tête l'agent O'Donnell qui était plié.

. . .

Q. Et qu'avez-vous fait lorsque vous êtes arrivé?

R. Lorsque je suis arrivé, j'ai dit à deux reprises à l'homme, j'ai dit «Lâchez la tête de mon collègue». Je l'ai dit deux fois de suite. «Lâchez la tête de mon collègue».

Q. Que faisait l'agent O'Donnell à ce moment?

R. Il criait à tue-tête «Libère-moi . . . de ce type . . . ça fait mal . . . libère-moi de lui».

Q. Et qu'a fait M. Hollett à ce moment-là?

R. Cela n'a pas semblé le déranger. D'après ce que j'ai remarqué comme je l'ai mentionné, il était debout et tenait fermement à bout de bras les cheveux de l'agent O'Donnell et ses bras et sa tête tremblaient comme s'il avait froid et il gémissait «ahhh . . . ssss . . . ahhh» (?) il poussait ce genre de gémissement. Alors, à ce moment, j'ai dit «Vous êtes en état d'arrestation pour vous être livré à des voies de fait sur un agent de police».

L'agent O'Donnell a également témoigné que l'appelant a arrêté Hollett, l'informant qu'il était en état d'arrestation pour s'être livré à des voies de fait sur un agent de police, après lui avoir dit de lâcher les cheveux de O'Donnell.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a souligné l'importance de garder à l'esprit qu'il y avait deux accusés et que les accusations contre chacun d'eux devaient être examinées séparément. Il affirme à un moment donné dans son exposé:

[TRADUCTION] Maintenant, veuillez vous rappeler qu'il y a deux accusés. Vous devez examiner leur cas séparément et rendre un verdict pour chacun d'eux.

Dans le même sens, il ajoute plus loin dans son exposé:

[TRADUCTION] Chaque accusé est inculpé en vertu d'un acte d'accusation commun, mais chacun d'eux a droit à ce que l'on détermine sa culpabilité ou son innocence

and from the evidence which applies to him as if he were being tried alone. Each of the accused then in that sense must be considered separately. Evidence which is before you may relate to one of the accused and not to the other accused. In that sense you cannot necessarily accept the evidence for or against one accused as being for or against the other accused. In the end, you will have to render a verdict, meaning a separate verdict, with respect to each of the accused. That is to say, you will render a verdict with respect to each of the accused, considered separately, which may or may not be the same verdict.

The trial judge referred to the power of arrest without warrant conferred by s. 450(1)(*b*) of the *Criminal Code* where a police officer finds a person apparently committing a criminal offence. The direction concerning the justified use of force, based on the terms of s. 25 of the *Code*, immediately followed the instructions concerning the power of arrest. The trial judge put to the jury the defence based on arrest and the right to use necessary force to effect arrest. He directed the jury's attention to the evidence of the appellant and O'Donnell with respect to the appellant's arrest of Hollett.

On this evidence it was open to the jury to conclude in the context of the trial judge's charge as a whole, that the appellant was exercising the power, under s. 450(1)(*b*) of the *Code*, to arrest Hollett as a person who, he had reasonable grounds for believing, was apparently committing the criminal offence of assault (see *Roberge v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 312 at pp. 324-25), that he was justified in using necessary force for such purpose, and that he did not use excessive force. I am far from satisfied that the trial judge's charge to the jury with respect to the justified use of force by a police officer, which purported to be, and was in fact, based essentially on the terms of s. 25 of the *Code*, was clearly calculated to convey the impression to the jury that a police officer was justified in using necessary force to carry out an investigation short of arrest. But assuming that that direction might have been misleading in so far as the position of Constable O'Donnell was con-

quant au crime reproché en fonction de sa propre conduite et des éléments de preuve qui s'appliquent à lui, tout comme s'il subissait son procès seul. Alors, la situation de chaque accusé doit en ce sens être examinée séparément. Des éléments de preuve qui vous ont été présentés peuvent se rapporter à l'un des accusés et pas à l'autre. En ce sens, vous pouvez ne pas accepter nécessairement les éléments de preuve en faveur d'un accusé ou contre celui-ci comme jouant en faveur de l'autre ou contre lui. En définitive, vous aurez à rendre un verdict, c'est-à-dire un verdict séparé, à l'égard de chacun des accusés. Autrement dit, vous rendrez, à l'égard de chaque accusé pris séparément, un verdict qui ne sera pas nécessairement le même pour chacun d'eux.

Le juge du procès a mentionné le pouvoir d'arrestation sans mandat que confère l'al. 450(1)*b*) du *Code criminel* lorsqu'un agent de police trouve une personne apparemment en train de commettre une infraction criminelle. La directive concernant l'emploi justifié de la force, fondée sur les termes de l'art. 25 du *Code*, a suivi immédiatement les directives concernant le pouvoir d'arrestation. Le juge du procès a exposé au jury le moyen de défense fondé sur l'arrestation et le droit d'employer la force nécessaire pour effectuer l'arrestation. Il a attiré l'attention du jury sur les témoignages de l'appelant et de O'Donnell quant à l'arrestation de Hollett par l'appelant.

À partir de ces témoignages, le jury pouvait conclure, dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge du procès, que l'appelant exerçait le pouvoir que confère l'al. 450(1)*b*) du *Code* d'arrêter Hollett en tant que personne à l'égard de laquelle il avait des motifs raisonnables de croire qu'elle était apparemment en train de commettre l'infraction criminelle de voies de fait (voir *Roberge c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 312, aux pp. 324 et 325), qu'il était fondé à employer la force nécessaire pour cette fin et qu'il n'a pas employé de force excessive. Je suis loin d'être convaincu que l'exposé du juge du procès au jury quant à l'emploi justifié de la force par un agent de police, qui était censé être et qui était en fait fondé essentiellement sur les termes de l'art. 25 de *Code*, était clairement destiné à transmettre au jury l'impression qu'un agent de police est fondé à employer la force nécessaire pour mener une enquête sans effectuer d'arrestation. Toutefois, en supposant que cette

cerned, I do not think that it could have misled the jury with respect to the appellant because of his different position with respect to the power of arrest. Clearly the jury was able to distinguish the positions of the two constables. The Court of Appeal, although it noted the evidence of the appellant's arrest of Hollett, failed to distinguish the positions of the two constables with respect to the power of arrest, as indicated by the following statement of Jones J.A.: "If the constables failed to arrest Mr. Hollett when they first approached him and to give him the reasons why he was being arrested the arrest was unlawful and the officers were not acting in the execution of their duty." That the Court of Appeal failed to attach significance to the different positions of the appellant and O'Donnell with respect to the power of arrest, in considering the effect of the direction as to the use of force in the appellant's case, is further indicated, I think, by the statement of Jones J.A. that misdirection as to the use of force and as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter provided the only plausible explanation of how the jury could have reached a different verdict with respect to the two accused. For these reasons I am of the opinion that the Court of Appeal erred in holding that there was misdirection by the trial judge concerning the use of force, at least in so far as the appellant was concerned, calling for the setting aside of the appellant's acquittal.

III

The conclusion of the Court of Appeal that the trial judge misdirected the jury as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter was based on the following statement by the trial judge: "Of course, such a person who is alleged to have aided or abetted another person to commit an offence must have done so with a guilty intent before he can be found guilty of the offence itself." That statement was part of a rather long

directive aurait pu être trompeuse en ce qui concerne la situation de l'agent O'Donnell, je ne crois pas qu'elle aurait pu induire le jury en erreur en ce qui a trait à l'appelant parce que sa situation est différente relativement au pouvoir d'arrestation. De toute évidence, le jury était en mesure de faire la distinction entre les situations respectives des deux agents. La Cour d'appel, bien qu'elle ait souligné les témoignages sur l'arrestation de Hollett par l'appelant, n'a pas fait la distinction entre les situations respectives des deux agents en ce qui a trait au pouvoir d'arrestation, comme l'indique la déclaration précitée du juge Jones: «Si les agents n'ont pas arrêté M. Hollett lorsqu'ils se sont approchés de lui pour la première fois et ne lui ont pas donné les motifs pour lesquels il était arrêté, l'arrestation était illégale et les agents n'agissaient pas dans l'exercice de leurs fonctions». La Cour d'appel n'a attaché aucune importance à la différence entre la situation de l'appelant et celle de O'Donnell en ce qui a trait au pouvoir d'arrestation, quand elle a examiné l'effet de la directive relativement à l'emploi de la force dans le cas de l'appelant; cela ressort également, je crois, de la déclaration du juge Jones portant que la directive erronée relativement à l'emploi de la force et à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable fournissait la seule explication plausible de la manière dont le jury aurait pu parvenir à un verdict différent à l'égard des deux accusés. Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la directive du juge du procès sur l'emploi de la force, du moins en ce qui concerne l'appelant, était erronée et que cela exigeait l'annulation de l'acquittement de l'appelant.

III

La conclusion de la Cour d'appel, portant que le juge du procès a donné une directive erronée au jury quant à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable, est fondée sur la déclaration suivante du juge du procès: [TRADUCTION] «Évidemment, la personne dont on prétend qu'elle a aidé ou encouragé une autre personne à commettre une infraction doit avoir eu une inten-

charge on the mental element required to become a party to an offence under s. 21(1) of the *Code* by aiding or abetting the principal offender, in the course of which the trial judge used a variety of expressions to characterize the required state of mind or conduct. The essential emphasis in the trial judge's charge on this point was that there must be an intent to aid or abet, as reflected in the following statement: "There must be intentional encouragement or assistance in the commission of the crime for an accused to be guilty of aiding or abetting." The charge on the mental element required for aiding or abetting followed a very full and clear exposition of the difference, in respect of *mens rea*, between murder and manslaughter, in the course of which the trial judge said: "No intention to kill or cause bodily harm of the nature I have described need be proved by the Crown beyond a reasonable doubt to sustain a verdict of manslaughter. Manslaughter is unintentional killing resulting from an unlawful act . . . ."

tion coupable en le faisant, pour pouvoir être déclarée coupable de l'infraction elle-même». Cette déclaration fait partie d'un exposé plutôt long sur l'élément moral nécessaire pour qu'une personne devienne partie à une infraction au sens du par. 21(1) du *Code* en aidant ou en encourageant le contrevenant principal, exposé dans lequel le juge du procès a utilisé diverses expressions pour caractériser l'état d'esprit ou la conduite nécessaires. Le juge du procès a essentiellement souligné, dans son exposé sur ce point, qu'il doit y avoir une intention d'aider ou d'encourager comme en témoigne la déclaration suivante: [TRADUCTION] «Il doit y avoir une aide ou un encouragement intentionnel à commettre le crime pour que l'accusé soit coupable d'aide ou d'encouragement.» L'exposé sur l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement suivait une démonstration très claire et très complète de la différence, sur le plan de la *mens rea*, entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, au cours de laquelle le juge du procès a affirmé: [TRADUCTION] «Il n'est pas nécessaire que le ministère public démontre hors de tout doute raisonnable l'intention de causer la mort ou de causer des lésions corporelles du genre de celles que j'ai décrites, pour qu'il puisse y avoir un verdict d'homicide involontaire coupable. Commettre un homicide involontaire coupable c'est causer la mort sans le vouloir par suite d'un acte illégal . . .»

The reasoning and conclusion of the Court of Appeal on this issue is indicated in the following passages from the reasons for judgment of Jones J.A. (at pp. 368-69):

Having initially instructed the jury that no intention to kill was necessary to convict of manslaughter, in referring to parties, the trial judge mentioned the need for "guilty intent" without explaining what was meant to the jury. The question of intent was vital, of course, if a person was a party to the offence of murder. The Crown argues that it was necessary for the trial judge at this point to explain to the jury the *mens rea* required of a party to the offence of murder or manslaughter and to distinguish between the two offences.

Le raisonnement et la conclusion de la Cour d'appel sur cette question sont révélés dans les passages suivants des motifs du juge Jones (aux pp. 368 et 369):

[TRADUCTION] Après avoir d'abord exposé au jury qu'aucune intention de causer la mort n'était nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable, en parlant des parties, le juge du procès a souligné qu'il était nécessaire d'avoir une «intention coupable» sans expliquer au jury ce que cela signifiait. La question de l'intention était fondamentale évidemment, si une personne était partie à l'infraction de meurtre. Le ministère public soutient qu'à ce stade il fallait que le juge du procès explique au jury la *mens rea* que devait avoir une partie à l'infraction de meurtre ou d'homicide involontaire coupable et qu'il fasse la distinction entre les deux infractions.

. . . . . .

To aid or abet the offence of manslaughter it was only necessary for Constable Cluett to know that an unlawful assault was taking place or if a lawful arrest had been effected that excessive force was being used. No other intention was necessary. The distinction between parties to the offences of murder and manslaughter was not made clear to the jury.

I am of the opinion that there was no error in the trial judge's charge with respect to the mental element required to become a party to an offence by aiding or abetting, and that his charge on this question could not have confused or misled the jury, in view of his earlier clear direction on the difference, in respect of *mens rea*, between murder and manslaughter, into thinking that aiding or abetting manslaughter required an intention to kill that manslaughter itself did not. As I have said, the trial judge's charge to the jury on the mental element required for aiding or abetting was a long one in which he used a variety of expressions to characterize the required mental element, including a reference to "prior knowledge of the principal's intention to commit the offence". From the various ways in which he expressed the necessary mental element for aiding or abetting I would infer that his charge was based essentially on the language used by Dickson J. (as he then was) and the authorities from which he quoted in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881 at pp. 891-96. Because of the nature of the trial judge's charge on the mental element required for aiding or abetting it was impossible in my opinion for the jury to conclude that in using the words "guilty intent" he was referring, not to the mental element required for aiding or abetting, but to that required for manslaughter. Towards the end of his charge to the jury the trial judge again emphasized the difference, in respect of *mens rea*, between murder and manslaughter, saying, "No intention to kill or cause bodily harm of the nature I have described need be proved by the Crown beyond a reasonable doubt to sustain a verdict of manslaughter. Manslaughter is unintentional killing resulting from an unlawful act ...." As for the possibility that there should have been a clearer reference by the trial judge to the necessity of knowledge that the principal offender was commit-

Pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration de l'infraction d'homicide involontaire coupable, il suffisait que l'agent Cluett sache qu'on était en train de se livrer à des voies de fait ou, s'il y avait eu une arrestation illégale, qu'une force excessive était employée. Aucune autre intention n'était nécessaire. La distinction entre les parties aux infractions de meurtre et d'homicide involontaire coupable n'a pas été établie clairement devant le jury.

Je suis d'avis qu'il n'y a pas d'erreur dans l'exposé du juge du procès au sujet de l'élément moral nécessaire pour devenir partie à une infraction par l'aide ou l'encouragement à sa perpétration et que, compte tenu de sa directive précédente qui établissait clairement la différence, sur le plan de la *mens rea*, entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, son exposé sur cette question ne peut avoir troublé ou trompé le jury en l'amenant à croire qu'aider ou encourager à la perpétration de l'homicide involontaire coupable exigeait une intention de causer la mort que n'exigeait pas l'homicide involontaire coupable. Comme je l'ai dit, l'exposé du juge du procès au jury concernant l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement est un exposé long dans lequel il a eu recours à diverses expressions pour caractériser l'élément moral nécessaire, mentionnant notamment [TRADUCTION] «la connaissance préalable de l'intention du contrevenant principal de commettre l'infraction». Compte tenu des diverses manières dont il a décrit l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement, je déduis que son exposé était fondé essentiellement sur le langage employé par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) et les décisions qu'il cite dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, aux pp. 891 à 896. Étant donné la nature de l'exposé du juge du procès concernant l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement, il était impossible à mon avis que le jury conclue que par l'utilisation de l'expression «intention coupable» il visait non pas l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement, mais celui qui était nécessaire pour qu'il y ait homicide involontaire coupable. Vers la fin de son exposé au jury, le juge du procès a encore une fois mis l'accent sur la différence, sur le plan de la *mens rea*, entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, en disant: «Il n'est pas nécessaire

ing an unlawful act, such a reference could only have been favourable to the appellant in view of the evidence to which I have referred concerning the appellant's arrest of Hollett. Looking at the trial judge's charge to the jury as a whole, I am of the opinion that the jury were left with a sufficient understanding, in relation to the appellant, of the mental element required for aiding or abetting manslaughter.

IV

The conclusion of the Court of Appeal that the trial judge failed to indicate the evidence that could support a finding of manslaughter against the appellant is contained in the following passage of the reasons of Jones J.A. (at pp. 369-70):

> In addition, the trial judge failed to point out the facts which could support a finding of manslaughter against Constable Cluett. Taken in conjunction with the direction on the right to use force it was impossible for the jury to appreciate the case for the Crown. As I have already noted, this appears to be the most plausible explanation of the jury's verdict. In the event that the jury had been properly instructed it is difficult to see how they could have reached a different verdict with regard to each of the accused.

I am unable to agree with this conclusion. The trial judge set out the contentions of the Crown and the accused, as well as the applicable law, and made a very full summary of the relevant evidence. He clearly indicated the possibility of manslaughter. He did not have a duty to relate specific portions of the evidence to the issue of manslaughter, in so far as the appellant was concerned. See *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781 at pp.

que le ministère public démontre hors de tout doute raisonnable l'intention de causer la mort ou de causer des lésions corporelles du genre de celles que j'ai décrites, pour qu'il puisse y avoir un verdict d'homicide involontaire coupable. Commettre un homicide involontaire coupable c'est causer la mort sans le vouloir par suite d'un acte illégal . . . » Quant à l'hypothèse selon laquelle le juge du procès aurait dû mentionner de façon claire qu'il était nécessaire de savoir que le contrevenant principal commettait un acte illégal, une telle mention n'aurait pu être que favorable à l'appelant compte tenu des éléments de preuve que j'ai mentionnés concernant l'arrestation de Hollett par l'appelant. Examinant l'exposé du juge du procès au jury dans son ensemble, je suis d'avis que le jury avait une compréhension suffisante, en ce qui a trait à l'appelant, de l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable.

IV

La constatation de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas indiqué les éléments de preuve qui pouvaient appuyer une conclusion d'homicide involontaire coupable contre l'appelant est contenue dans le passage suivant des motifs du juge Jones (aux pp. 369 et 370):

> [TRADUCTION] De plus, le juge du procès n'a pas indiqué les faits qui pouvaient appuyer une conclusion d'homicide involontaire coupable contre l'agent Cluett. Si on rapproche cela de la directive sur le droit d'employer la force, il était impossible au jury de bien saisir la preuve du ministère public. Comme je l'ai déjà fait remarquer, cela paraît être l'explication la plus plausible du verdict du jury. Si le jury avait reçu des directives appropriées, il est difficile de voir comment il aurait pu parvenir à un verdict différent pour chacun des accusés.

Je ne puis souscrire à cette conclusion. Le juge du procès a exposé les arguments du ministère public et de l'accusé ainsi que le droit applicable et il a fait un résumé très complet des éléments de preuve pertinents. Il a clairement souligné la possibilité qu'il y ait homicide involontaire coupable. Il n'était pas tenu de relier des parties précises de la preuve à la question de l'homicide involontaire coupable dans la mesure où l'appelant était visé.

792-93. Moreover, his summary of the evidence, in so far as the possibility of a finding of manslaughter against the appellant was concerned, must be seen in relation to the evidence that the appellant did not see how the struggle between O'Donnell and Hollett began and arrested Hollett as a person who he had reasonable grounds for believing was apparently assaulting O'Donnell.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the acquittal of the appellant.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: David J. Bright, Dartmouth.

Solicitors for the respondent: Dana W. Giovannetti and Duncan R. Beveridge, Halifax.

Voir *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, aux pp. 792 et 793. De plus, le résumé de la preuve qu'a fait le juge du procès en ce qui a trait à la possibilité d'arriver à une conclusion d'homicide involontaire coupable contre l'appelant doit être rapproché du témoignage portant que l'appelant n'a pas vu de quelle manière a commencé l'échauffourée entre O'Donnell et Hollett et qu'il a arrêté Hollett en tant que personne à l'égard de laquelle il avait des motifs raisonnables de croire qu'elle était apparemment en train de se livrer à des voies de fait sur O'Donnell.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement de l'appelant.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: David J. Bright, Dartmouth.

Procureurs de l'intimée: Dana W. Giovannetti et Duncan R. Beveridge, Halifax.

Edward Martin Fanjoy *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17172.

1985: January 25; 1985: October 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Powers of Court of Appeal — Errors at trial — Trial judge failing to limit cross-examination of accused and misdirecting jury on alibi defence — Errors prejudicial to accused — Section 613(1)(b)(iii) of the Code inapplicable to uphold conviction — Criminal Code, s. 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

The Court of Appeal dismissed appellant's appeal against his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. Because of the strength of the Crown's circumstantial case against the appellant, the Court of Appeal applied the proviso of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code* to uphold the conviction despite its findings (1) that the Crown's cross-examination of appellant dealing with his previous sexual conduct was improper and "could only unfairly prejudice the appellant" and (2) that the trial judge's direction with respect to appellant's alibi evidence was wrong and also prejudicial to him. This appeal is to determine whether the Court of Appeal erred in the application of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code*.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in applying s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code* to uphold the conviction. The proviso of s. 613(1)(*b*)(iii) applies only where a court of appeal is of the opinion that on the ground of a wrong decision on a question of law an appeal might be decided in favour of the appellant, and where it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Here, the trial judge's failure to limit the cross-examination was an error of mixed law and fact and, accordingly, the conviction could not be saved by the application of the proviso. Having found that the abusive cross-examination was unfairly prejudicial to the appellant, the Court of Appeal should have allowed the appeal on the basis that there had been a

Edward Martin Fanjoy *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17172.

1985: 25 janvier; 1985: 10 octobre.

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

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

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Erreurs du juge du procès — Omission de limiter le contre-interrogatoire de l'accusé et directives erronées quant à la défense d'alibi — Erreurs préjudiciables à l'accusé — Non-applicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code pour confirmer la déclaration de culpabilité — Code criminel, art. 613(1)a)(iii), b)(iii).

La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. À cause de la force de la preuve circonstancielle du ministère public contre l'appelant, la Cour d'appel a appliqué le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code* pour maintenir la déclaration de culpabilité malgré ses conclusions selon lesquelles (1) le contre-interrogatoire de l'appelant par le ministère public portant sur sa conduite sexuelle antérieure était inapproprié et «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant» et (2) les directives du juge du procès relatives à la preuve d'alibi de l'appelant étaient erronées et causaient un préjudice à l'appelant. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur dans l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code* pour maintenir la déclaration de culpabilité. Le sous-alinéa 613(1)*b*)(iii) ne s'applique que lorsqu'une cour d'appel estime que, étant donné une décision erronée sur une question de droit, l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, mais qu'elle estime également qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En l'espèce, l'omission du juge du procès de limiter le contre-interrogatoire constitue une erreur mixte de fait et de droit et, par conséquent, la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue par l'application de la disposition. La Cour d'appel, ayant conclu que le contre-interrogatoire abusif portait injustement préjudice à

miscarriage of justice under s. 613(1)(*a*)(iii) of the *Code*.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 156, 157, 613(1)(*a*)(iii), (*b*)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, dated June 2, 1982, dismissing the accused's appeal from his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Clayton C. Ruby, for the appellant.

Susan G. Ficek, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal against the judgment of the Ontario Court of Appeal, dated June 2, 1982, which dismissed the appellant's appeal against his conviction for gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*. The appeal was dismissed by the application of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code* after findings that the cross-examination of the appellant by Crown counsel at trial "could only unfairly prejudice the appellant", and that an error in charging the jury to the effect that "mere disbelief in the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself" was wrong and was prejudicial to the accused.

The appellant was charged with committing an act of gross indecency with one Kenneth Jodoin, contrary to s. 157 of the *Criminal Code*, and with indecent assault on Kenneth Jodoin, contrary to s. 156 of the *Code* (since repealed). He was tried at Hamilton before His Honour Judge Clare and a jury and convicted on both counts. His appeal to the Court of Appeal (Jessup, Brooke and Cory JJ.A.) was allowed in part. The conviction under s. 156 of the *Code* was quashed but the appeal against the gross indecency conviction under s. 157 was dismissed.

l'appelant, aurait dû accueillir l'appel en vertu du sous-al. 613(1)*a*)(iii) du *Code* pour le motif qu'il s'est produit une erreur judiciaire.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 156, 157, 613(1)*a*)(iii), *b*(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, en date du 2 juin 1982, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Clayton C. Ruby, pour l'appelant.

Susan G. Ficek, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi est interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, en date du 2 juin 1982, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de grossière indécence prononcée en vertu de l'art. 157 du *Code criminel*. L'appel a été rejeté en application du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code* après qu'on eut conclu que le contre-interrogatoire de l'appelant par le substitut du procureur général lors du procès [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant» et qu'une directive du juge au jury selon laquelle [TRADUCTION] «le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même» était erronée et portait préjudice à l'accusé.

L'appelant a été accusé d'avoir commis un acte de grossière indécence avec un nommé Kenneth Jodoin, contrairement à l'art. 157 du *Code criminel* et d'avoir attenté à la pudeur de Kenneth Jodoin contrairement à l'art. 156 du *Code* (abrogé depuis lors). Il a subi son procès à Hamilton devant le juge Clare et un jury et a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation. Son appel à la Cour d'appel (les juges Jessup, Brooke et Cory) a été accueilli en partie. La déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 156 du *Code* a été annulée mais l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de grossière indécence en contravention de l'art. 157 a été rejeté.

On May 27, 1981, the complainant was attacked in his apartment at about 1:00 a.m. He had been undergoing hormone treatment in preparation for what was described as a "sex-change operation", and was dressed as, and had assumed the appearance of, a woman. He was planning to leave his apartment when he heard a motor vehicle stop in front of the building. He saw a man, whom he later identified as the appellant, enter the building. The man asked Jodoin for a beer. The complainant said he had no beer, but at the visitor's request he allowed entry to his apartment because the visitor wished to use the washroom. When in the apartment the visitor attacked the complainant. There was a struggle and a forced act of fellatio by the complainant. The assailant then left.

There was evidence of identification of the appellant, including evidence relating to his clothing, and also evidence identifying the licence number of the motor vehicle which was correct to within one digit of the licence number of the appellant's vehicle. There was, as found by the Court of Appeal, a very strong circumstantial case against the appellant. The appellant gave evidence on his own behalf. He denied having been the attacker and swore he was not at the complainant's apartment building on that occasion though he had visited another tenant of the block on another occasion. He gave an account of his movements on the night in question, which placed him elsewhere than the scene of the crime and which was supported by witnesses called on his behalf. The jury, having heard all the evidence, clearly disbelieved the appellant and convicted him.

During the trial, Crown counsel (not counsel on this appeal) conducted a repetitive and improper cross-examination of the appellant. The trial judge interfered on two occasions cautioning Crown counsel but did not prevent the continuation of the examination. Evidence of previous sexual conduct of the appellant unrelated to the offence charged had been admitted as part of the Crown's case. The Court of Appeal considered that its admission was improper. The cross-examination dealt exten-

Le 27 mai 1981, vers une heure du matin, le plaignant a été attaqué dans son appartement. Il suivait un traitement hormonal préparatoire à ce qui a été décrit comme une «opération de transformation sexuelle»; il était habillé en femme et en avait pris l'apparence. Il allait sortir de son appartement lorsqu'il a entendu un véhicule s'arrêter devant l'immeuble. Il a vu un homme, qu'il a par la suite identifié comme l'appelant, entrer dans l'immeuble. L'homme a demandé à Jodoin de lui donner une bière. Le plaignant a dit qu'il n'avait pas de bière mais, à la demande du visiteur, il lui a permis d'entrer dans son appartement parce qu'il désirait utiliser les toilettes. Une fois dans l'appartement, le visiteur a attaqué le plaignant. Il y a eu une bagarre et le plaignant a été forcé d'exécuter un acte de fellation. L'agresseur a alors quitté les lieux.

Des éléments de preuve relativement à l'identité de l'appelant ont été présentés, y compris des éléments relatifs à ses vêtements et également des éléments identifiant la plaque du véhicule qui correspondait à un chiffre près au numéro de la plaque du véhicule de l'appelant. Il y avait, comme l'a conclu la Cour d'appel, une preuve circonstancielle très forte contre l'appelant. L'appelant a témoigné pour son propre compte. Il a nié avoir été l'attaquant et a déclaré sous serment qu'il ne se trouvait pas dans l'immeuble du plaignant à ce moment-là, bien qu'il ait rendu visite à un autre locataire de l'immeuble à un autre moment. Il a fait état de ses déplacements au cours de la nuit en question, qui le situaient ailleurs que sur la scène du crime et qui étaient appuyés par des témoins qu'il avait cités. Le jury, après avoir entendu toute la preuve, a clairement refusé de croire l'appelant et l'a déclaré coupable.

Au cours du procès, le substitut du procureur général (qui n'est pas l'avocat dans le présent pourvoi) a contre-interrogé l'appelant de façon répétitive et inappropriée. Le juge du procès est intervenu à deux reprises pour avertir le substitut sans toutefois l'empêcher de continuer l'interrogatoire. Des éléments de preuve relatifs à la conduite sexuelle antérieure de l'appelant, non reliés à l'infraction dont il était accusé, ont été admis dans le cadre de la preuve à charge. La Cour d'appel a

sively with that evidence. The appellant was challenged to explain away or account for the evidence of Crown witnesses, and it is apparent from a reading of the transcript that the appellant became upset and emotionally disturbed by the constant repetition of questions which he had already answered. These facts appear to have led the court to interfere. The Court of Appeal was of the view that the cross-examination was improper. Brooke J.A., with whom Cory J.A. agreed, after noting that the case for the defence depended on the jury's view of the evidence of the appellant and his witnesses to his alibi, said:

As to the cross-examination, while the evidence led in the cross-examination was to some extent relevant to show that the appellant was in the building where the complainant resides and at the hour that she says that he was there, it went too far when the appellant's sexual conduct on another occasion was introduced in the cross-examination and, in particular, when Crown counsel persisted in this regard over the accused's denial. Crown counsel sought and was permitted to lead that evidence which was not really relevant to the issue and could only unfairly prejudice the appellant. Nothing further need be said about the misdirection that mere disbelief in the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself. This Court has dealt with such matters on a number of other occasions. The direction was wrong and, of course, was prejudicial to the accused.

He concluded because of the strength of the Crown's circumstantial case it was a proper case for the application of the proviso in s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code*.

In this Court it was contended by the appellant that the application of the proviso was improper and that it constituted reversible error. It was contended that the impropriety of the cross-examination raised at most a question of mixed law and fact and, accordingly, it could not be the subject of the application of the proviso. Furthermore, the error found by the Court of Appeal to be "unfairly prejudicial", even if considered an error of law, was not such an error that the proviso should have been applied. The Crown argued that

jugé que cette admission était abusive. Le contre-interrogatoire portait en grande partie sur cette preuve. L'appelant a été mis au défi de se justifier ou de se disculper face aux dépositions des témoins à charge et, à la lecture des notes sténographiques, il ressort que l'appelant a été bouleversé et perturbé émotionnellement par la répétition constante de questions auxquelles il avait déjà répondu. Ces faits paraissent avoir incité la cour à intervenir. La Cour d'appel a estimé que le contre-interrogatoire était inapproprié. Le juge Brooke, avec l'appui du juge Cory, après avoir fait remarquer que la preuve de la défense dépendait de l'opinion que le jury s'était faite des dépositions de l'appelant et de ses témoins relativement à son alibi, a dit:

[TRADUCTION] En ce qui a trait au contre-interrogatoire, bien que les éléments de preuve présentés dans le contre-interrogatoire soient dans une certaine mesure utiles pour démontrer que l'appelant se trouvait dans l'immeuble où réside la plaignante et à l'heure à laquelle elle dit qu'il s'y trouvait, il est allé trop loin lorsqu'il a introduit en contre-interrogatoire la conduite sexuelle de l'appelant à une autre occasion et, en particulier, lorsque le substitut a persisté à cet égard malgré le démenti de l'accusé. Le substitut a cherché à présenter cet élément de preuve qui n'était pas réellement pertinent à l'égard de la question et ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant et on lui a permis de le faire. Il n'y a rien d'autre à ajouter au sujet de la directive erronée selon laquelle le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même. Cette Cour a déjà traité de ces questions à plusieurs reprises. La directive était erronée et, évidemment, portait préjudice à l'accusé.

Il a conclu que, à cause de la force de la preuve circonstancielle du ministère public, l'affaire se prêtait à l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code*.

Devant cette Cour, l'appelant a soutenu que l'application de la disposition n'était pas appropriée et qu'elle constituait une erreur donnant lieu à cassation. Il a soutenu que le caractère abusif du contre-interrogatoire soulevait tout au plus une question mixte de droit et de fait et que, par conséquent, on ne pouvait lui appliquer la disposition. En outre, l'erreur dont la Cour d'appel a dit qu'elle portait [TRADUCTION] «injustement préjudice» même si elle est considérée comme une erreur de droit, n'était pas telle qu'elle commande-

the impugned cross-examination viewed in the context of the admissibility of evidence did raise a question of law, and one to which the proviso could apply. It was also argued that, apart from questions of admissibility of evidence, the impugned cross-examination could raise questions concerning the fairness of the proceedings. The nature or manner in which cross-examination is conducted does not necessarily raise a question of law to which the proviso may apply, but does raise an issue whether a miscarriage of justice has occurred under s. 613(1)(*a*)(iii). However, the Court of Appeal, it was said, made no error in law in holding that there had been no miscarriage of justice.

The relevant portions of s. 613 of the *Criminal Code* are set out hereunder:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(*b*) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (*a*)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

The proviso may be applied by the Court of Appeal only where it has formed the opinion that the appeal might be decided in favour of the appellant because of a wrong decision on a question of law, and where it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. This is clear from the wording of the statute and, indeed, was accepted by the Crown in its factum.

rait l'application de la disposition. Le ministère public a soutenu que le contre-interrogatoire contesté, considéré dans le contexte de l'admissibilité de la preuve, soulevait bien une question de droit à laquelle la disposition pouvait s'appliquer. Il a également soutenu que, outre les questions d'admissibilité de la preuve, le contre-interrogatoire contesté pouvait soulever des questions relatives à l'équité des procédures. La nature du contre-interrogatoire ou la manière dont il a été mené ne soulève pas nécessairement une question de droit à laquelle peut s'appliquer la disposition, mais soulève en fait la question de savoir s'il y a eu une erreur judiciaire au sens du sous-al. 613(1)*a*)(iii). Toutefois, on a dit que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'elle a jugé qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire.

Les parties pertinentes de l'art. 613 du *Code criminel* sont les suivantes:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

. . .

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, si

. . .

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa *a*)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

La Cour d'appel ne peut appliquer la disposition que lorsqu'elle est d'avis que l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant à cause d'une décision erronée sur une question de droit et lorsqu'elle est également d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. C'est ce qui ressort clairement du texte de la loi et, en fait, ce qui a été accepté par le ministère public dans son mémoire.

The errors at trial were enumerated by Jessup J.A. in his short judgment "for the judge's future guidance". They were stated to be that:

(1) He charged the jury that mere disbelief of the alibi evidence could be used as evidence of guilt itself.

(2) He permitted evidence of the appellant's sexual conduct unrelated to this offence, although it was not similar fact evidence and he permitted the Crown to cross-examine on that evidence.

(3) The trial judge erred when he said to the jury "It is your duty to give the benefit of the doubt to the accused, but having done so, to convict if you believe guilt is established."

Points (1) and (3) are errors of law. Point (2) is the error on which the appellant bases the principle part of his argument. The appellant raises two propositions. He argues, firstly, that the Court of Appeal has found that the abusive cross-examination was unfairly prejudicial to the appellant. The Court of Appeal should, therefore, have allowed the appellant's appeal on the basis that there had been a miscarriage of justice under s. 613(1)(*a*)(iii). The application of the proviso, it was argued, was reversible error because the Court of Appeal had no power to apply the proviso unless an error of law could be shown. The error in permitting the abusive cross-examination was, at most, one of mixed law and fact and, accordingly, the conviction could not be saved by the application of the proviso. Secondly, the appellant contended that, even if the error with respect to the cross-examination could be considered to be an error of law, it was of such a nature that the Court of Appeal erred in applying the proviso to dismiss the appeal.

Was the failure of the trial judge to restrain the abusive cross-examination an error of law? Of course, a legal element was involved in the decision which faced the trial judge. The question of admissibility of evidence is a question of law. Crown counsel has a right in law to cross-examine the accused and, accordingly, to deny that right or unduly limit it raises considerations of law. There

Le juge Jessup a énuméré les erreurs commises lors du procès dans son bref jugement [TRADUCTION] «à titre d'indication pour le juge». Ce sont les suivantes:

[TRADUCTION]

(1) Il a exposé au jury que le simple refus de croire la preuve d'alibi pouvait être utilisé comme une preuve de la culpabilité elle-même.

(2) Il a admis la preuve de la conduite sexuelle de l'appelant qui ne se rapportait pas à la présente infraction, bien qu'il ne s'agissait pas d'une preuve de faits similaires et il a permis au ministère public de contre-interroger à cet égard.

(3) Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a dit au jury «Vous avez l'obligation de donner le bénéfice du doute à l'accusé mais, lorsque vous l'avez fait, de le déclarer coupable si vous croyez que la culpabilité est établie.»

Les points (1) et (3) sont des erreurs de droit. Le point (2) est l'erreur sur laquelle l'appelant fonde la principale partie de sa plaidoirie. L'appelant soulève deux arguments. En premier lieu, il soutient que la Cour d'appel a jugé que le contre-interrogatoire abusif portait injustement préjudice à l'appelant. Par conséquent, la Cour d'appel aurait dû accueillir son appel sur le fondement qu'il y avait eu erreur judiciaire en vertu du sous-al. 613(1)*a*)(iii). Il soutient que l'application de la disposition constitue une erreur donnant lieu à cassation parce que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'appliquer la disposition à moins qu'une erreur de droit ne puisse être démontrée. L'erreur que constitue l'autorisation du contre-interrogatoire abusif est, tout au plus, une erreur mixte de fait et de droit et, par conséquent, la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue par l'application de la disposition. En second lieu, l'appelant soutient que, même si l'erreur relative au contre-interrogatoire peut être considérée comme une erreur de droit, elle est d'une telle nature que la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant la disposition pour rejeter l'appel.

Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en n'empêchant pas le contre-interrogatoire abusif? Évidemment, la décision à laquelle le juge du procès était confronté comportait un élément juridique. La question de l'admissibilité de la preuve est une question de droit. Le substitut du procureur général est autorisé en droit à contre-interroger l'accusé et, par conséquent, lui refuser

are, however, limits to the extent of the cross-examination and the manner in which it may be conducted, and there is always a discretion in the trial judge and a duty to confine the cross-examination within proper limits. There is, of course, no doubt that in cross-examination in criminal cases, particularly where questions of credibility of witnesses are in issue, a wide latitude is accorded to counsel and too fine a line should not be drawn to confine or limit a detailed and searching inquiry into the matters raised by the evidence given by the accused and other witnesses. The discretion to intervene in a cross-examination must, of course, be exercised judicially. Its exercise does not rest on legal considerations alone, but will depend as well on the facts and circumstances in each case, and will not be determined by the simple application of a fixed rule of law. The decision to exercise the discretion to intervene in cross-examination, or to refrain from intervention, is one involving considerations of both law and fact and cannot be said to be a question of law alone. Each case will depend on its own circumstances, and no doubt there will frequently be difficulty in deciding from case to case whether the point has arrived in a cross-examination where the trial judge should intervene. It is in this case abundantly clear, however, that that point was reached and passed. The trial judge was obviously concerned at the course the cross-examination was taking. He did intervene on at least two occasions to caution counsel and to attempt to restrict counsel within proper limits, but this did not affect the cross-examination in any significant way. That he was in error in this regard was found by the Court of Appeal and it was noted by Brooke J.A. that it "could only unfairly prejudice the appellant".

The Court of Appeal, despite its finding of prejudice, relied on the provisions of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*. It applied the proviso to dismiss the appeal. In this, it is my view that they were in error. Section 613(1)(*b*)(iii) permits of the application of the proviso only where it is of the opinion that on the ground of a wrong decision on a question of law an appeal

ce droit ou le restreindre indûment soulève des considérations de droit. Toutefois, il y a des limites à l'étendue du contre-interrogatoire et à la manière dont il peut être mené; le juge du procès possède toujours un pouvoir discrétionnaire et l'obligation de maintenir le contre-interrogatoire dans des limites acceptables. Évidemment, il n'y a aucun doute que lors de contre-interrogatoires dans des affaires criminelles, particulièrement lorsque des questions de crédibilité des témoins sont en cause, le procureur dispose d'une grande latitude et il ne faudrait pas tracer une frontière trop précise pour restreindre ou limiter un interrogatoire détaillé et rigoureux sur des points soulevés dans les dépositions de l'accusé et d'autres témoins. Le pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans un contre-interrogatoire doit, il va sans dire, être exercé avec discernement. Son exercice ne repose pas seulement sur des considérations juridiques, mais dépend également des faits et des circonstances de chaque affaire et ne sera pas déterminé par la simple application d'une règle de droit établie. La décision d'exercer ou non le pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans un contre-interrogatoire comporte des considérations de droit et de fait et on ne peut dire qu'il s'agit seulement d'une question de droit. Chaque affaire dépendra de ses propres circonstances et il sera sans doute fréquemment difficile de décider d'une affaire à l'autre si, dans un contre-interrogatoire, on est parvenu au point où le juge du procès devrait intervenir. Toutefois, en l'espèce, il est évident que ce point a été atteint et même dépassé. Le juge du procès était manifestement préoccupé par le déroulement du contre-interrogatoire. Il est intervenu à au moins deux reprises pour mettre en garde le substitut et pour tenter de le garder dans des limites appropriées, mais cela n'a eu aucun effet important sur le contre-interrogatoire. La Cour d'appel a conclu qu'il avait commis une erreur à cet égard et le juge Brooke a fait remarquer que cela [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice à l'appelant».

Tout en concluant au préjudice, la Cour d'appel s'est fondée sur les dispositions du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*. Elle a appliqué la disposition pour rejeter l'appel. À cet égard, je suis d'avis qu'elle a commis une erreur. Le sous-alinéa 613(1)*b*(iii) ne peut s'appliquer que lorsque la cour estime que, étant donné une décision erronée sur une question de droit, l'appel pourrait être décidé

might be decided in favour of the appellant, but it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Here no error of law alone is relied upon, and the error in failing to limit the cross-examination may not be relieved against by the application of the proviso. Prejudicial error had been found and the appellant, in my view, was entitled to have the court consider whether the appeal should have been allowed under the provisions of s. 613(1)(*a*)(iii) of the *Code* on the ground that a miscarriage of justice had occurred.

I find it impossible to conclude that no miscarriage of justice occurred as a result of the appellant's cross-examination. A person charged with the commission of a crime is entitled to a fair trial according to law. Any error which occurs at trial that deprives the accused of that entitlement is a miscarriage of justice. It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact. However, I am not able to say that an error which, in the words of Brooke J.A., "could only unfairly prejudice", would not by itself cause a miscarriage of justice. It would be wholly inconsistent with a finding of unfair prejudice in a trial to find, nonetheless, that no miscarriage of justice occurred. In my opinion, the Court of Appeal, having found as it did, ought to have allowed the appeal under s. 613(1)(*a*) (iii) of the *Criminal Code*. For these reasons, s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code* could not influence the decision and further exploration of that section in dealing with the second or alternative argument raised by the appellant is unnecessary.

I would allow the appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Clayton C. Ruby, Toronto.

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

en faveur de l'appelant, mais qu'elle estime également qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En l'espèce, on ne s'est pas fondé sur une erreur de droit seulement et on ne peut, par l'application de la disposition, corriger l'erreur qui résulte de l'omission de limiter le contre-interrogatoire. On a conclu qu'il y avait eu une erreur causant un préjudice et, à mon avis, l'appelant avait le droit d'exiger que la cour examine la question de savoir si l'appel aurait dû être accueilli en vertu des dispositions du sous-al. 613(1)*a*)(iii) du *Code* pour le motif qu'il s'est produit une erreur judiciaire.

J'estime qu'il est impossible de conclure que le contre-interrogatoire de l'appelant n'a entraîné aucune erreur judiciaire. Une personne qui est accusée d'un crime a droit à un procès équitable selon la loi. Toute erreur qui se produit au cours du procès et qui prive l'accusé de ce droit constitue une erreur judiciaire. On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait. Toutefois, je ne peux pas dire qu'une erreur qui, selon les termes du juge Brooke [TRADUCTION] «ne pouvait que porter injustement préjudice» ne serait pas en elle-même une erreur judiciaire. Il serait tout à fait incompatible avec une conclusion selon laquelle il y a eu un préjudice injuste dans un procès que de conclure néanmoins qu'il ne s'est produit aucune erreur judiciaire. À mon avis, la Cour d'appel ayant conclu comme elle l'a fait aurait dû accueillir l'appel en vertu du sous-al. 613(1)*a*)(iii) du *Code criminel*. Pour ces motifs, le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code* ne peut pas avoir d'effet sur la décision et il est inutile d'examiner plus avant cet article dans le contexte du second argument de l'appelant ou argument subsidiaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Clayton C. Ruby, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

Richard Germain *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17573.

1985: March 7; 1985: October 10.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Obscenity — Possession of obscene articles for purpose of sale — Whether articles publications — Words "For Adults Only" not relevant in determining whether publication obscene — Test of obscenity — Criminal Code, s. 159(2)(a), (8).

Appellant was found guilty under s. 159(2)(*a*) of the *Criminal Code* of having in his possession for the purpose of sale various obscene articles. Appellant operated a shop specializing in the sale of erotic articles. The name of the shop, "National Sexe Boutique", was written on a sign above the windows of the establishment and on the door the words "For Adults Only" were written. In July 1977 the police seized forty-five articles at his shop, all concerned with satisfying the sexual desires of men or women. These articles were displayed where they could be seen by the public entering the store. Relying on the definition of obscenity in s. 159(8) of the *Criminal Code*, the Municipal Court judge ruled seventeen of the articles seized obscene and found appellant guilty. The articles ruled obscene were in the same category as those in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951. In that case, the articles were accompanied by a printed description in language the dominant characteristic of which was the undue exploitation of sex. In the case at bar only one of the articles was accompanied by such a description. The conviction was upheld by the Superior Court and the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Le Dain and La Forest JJ.: The articles ruled obscene by the Municipal Court judge were publications within the meaning of s. 159(8) of the *Criminal Code*. The word "publication", defined by this Court in *Dechow*, means an article the character of which is made public. In the case at bar the sign outside, "National Sexe Boutique", above the windows of the shop, and the laying out of the articles

Richard Germain *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17573.

1985: 7 mars; 1985: 10 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Obscénité — Possession aux fins de vente d'articles obscènes — Ces articles sont-ils des publications? — Mention «pour adultes seulement» sans importance pour déterminer si une publication est obscène — Critère de l'obscénité — Code criminel, art. 159(2)a), (8).

L'appelant a été inculpé en vertu de l'al. 159(2)*a*) du *Code criminel* d'avoir eu en sa possession pour fins de vente divers objets obscènes. L'appelant exploite une boutique spécialisée dans le commerce des objets érotiques. Le nom du magasin «National Sexe Boutique» apparaît sur une enseigne au-dessus des vitrines de l'établissement et la mention «pour adultes seulement» est inscrite sur la porte. En juillet 1977, la police a saisi à son établissement 45 objets tous reliés à la satisfaction des désirs sexuels des hommes et des femmes. Ces objets étaient étalés à la vue du public qui entre dans le magasin. Se basant sur la définition de l'obscénité au par. 159(8) du *Code criminel*, le juge de la Cour municipale a jugé 17 des objets saisis obscènes et a déclaré l'appelant coupable. Les objets jugés obscènes sont de la même catégorie que ceux en cause dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951. Dans cet arrêt, les objets étaient accompagnés d'une description imprimée, formulée dans un langage dont la caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles. En l'espèce un seul des objets était accompagné d'une telle description. La déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour supérieure et la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Le Dain et La Forest: Les objets jugés obscènes par le juge de la Cour municipale constituaient des publications au sens du par. 159(8) du *Code criminel*. Le mot «publication», défini par cette Cour dans l'arrêt *Dechow*, s'entend d'un article dont on rend le caractère public. En l'espèce, l'enseigne extérieure «National Sexe Boutique» au-dessus des vitrines de l'établissement et l'exposition

inside the shop, displayed to the view of visitors, suffices to make public the character of the material offered for sale. It is not necessary for the articles to have been accompanied by a printed description.

The lower courts did not err by failing to take into account the context in which the articles were displayed, in determining the parameter of Canadian community tolerance. The words "For Adults Only" over the shop door are not a factor in determining whether a publication is obscene. This Court has already held in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, that the audience viewing a film or other publication is not relevant in determining whether the film or publication is obscene.

Finally, the Municipal Court judge and the Court of Appeal did not confuse tolerance and morality in their assessment of the parameter of Canadian community tolerance.

Per Dickson C.J. and Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: In determining whether the articles in the possession of appellant for the purpose of sale were obscene, it is not necessary first to consider whether the articles were publications. Section 159(8) of the *Criminal Code* provides a definition of obscenity with regard to publications. This definition must be applied whether or not the articles in question are publications.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: A majority of this Court decided in *Towne Cinema Theatres Ltd.* that the target audience is not relevant in determining whether an item is obscene and we respect that decision.

Per Wilson J.: I agree with Chouinard and La Forest JJ. that the appeal should be dismissed.

Cases Cited

Dechow v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 951; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, applied; *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(1), (2)(*a*), (8), 165(*b*).

des objets à l'intérieur du magasin, étalés à la vue des visiteurs, suffisent à rendre public le caractère des marchandises offertes en vente. Il n'est pas nécessaire que les objets soient accompagnés d'une description imprimée.

Les cours inférieures n'ont pas commis d'erreur en omettant de prendre en considération le critère du contexte d'exposition des objets pour déterminer le paramètre de tolérance de la communauté canadienne. La mention «pour adultes seulement» sur la porte de l'établissement est en effet sans intérêt pour déterminer si une publication est obscène ou non. Cette Cour a déjà décidé dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, que l'auditoire auquel est présenté un film ou une autre publication est sans importance pour ce qui est de savoir si ce film ou cette publication est obscène.

Finalement, le juge de la Cour municipale et la Cour d'appel n'ont pas confondu tolérance et moralité dans leur appréciation du paramètre de tolérance de la communauté canadienne.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Le Dain et La Forest: Pour déterminer si les objets en possession de l'appelant pour fins de vente étaient obscènes, il n'est pas nécessaire d'examiner d'abord si les objets sont des publications. Le paragraphe 159(8) du *Code criminel* fournit une définition de l'obscénité relativement aux publications. Cette définition doit s'appliquer que les objets en cause soient des publications ou non.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: La majorité de cette Cour a décidé dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd.* que l'auditoire auquel s'adresse un objet est sans importance pour déterminer si cet objet est obscène et nous respectons cette décision.

Le juge Wilson: Je suis d'accord avec les juges Chouinard et La Forest que le pourvoi doit être rejeté.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; arrêts mentionnés: *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(1), (2)*a*), (8), 165*b*).

Authors Cited

Canada, Law Reform Commission, Working Paper No. 10, *Limits of Criminal Law—Obscenity: A Test Case*, Ottawa, Information Canada, 1975.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal[1], affirming a judgment of the Superior Court[2] which dismissed an appeal from a judgment of the Municipal Court of Montréal[3], finding the accused guilty of committing the offence specified in s. 159(2)(*a*) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Jean-Claude Hébert, for the appellant.

Patrick Long and *Germain Tremblay*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LAMER J.—We have had the advantage of reading the reasons for judgment of Chouinard J. and the separate concurring reasons of La Forest J.

On the issue of the proper test of obscenity to apply to the facts of this appeal, Chouinard and La Forest JJ. reach the same result, but for different reasons. We prefer the route taken by La Forest J. which builds on the judgment of Laskin C.J. in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951.

On the issue of whether the target audience is relevant in determining whether an item is obscene, a majority of this Court decided in the recent case of *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, that it is not and we respect that decision.

On all other matters, we agree with the reasons and conclusions of Chouinard J.

[1] C.A. Mtl., No. 500-10-000178-804, January 10, 1983.
[2] C.S. Mtl., No. 500-36-000256-795, April 1, 1980.
[3] C.M. Mtl. No. 17-14633, September 6, 1979.

Doctrine citée

Canada, Commission de réforme du droit. Document de travail n° 10, *Les confins du droit pénal: leur détermination à partir de l'obscénité*, Ottawa, Information Canada, 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure[2], qui avait rejeté un appel d'un jugement de la Cour municipale de Montréal[3], déclarant l'accusé coupable d'avoir commis l'infraction prévue à l'al. 159(2)*a*) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Jean-Claude Hébert, pour l'appelant.

Patrick Long et *Germain Tremblay*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE LAMER—Nous avons eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge Chouinard ainsi que les motifs concordants rédigés par le juge La Forest.

Quant à la question du critère d'obscénité qu'il faut appliquer aux faits de l'espèce, les juges Chouinard et La Forest sont arrivés au même résultat, mais pour des raisons différentes. Nous préférons la voie suivie par le juge La Forest qui se fonde sur le jugement du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951.

Quant à la question de savoir si l'auditoire auquel s'adresse un objet est important pour déterminer si cet objet est obscène, la Cour à la majorité a, dans l'arrêt récent *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, décidé qu'il ne l'est pas et nous respectons cette décision.

Pour ce qui est de toutes les autres questions, nous souscrivons aux motifs et aux conclusions du juge Chouinard.

[1] C.A. Mtl., n° 500-10-000178-804, 10 janvier 1983.
[2] C.S. Mtl., n° 500-36-000256-795, 1er avril 1980.
[3] C.M. Mtl., n° 17-14633, 6 septembre 1979.

English version of the judgment of Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Le Dain and La Forest JJ. delivered by

CHOUINARD J.—Appellant was found guilty by Primeau J. of the Municipal Court of Montréal, sitting as a magistrate under Part XXIV of the *Criminal Code*, of having unlawfully, knowingly and without lawful justification or excuse had in his possession for the purpose of sale various obscene articles, and of thereby committing the offence specified in s. 159(2)(*a*) and s. 165(*b*) of the *Criminal Code*.

An initial appeal from this conviction was dismissed by Lagacé J. of the Superior Court. A second appeal, to the Court of Appeal with its leave, was unanimously dismissed by Montgomery, Bernier and Monet JJ.A.

Under section 159(2)(*a*) of the *Code*:

159....

(2) Every one commits an offence who knowingly, without lawful justification or excuse,

(*a*) sells, exposes to public view or has in his possession for such a purpose any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatsoever,

Reference should also be made to subs. (8) of the same section:

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

The Municipal Court judge stated the following:

[TRANSLATION] On July 7, 1977 two police officers, armed with a search warrant, went to the store operated by the accused at 723, Mont-Royal St. East, in Montreal, and seized forty-five assorted articles. All were concerned with satisfying the sexual desires of men or women.

These articles were displayed where they could be seen by the public entering the store. The latter had three windows: two facing on Mont-Royal Street and one on Resther Street. There was a door opening on Mont-Royal Street. Above the two windows of Mont-

Le jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Le Dain et La Forest a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'appelant a été trouvé coupable par le juge Primeau de la Cour municipale de Montréal, siégeant comme magistrat en vertu de la Partie XXIV du *Code criminel*, d'avoir illégalement, sciemment et sans justification ni excuse légitime, eu en sa possession pour fins de vente diverses choses obscènes et d'avoir ainsi commis l'infraction prévue à l'al. 159(2)*a*) et précisée à l'al. 165*b*) du *Code criminel*.

Un premier appel de cette déclaration de culpabilité a été rejeté par le juge Lagacé de la Cour supérieure. Un second appel, à la Cour d'appel avec l'autorisation de celle-ci, a été rejeté à l'unanimité par les juges Montgomery, Bernier et Monet.

Selon l'alinéa 159(2)*a*) du *Code*:

159. ...

(2) Commet une infraction, quiconque, sciemment et sans justification ni excuse légitime,

a) vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à une telle fin, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène,

Il convient de reproduire aussi le par. (8) du même article:

(8) Aux fins de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

Le juge de la Cour municipale relate ce qui suit:

Le 7 juillet 1977, munis d'un mandat de perquisition, deux policiers se sont rendus au magasin opéré par l'accusé, situé au numéro 723 est rue Mont-Royal, à Montréal et ont saisi 45 objets divers. Tous visent la satisfaction des désirs sexuels des hommes ou des femmes.

Ces objets étaient étalés à la vue du public qui entre dans le magasin. Il s'agit d'un magasin à trois vitrines: deux font face à la rue Mont-Royal et une à la rue Resther. Une porte ouvre sur la rue Mont-Royal. Au-dessus des deux vitrines sur la rue Mont-Royal, sur

Royal Street, the name of the shop was written on a sign: "National Sexe Boutique". On the door the words "For Adults Only" were written.

Seventeen of the seized articles were ruled obscene by the Municipal Court judge, who listed them.

These articles were in the same category as those at issue in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951. They were there described in general terms as sex stimulators.

In *Dechow* a majority of the Court held that these articles were publications within the meaning of s. 159 of the *Criminal Code* and that, in accordance with the definition of obscenity given by subs. (8) of that section, they were obscene.

Ritchie J. wrote for the majority, at p. 966: "The issue in my view must therefore turn on the meaning to be given to the word 'publication'"; and he concluded as indicated above.

First, appellant sought to make a distinction between that case and the one at bar, otherwise it would be fatal to his argument on the question of whether publications were involved.

As Lagacé J. of the Superior Court correctly observed, there are only two differences between the two cases. The first is that, unlike in *Dechow*, in the case at bar "For Adults Only" was written on the door. The phrase "For Adults Only" will be discussed in examining the second and principal argument of appellant. The second difference is that in *Dechow* all the articles were accompanied by "framed printed descriptions of the articles phrased in language the dominant characteristic of which was the undue exploitation of sex", whereas in the case at bar only one of the seventeen articles ruled obscene was accompanied by a description.

Appellant's argument was that it was because of this description accompanying the articles that the Court classified them as publications.

une enseigne, est inscrit le nom du magasin «National Sexe Boutique». Sur la porte, sont inscrits les mots «pour adultes seulement».

Dix-sept des objets saisis ont été jugés obscènes par le juge de la Cour municipale qui en fait l'énumération.

Ces objets sont de même catégorie que ceux en cause dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951. Ils y ont été décrits de manière générale comme des stimulants érotiques.

Dans *Dechow* il a été jugé, à la majorité, que ces objets étaient des publications au sens de l'art. 159 du *Code criminel* et que par application de la définition de l'obscénité que donne le par. (8) de cet article, ils étaient obscènes.

Le juge Ritchie écrit au nom de la majorité, à la p. 966: «À mon avis, le cœur du litige dépend du sens du mot «publication»». Et il tire les conclusions précitées.

En premier lieu l'appelant a tenté de faire une distinction entre cet arrêt et la présente affaire sans quoi il lui était fatal sur le fait qu'il s'agit de publications.

Comme l'a fait observer à juste titre le juge Lagacé de la Cour supérieure, il n'y a relativement aux faits que deux différences d'un cas à l'autre. La première différence est que, contrairement à l'affaire *Dechow*, en l'espèce les mots «pour adultes seulement» étaient inscrits sur la porte. Il sera question de la mention «pour adultes seulement» lors de l'étude du deuxième et principal moyen de l'appelant. La deuxième différence est que dans l'affaire *Dechow* tous les objets étaient accompagnés d'une «description imprimée et encadrée, formulée dans un langage dont la caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles», tandis qu'en l'espèce un seul des dix-sept objets jugés obscènes était accompagné d'une description.

La prétention de l'appelant est à l'effet que c'est à cause de cette description accompagnant les objets que la Cour a pu qualifier ceux-ci de publications.

This argument may be based on various passages from the reasons of Ritchie J., in particular the following, at p. 968:

I agree with the courts below that the articles here in question, displayed as they were in conjunction with the printed explanations of their use, were to be judged by the standard laid down in s. 159(8) . . . .

In the opinion of the Superior Court judge, affirmed by the Court of Appeal, this is not the meaning that should be given to the case. The judge wrote:

[TRANSLATION] Contrary to the defence arguments, we consider that *Dechow* does not make it a prerequisite that the articles at issue should be accompanied by a description written in language the dominant characteristic of which is the exploitation of sex. Depending on the circumstances, it may suffice for the articles offered for sale to the public to have such a characteristic.

In so finding the Superior Court judge relied on the following passage from the reasons of Ritchie J., at pp. 966-67, saying that it [TRANSLATION] "should suffice to refute this defence argument and restore to that case its true meaning":

It was contended on behalf of the appellant that none of the materials of which he was found to be in possession was a "publication" so that the provisions of s. 159(8) could not apply and there being no other statutory standard of obscenity, resort must be had to the common law.

With the greatest respect for those who may hold a different view, I am of opinion that, when the plain and ordinary meaning is given to the language used in s. 159(8) it is to be construed as referring only to publications, nothing else is mentioned in that section, and it appears to me to be straining the language there used to construe it as being directed to any other form of expression. The issue in my view must therefore turn on the meaning to be given to the word "publication". In the Shorter Oxford English Dictionary this word is defined in part as follows:

The action of publishing or that which is published.

1. The action of making publicly known; public notification or announcement; promulgation. Notification or communication to those concerned, or to a limited number regarded as representing the public . . .

Cette prétention peut s'appuyer sur divers extraits des motifs du juge Ritchie, notamment sur le suivant, à la p. 968:

Je partage donc l'opinion des tribunaux d'instance inférieure que les objets en cause dans la présente affaire, exposés avec des modes d'emploi imprimés, devaient être examinés à la lumière du critère établi au par. 159(8) . . .

Selon le juge de la Cour supérieure, confirmé par la Cour d'appel, ce n'est pas le sens qu'il faut donner à cet arrêt. Le juge écrit:

Contrairement aux prétentions de la défense, nous sommes d'opinion que l'arrêt *Dechow* ne fait pas un prérequis que les objets en litige soient accompagnés d'une description formulée dans un langage dont la caractéristique dominante est l'exploitation des choses sexuelles. Suivant les circonstances, il peut suffire que les objets offerts en vente au public aient une telle caractéristique.

Pour conclure ainsi le juge de la Cour supérieure s'appuie sur le passage suivant des motifs du juge Ritchie aux pp. 966 et 967, disant qu'il «devrait suffire à réfuter cette prétention de la défense et à rétablir la véritable portée de cet arrêt»:

On a plaidé au nom de l'appelant qu'aucun des articles trouvés en sa possession ne constitue une «publication», que les dispositions du par. 159(8) ne peuvent donc pas s'appliquer et qu'en l'absence de toute autre définition légale de l'obscénité, il faut s'en remettre à la *common law*.

Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, j'estime que si l'on donne aux termes du par. 159(8) leur sens courant et ordinaire, le paragraphe ne peut viser que les publications car il ne mentionne rien d'autre; il me semble que c'est faire violence au texte de ce paragraphe de l'interpréter de façon à le rendre applicable aux autres formes d'expression. A mon avis, le cœur du litige dépend du sens du mot «publication». Voici un extrait de la définition de ce mot au *Shorter Oxford English Dictionary*:

[TRADUCTION] Action de publier ou ce qui est publié.

1. Action de porter à la connaissance du public; avis au public ou annonce; promulgation. Signification ou communication aux intéressés ou à un nombre restreint de personnes considérées comme représentant le public . . .

2. The issuing, or offering to the public, of a book, map, engraving, piece of music, etc.; also the work or business of producing and issuing copies of such works ... b. a work published; a book or the like printed or otherwise produced and issued for public sale ...

We are not concerned here with the meaning derived from the verb "to publish" but rather with the noun, i.e., "publication", and in this latter sentence the given meaning is "that which is published" and this is made manifest by the example given under 2. b. in the definition, namely, "a work published; a book or the like printed or otherwise produced and issued for public sale." This latter definition was adopted by Maclean J.A. in writing the reasons for judgment for the majority of the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110, aff'd [1967] S.C.R. 38, at p. 121, where the statutory definition was held to apply to moving pictures, and in the case of *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273, appeal quashed [1967] S.C.R. v., Laskin, J.A., as he then was, in the course of his dissenting reasons for judgment wherein he found that the pictures there in question were not obscene, had occasion to observe, at p. 301, speaking of the counsel in that case, that:

> They also agree that the term 'publication', awkward as it is to embrace paintings or drawings, should be taken as being comprehensive enough to do so. In the result, the inquiry to be made is whether in the case of each picture 'a dominant characteristic ... is the undue exploitation of sex'.

It is apparent therefore that although the conclusion that the word "publication" applied to paintings or drawings was founded on an agreement of counsel, it was nevertheless the basis upon which all judges in that case treated the problem before them.

I share the view of the Superior Court and the Court of Appeal on this point, and in my opinion one may further rely on the following passage, at p. 967, which comes immediately after the passage cited above:

> I cannot escape the conclusion that in making it publicly known by two large signs on either side of the entrance to his store, that it was dealing in erotic material and by displaying the articles in question in glass cases plainly visible to the public who entered his store and which were accompanied in each case by framed printed descriptions of the articles phrased in language the dominant characteristic of which was the undue exploitation of sex, the appellant was making the

2. Éditer ou offrir au public un livre, une carte, une gravure, une partition musicale etc.; également le métier ou l'activité ayant pour objet la reproduction et la diffusion de telles œuvres ... b. œuvre publiée; livre ou écrit imprimé ou autrement reproduit et mis en vente ...

Il ne s'agit pas ici d'examiner la signification du verbe «publier» mais celle du nom «publication»; la définition qu'on en donne est «ce qui est publié» comme l'illustre précisément l'al. 2. b. de la définition, soit «œuvre publiée; livre ou écrit imprimé ou autrement reproduit et mis en vente». Cette dernière définition a été retenue par le juge Maclean dans ses motifs de jugement rendus au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110, conf. [1967] R.C.S. 38, à la p. 121, où l'on a jugé que la définition légale s'appliquait à des films et par le juge d'appel Laskin, tel était alors son titre, en dissidence dans l'arrêt *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273, appel annulé [1967] R.C.S. v., où, après avoir jugé que les images en cause n'étaient pas obscènes, il fit remarquer, en parlant des avocats (à la p. 301):

> [TRADUCTION] Ils ont également convenu que le mot «publication» vise aussi, si bizarre que cela puisse paraître, les peintures ou les dessins. En conséquence, il reste à déterminer dans chaque cas si le dessin a comme «caractéristique dominante ... l'exploitation indue de choses sexuelles».

Il est donc évident que, même si la conclusion selon laquelle le mot «publication» s'applique aux peintures ou dessins était fondée sur l'assentiment des avocats, elle constituait aussi la prémisse sur laquelle tous les juges se sont fondés pour examiner le problème qui leur était soumis.

Je partage l'opinion de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sur ce point et à mon avis on peut s'appuyer encore d'avantage sur le passage suivant, à la p. 967, qui vient immédiatement après le passage précité:

> Je ne puis m'empêcher de conclure qu'en avertissant le public, par un panneau publicitaire de chaque côté de la porte d'entrée de sa boutique, qu'il vendait des marchandises à caractère érotique, et, en exposant dans des vitrines, à la vue de tous ceux qui entraient dans la boutique, les objets en cause accompagnés d'une description imprimée et encadrée, formulée dans un langage dont la caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles, l'appelant rendait public le caractère

character of his wares publicly known and they therefore fell into the category of articles that were published and that were "printed or otherwise produced and issued for public sale ...". The articles in question were, therefore, in my opinion, publications within the meaning of s. 159(8) of the *Criminal Code*.

I conclude from this passage that in the view of the Court "publication" extends to an article the character of which is made public. In *Dechow* the accused made this character public in three ways: (i) by informing the public, by two large signs on each side of the entrance to his store, that it was dealing in erotic material; (ii) by displaying the articles in question in glass cases plainly visible to the public who entered his store; (iii) by accompanying the articles by framed printed descriptions the dominant characteristic of which was the undue exploitation of sex. Though all three of these methods of publication were present in *Dechow*, nothing in that case requires that they should be so. In the case at bar, there were two: the sign outside, about which the Municipal Court judge wrote: [TRANSLATION] "The sign 'National Sexe Boutique' surrounded by about 100 flashing lights is likely to attract attention"; and the laying out of the articles inside "displayed to the view of the public entering the store". This in my opinion suffices to make public the character of the material offered for sale; and if it were necessary to decide the point, I would be prepared to find that the mere fact of displaying to the view of visitors would be sufficient.

This first argument by appellant is without foundation.

Appellant's second argument, and the one on which discussion principally centred in this Court, is that the Court of Appeal failed to take into account the context in which the articles were displayed, inside a store on the door of which the words "For Adults Only" were written. This argument was made with respect to the Court of Appeal, the judgment of which is on appeal, but it could equally well be made with respect to the Superior Court and the Municipal Court judge, who also did not mention the point. Counsel for the appellant said in his submission:

des marchandises qu'il vendait. Celles-ci tombent donc dans la catégorie des articles publiés et «imprimés ou autrement reproduits et mis en vente ...». Les articles en question constituent donc à mon avis des publications au sens du par. 159(8) du *Code criminel*.

De ce passage je conclus que selon la Cour «publication» s'entend d'un article dont on rend le caractère public. Dans *Dechow* l'accusé rendait ce caractère public de trois façons: i) en avertissant le public, par un panneau publicitaire de chaque côté de la porte d'entrée de sa boutique, qu'il vendait des marchandises à caractère érotique; ii) en exposant dans des vitrines, à la vue de tous ceux qui entraient dans la boutique, les objets en cause; iii) en accompagnant ces objets, d'une description imprimée et encadrée, formulée dans un langage dont la caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles. Même si dans *Dechow* ces trois façons de rendre public étaient réunies, rien dans cet arrêt exige qu'elles le soient. En l'espèce, il y en a deux: l'enseigne extérieure au sujet de laquelle le juge de la Cour municipale écrit: «L'enseigne «National Sexe Boutique» entourée d'une centaine de lumières clignotantes est de nature à attirer l'attention»; et l'exposition des objets à l'intérieur «étalés à la vue du public qui entre dans le magasin.» Cela suffit à mon avis à rendre public le caractère des marchandises offertes en vente. Et s'il fallait le décider, je serais enclin à conclure que le seul fait de les exposer à la vue des visiteurs serait suffisant.

Ce premier moyen de l'appelant n'est pas fondé.

Le second moyen de l'appelant et celui sur lequel le débat en cette Cour a principalement porté, est que la Cour d'appel a omis de tenir compte du contexte d'exposition des objets, à l'intérieur du magasin sur la porte duquel sont inscrits les mots «pour adultes seulement». Ce reproche est adressé à la Cour d'appel dont l'arrêt fait l'objet du pourvoi, mais il peut tout aussi bien l'être à la Cour supérieure et au juge de la Cour municipale qui n'en font pas mention non plus. Le procureur de l'appelant s'exprime ainsi dans son mémoire:

[TRANSLATION] The judgment of the Court of Appeal is also wrong in law in that the three judges completely failed to take into consideration the display context guideline as a factor in determining the parameter of Canadian community tolerance.

Appellant relied on precedent in this regard, in particular the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1. Howland C.J.O. wrote for the Court, at p. 8:

The next question which arises is the extent to which the manner and circumstances of distribution are relevant in determining whether or not a publication is obscene. There are some publications which are so blatantly indecent that they would not be tolerable by the Canadian community under any circumstances. Some pictures are offensive to the majority of people to the point that the Canadian community would not tolerate them on a billboard, or on the cover of a magazine, or on a television screen where persons of all ages and sensibilities would be exposed to them, but would be prepared to tolerate them being viewed by persons who wished to view them. Some pictures would not be acceptable by Canadian community standards in a children's bedtime story-book or primer but would be in a magazine for general distribution. The Canadian community might be prepared to tolerate the exhibition of a motion picture to an adult audience, but would consider the exhibition of the same motion picture to a general audience, which included children, to be an undue exploitation of sex. Similarly, the general distribution of certain magazines to a neighbourhood store accessible to all ages would not be tolerable, whereas the distribution of such magazines to "adult" bookstores to which children under a certain age were not admitted might not be objectionable. The packaging and pricing of a publication may also be relevant in considering whether Canadian community standards have been exceeded. The distribution of magazines in plastic covers marked "adult" in some respects might act as an attraction rather than a deterrent unless the price was high enough to place it beyond the reach of most children.

At page 10, he stated:

In my opinion, the manner and circumstances of distribution are relevant in determining whether the standards of tolerance by the Canadian community have been exceeded. Here the distribution was to ordinary confectionery stores who made their merchandise available to

Le jugement de la Cour d'appel est également mal fondé en droit du fait que les trois juges ont complètement omis de prendre en considération le critère du contexte d'exposition d'un objet litigieux comme facteur de détermination du paramètre de tolérance de la communauté canadienne.

L'appelant s'appuie sur la jurisprudence en ce sens, notamment l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1. Le juge en chef Howland écrit au nom de la Cour, à la p. 8:

[TRADUCTION] La question qui se pose ensuite est de savoir dans quelle mesure le mode et les circonstances de la distribution sont pertinents pour décider si une publication est obscène. Certaines publications sont d'une indécence si flagrante que la société canadienne ne pourrait les tolérer en aucun cas. Certaines images sont si choquantes pour la majorité des gens que la société canadienne ne tolérerait pas qu'elles soient exposées sur un panneau d'affichage, sur la couverture d'une revue ou à la télévision où des personnes de tout âge et de toute sensibilité pourraient les voir, mais serait toutefois disposée à tolérer qu'elles soient vues par les personnes qui veulent les voir. Suivant les normes de la société canadienne, certaines images ne seraient pas acceptables dans un livre d'histoires ou un manuel pour enfants, mais le seraient dans une revue destinée au public en général. Alors qu'elle pourrait être disposée à tolérer qu'un film soit présenté à un auditoire adulte, la société canadienne considérerait que ce même film présenté à un auditoire général comprenant des enfants constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. De même, la distribution de certaines revues dans un magasin de quartier accessible à des personnes de tout âge ne serait pas tolérable alors qu'on pourrait ne pas s'opposer à la distribution de ces revues dans les librairies dites «pour adultes» où les enfants ne sont pas admis. L'emballage et le prix d'une publication peuvent également être pris en considération pour décider si on a outrepassé les normes sociales canadiennes. La distribution de revues sous enveloppes de plastique avec l'indication «pour adultes» peut, à certains égards, avoir un effet d'attraction plutôt que de dissuasion à moins que leur prix soit suffisamment élevé pour que la plupart des enfants ne puissent se les procurer.

À la page 10 on peut lire:

[TRADUCTION] À mon avis, le mode et les circonstances de la distribution sont pertinents pour décider si on a dépassé la norme de tolérance de la société canadienne. En l'espèce, la distribution était faite dans des magasins ordinaires dont la marchandise est accessible au public

the general public. In my opinion, the Canadian community would be less tolerant in the case of such distribution than they would be in the case of distribution to stores who only made sales to persons 18 years of age and over, or who confined their sales to publications of legitimate interest to particular segments of the Canadian community, such as, for example, writers and artists. It is not necessary in this appeal to consider to what extent the Canadian community would extend greater tolerance to publications which were enclosed in a plastic dust cover and were labelled "For sale only to adults" as that was not the method of distribution in this appeal.

Appellant further cited Working Paper No. 10 of the Canada Law Reform Commission, titled *Limits of Criminal Law—Obscenity: A Test Case* (1975), which states at p. 47:

> So should obscenity be against the criminal law? In our view, yes, and no. Public obscenity—like other nuisances that give offence—can rightly be the subject of the criminal law. Private obscenity—which causes little, if any, harm, and which doesn't threaten significantly—on the whole cannot. That's not to say that it can't be the subject of other types of law.

It also states at p. 48:

> In detail, it would mean that pornography [*sic*] stores, pictures and so on carefully restricted to "adults only" would be allowed.

Since the hearing of the case at bar, however, this Court has held in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, that the audience viewing a film or other publication is not relevant in determining whether the film or publication is obscene.

That case disposes of appellant's second argument. There is no distinction, in my view, between a film "For Adults Only" shown in a cinema and the articles at issue displayed and offered for sale in a store access to which is restricted to adults.

The third argument made by appellant is that the Court of Appeal, like the Municipal Court

en général. À mon avis, la société canadienne est moins tolérante dans le cas d'une telle distribution qu'elle l'aurait été à l'égard d'une distribution faite dans des magasins qui ne vendent qu'à des personnes de dix-huit ans et plus ou qui limitent leurs ventes à des publications qui intéressent des groupes particuliers de la société canadienne, comme, par exemple, les écrivains et les artistes. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander dans quelle mesure la société canadienne ferait preuve de plus grande tolérance pour des publications présentées sous enveloppe de plastique et portant la mention «Pour vente aux adultes seulement» puisque ce n'était pas le mode de distribution en l'espèce.

L'appelant cite par ailleurs le document de travail n° 10 de la Commission de réforme du droit du Canada, intitulé *Les confins du droit pénal: leur détermination à partir de l'obscénité* (1975), où on peut lire à la p. 57:

> En fin de compte l'obscénité devrait-elle constituer un crime? Selon nous, oui et non. L'étalage public de l'obscénité, à l'instar de toute autre nuisance publique blessante, peut à bon droit être assujettie au droit pénal. La consommation privée d'obscénité qui, somme toute, ne cause que peu ou pas de mal et ne constitue pas une menace importante, ne devrait pas l'être. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle ne peut pas tomber sous le coup d'autres types de lois.

On peut lire encore à la p. 59:

> Ainsi la loi tolérerait les magasins de pornographie, les images et les films pornographiques, pourvu qu'ils comportent la mention expresse «pour adultes seulement».

Depuis l'audition de la présente affaire cependant, cette Cour a décidé dans *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, que l'auditoire auquel est présenté un film ou une autre publication est sans importance pour ce qui est de savoir si ce film ou cette publication est obscène.

Cet arrêt dispose du deuxième moyen de l'appelant. Il n'y a pas de distinction, à mon avis, entre un film «pour adultes seulement» présenté dans une salle de cinéma et les objets en cause étalés et offerts en vente dans un magasin dont l'accès est réservé aux adultes seulement.

Le troisième moyen invoqué par l'appelant repose sur ce que la Cour d'appel, tout comme le

judge, confused tolerance and morality. This argument reads as follows:

[TRANSLATION] The majority opinion by Monet J.A. (concurred in by Montgomery J.A.) is wrong in law in its assessment of the parameter of Canadian community tolerance, in that it confuses a simple reference to the concept of morality and an assessment based essentially on the said concept of morality.

In *Towne Cinema* this Court, in deciding what constituted undue exploitation within the meaning of s. 159(8) of the *Code*, formulated an objective standard, that of tolerance accepted in contemporary Canadian society. In the reasons of Dickson C.J., it said at p. 508:

What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it.

In the case at bar, appellant recognized that the Municipal Court judge had correctly stated the problem when he wrote:

[TRANSLATION] Is this exploitation undue? Is a reasonable Canadian citizen willing to tolerate the distribution and sale of such articles? Were the articles offered for sale and displayed to the view of the public entering the accused's establishment beyond the limits of tolerance of an average reasonable Canadian in 1977, taking into account the increasingly liberal atmosphere prevailing throughout the Canadian community in recent years?

However, appellant objected to the fact that the judge stated his finding as follows:

[TRANSLATION] ... I consider that the following articles offered for sale by the accused are likely to offend the innate sense of morality of the average Canadian and constitute an undue exploitation of sex. They are therefore obscene.

This passage may seem ambiguous. However, it must be read in its context, that is with the judgment as a whole. Moreover, if there is any ambiguity it is dissipated by the Superior Court judge, who wrote in this regard, and was affirmed by the Court of Appeal:

[TRANSLATION] If we had had to write this part of the judgment we might well have said, as Hugessen J. did in

juge de la Cour municipale, auraient confondu tolérance et moralité. Ce grief est ainsi formulé:

L'opinion majoritaire rendue par le juge Monet (avec le concours du juge Montgomery) est mal fondée en droit, quant à l'appréciation du paramètre de tolérance de la communauté canadienne, du fait qu'elle confond une simple référence au concept de moralité et une évaluation fondée essentiellement sur ledit concept de moralité.

Dans *Towne Cinema*, cette Cour, pour la détermination de ce qui constitue de l'exploitation indue au sens du par. 159(8) du *Code*, a énoncé une norme objective, celle de la tolérance admise dans la société canadienne contemporaine. On peut lire dans les motifs du juge en chef Dickson, à la p. 508:

Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.

En l'espèce, l'appelant reconnaît que le juge de la Cour municipale a bien posé le problème lorsqu'il écrit:

Cette exploitation est-elle indue? Le citoyen canadien raisonnable est-il disposé à tolérer la diffusion et la vente de tels objets? Est-ce que ces objets offerts en vente et exposés à la vue du public qui entre dans l'établissement de l'accusé dépassent la limite de tolérance du citoyen canadien raisonnable, moyen en 1977 tenant compte de l'atmosphère de plus en plus libérale qui prévaut dans l'ensemble de la communauté canadienne depuis quelques années?

Cependant, l'appelant reproche au juge d'avoir formulé sa conclusion en ces termes:

... je considère que les objets suivants offerts en vente par l'accusé sont de nature à offenser le sens inné de la moralité du citoyen canadien moyen et constituent une exploitation indue des choses sexuelles. Ils sont donc obscènes.

Ce passage peut sembler équivoque. On doit cependant le lire dans son contexte, c'est-à-dire avec l'ensemble du jugement. De plus, si équivoque il y a, elle est dissipée par le juge de la Cour supérieure qui écrit à ce sujet, ce en quoi la Cour d'appel lui donne raison:

Si nous avions eu à rédiger cette partie du jugement nous aurions tout aussi bien pu dire, comme l'a fait le

the recent case of *Priape Enrg. et Leblanc et Duchesne v. Le Sous-Ministre du Revenu National*, [[1980] C.S. 86], after referring to the relevant case law, that:

> . . . the test of undue exploitation of sex is whether the accepted standards of tolerance of the contemporary Canadian community as a whole have been exceeded.

Though the trial judge chose to express himself differently, in our opinion the facts of the case fully justify the conclusion that the accepted standards of tolerance of the average Canadian have been exceeded in the way required by the test of Hugessen J. in Priape, supra: so that there is no reason to intervene, even if the proposition of law may have been badly expressed on the question of what constitutes undue exploitation of sex.

Appellant's third argument is also without foundation.

I would dismiss the appeal.

English version of the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with my colleagues Chouinard and La Forest JJ. that the appeal should be dismissed.

English version of the reasons of Le Dain and La Forest JJ. delivered by

LA FOREST J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my brother Chouinard J., and I agree with him that the appeal should be dismissed. I also concur in his reasons. However, I would dispose of the first ground of appeal, concerning the meaning of the word "obscene" for the purposes of s. 159 of the *Criminal Code*, on a broader basis.

Section 159(2)(*a*), under which the accused was convicted, prohibits the sale or exposing to public view of obscene matter. In determining whether the articles in the possession of the accused for the purpose of sale were obscene Chouinard J., following Ritchie J. in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951, first considered whether in the circumstances those articles were publications, since in that case the definition of obscenity with regard to publications, contained in s. 159(8), applies. As the articles were similar to those at issue in

Juge Hugessen dans l'affaire récente de *Priape Enrg. et Leblanc et Duchesne c. Le Sous-Ministre du Revenu National*, [[1980] C.S. 86], après s'être référé à la jurisprudence pertinente, que:

> [TRADUCTION] . . . le critère de l'exploitation indue des choses sexuelles consiste à déterminer si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine.

Même si le Juge de première instance a choisi de s'exprimer autrement, quant à nous les faits de la cause justifient amplement la conclusion que le paramètre des standards de tolérance du citoyen canadien moyen a été dépassé, dans la mesure exigée par la proposition du Juge Hugessen, dans l'affaire Priape, supra; de sorte qu'il n'y a pas lieu d'intervenir même si la proposition de droit peut possiblement avoir été mal exprimée sur la question de savoir ce qui constitue une exploitation indue du sexe.

Ce troisième moyen de l'appelant n'est pas non plus fondé.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec mes collègues le juge Chouinard et le juge La Forest que le pourvoi doit être rejeté.

Les motifs des juges Le Dain et La Forest ont été rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Chouinard, et je suis d'accord avec lui que le pourvoi doit être rejeté. Je suis aussi d'accord avec ses motifs. Cependant, je disposerais du premier moyen d'appel, celui qui a trait au sens du mot «obscène» pour les fins de l'art. 159 du *Code criminel*, d'une façon plus large.

L'alinéa 159(2)*a*), que l'accusé a été déclaré coupable d'avoir enfreint, interdit la vente ou l'exposition à la vue du public d'une chose obscène. Or, en déterminant si oui ou non les objets en la possession de l'accusé pour fins de vente étaient obscènes, le juge Chouinard, à l'instar du juge Ritchie dans *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951, a d'abord examiné si, dans les circonstances, ces objets sont des publications. Dans ce cas, la définition d'obscénité relativement aux publications, qui se trouve au par. 159(8), s'applique. Les

Dechow, he concluded that they were obscene publications under that subsection.

Although it is possible to arrive at this conclusion by this means, I think that it is preferable to dispose of the question more directly. In my view obscenity has the same meaning whether or not the articles at issue are publications. It is true that the route taken by Chouinard J. had already been indicated by Ritchie J., who wrote the majority judgment in *Dechow*; but in *Dechow*, the charge was laid under s. 159(1), which deals primarily with publication and other activities of that kind. Section 159(2)(*a*), on the other hand, deals with the sale of articles and their exposure to public view. These articles may undoubtedly be publications. But can it reasonably be concluded that if the articles in question in the present case were not publications, a different meaning could be given to the word "obscene" in this provision? I do not think so. I share the view expressed by the late Laskin C.J., in his concurring reasons in *Dechow*, that the word "obscene" must be given the same meaning whether or not the articles in question are publications, that is, the meaning which appears in s. 159(8).

For many years the courts relied on the definition of obscenity formulated in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. More recently, however, this definition has been seriously criticized both in the courts and in academic writings. In *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, for example, Judson J. described it as "vague, difficult and unsatisfactory to apply". It is worth noting that in the recent decision in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, Dickson C.J., in a judgment concurred in by Lamer and Le Dain JJ., said at p. 502:

> It [the rule stated in s. 159(8)] supersedes rather than supplements the much-criticized test enunciated by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* . . . .

Although in that case the Chief Justice's observation concerned films, it nonetheless suggests that application of the old rule is questionable to say

objets étant similaires à ceux en question dans l'arrêt *Dechow*, il en est arrivé à la conclusion qu'ils étaient des publications obscènes en vertu de ce paragraphe.

Bien qu'il soit possible d'en arriver à cette conclusion par cette voie, il me semble préférable de disposer de la question d'une façon plus directe. À mon avis, l'obscénité a le même sens, que les objets en cause soient des publications ou non. Il est vrai que la voie suivie par le juge Chouinard avait déjà été tracée par le juge Ritchie, qui a rédigé le jugement majoritaire dans *Dechow*. Mais dans *Dechow*, il s'agissait d'une accusation pour violation du par. 159(1) qui touche surtout à la publication et à d'autres activités du genre. Par contre, l'al. 159(2)*a*), lui, a trait à la vente d'objets et à leur exposition à la vue du public. Ces objets peuvent, sans doute, être des publications. Mais, est-ce qu'on peut raisonnablement conclure que si les objets en question dans ce litige n'étaient pas des publications, on pourrait donner une signification différente au mot «obscène» dans cette même disposition? Je ne le crois pas. Je partage l'opinion exprimée par le regretté juge en chef Laskin dans ses motifs concordants dans *Dechow* qu'il faut donner la même signification au mot «obscène» que les objets en question soient ou non des publications, c'est-à-dire celle qui paraît au par. 159(8).

Pendant bon nombre d'années, les tribunaux se sont appuyés sur la définition d'obscénité élaborée dans *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. Mais plus récemment cette définition a été l'objet de critiques sérieuses dans la jurisprudence et dans la doctrine. Dans l'affaire *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, par exemple, le juge Judson l'a qualifiée de [TRADUCTION] «vague et difficile d'application». Il est à noter que dans le récent arrêt, *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, le juge en chef Dickson, dans un jugement auquel souscrivent les juges Lamer et Le Dain, s'exprime ainsi à la p. 502:

> Il [le critère énoncé au par. 159(8)] vient remplacer plutôt que compléter le critère très critiqué énoncé par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. v. Hicklin* . . .

Bien que dans ce cas-là, cette déclaration du Juge en chef vise des films, elle indique quand même que l'application de l'ancien critère est pour le

the least. In this state of flux, especially in a matter so related to public opinion as obscenity, the courts should pay particular attention to what is said by Parliament, even when it does not directly address the point at issue. This is especially true here, for if we applied the old definition to articles which are not publications, not only would we be giving a different definition to the word in the same provision, we would be applying a harsher definition in less serious circumstances, as for example in the case of a private sale by someone not a merchant.

It is true that the opinion of Ritchie J. in *Dechow* was a majority opinion. Nevertheless, he did not indicate that he disagreed with the reasons of Laskin C.J. Rather, he simply said, at p. 968, that he "[did] not find it necessary to consider what test is to be applied in determining whether or not matters other than publications are obscene". This was quite natural in the circumstances of *Dechow*, where the charge was based on s. 159(1) of the *Code*, dealing primarily with publications. That is not true in s. 159(2)(*a*), and the fact that a publication is involved in the case at bar is only a matter of chance.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Jean-Claude Hébert, Montréal.

Solicitors for the respondent: Patrick Long and Germain Tremblay, Montréal.

moins discutable. Dans cette situation de changements, surtout quand il s'agit d'une question aussi liée à l'opinion publique que l'est l'obscénité, il incombe aux tribunaux de porter une attention toute particulière à ce qu'en dit le législateur, même quand il ne se prononce pas directement sur la question en litige. C'est surtout le cas dans le contexte actuel, car si nous appliquons l'ancienne définition aux objets qui ne sont pas des publications, non seulement donnerions-nous une définition différente à ce mot dans la même disposition, mais appliquerait-on une définition plus sévère dans des circonstances moins sérieuses, par exemple, dans le cas d'une vente privée par un non-commerçant.

Il est vrai que l'opinion du juge Ritchie dans *Dechow* était majoritaire, mais il ne s'est toutefois pas déclaré en désaccord avec les motifs du juge en chef Laskin. Plutôt il a simplement dit, à la p. 968, qu'il «n'estime pas nécessaire de déterminer quel critère doit s'appliquer pour déterminer l'obscénité de choses autres que des publications». Cela était tout naturel dans les circonstances de *Dechow* où l'accusation était fondée sur le par. 159(1) du *Code* qui a surtout trait aux publications. Ce n'est pas le cas pour l'al. 159(2)*a*) et ce n'est que par hasard qu'il s'agit de publication en l'espèce.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Jean-Claude Hébert, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Patrick Long et Germain Tremblay, Montréal.

Roger Stanley Krug *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17677.

1985: March 13; 1985: October 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Multiple convictions from same incident — Use of firearm while committing indictable offence — Whether or not Kienapple principle applicable to convictions under lesser offences.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Use of firearm while committing indictable offence — Minimum sentence for offence to be served consecutively to sentence for principal indictable offence — Whether or not breach of right to fundamental justice — If breached, whether or not acceptable in free and democratic society.

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Use of firearm while committing indictable offence — Minimum sentence for offence to be served consecutively to sentence for principal indictable offence — Whether or not contrary to Charter guarantee against double jeopardy — If so, whether or not acceptable in free and democratic society — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 83(1), (2), 84(1), 85, 302(d) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 17, 11(h).

Appellant, while trying to take back possession of his repossessed vehicles, used a rifle to gain entry, loaded it, and pointed it before police arrived and disarmed him. Following this incident, four charges were laid: (1) attempting to steal while armed (s. 302(*d*)); (2) using a firearm while attempting to commit an indictable offence (s. 83); (3) having unlawful possession of a weapon (s. 85); and (4) unlawfully pointing a firearm (s. 84). Appellant pleaded guilty to the first charge and, after submissions were received as to whether he could be convicted on the others, was found guilty on the second and fourth charges. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. The issue on appeal concerns the principle against double jeopardy at common law and under the *Charter* when multiple

Roger Stanley Krug *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17677.

1985: 13 mars; 1985: 10 octobre.

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

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

Droit criminel — Déclarations de culpabilité multiples découlant du même incident — Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel — Applicabilité du principe établi dans l'arrêt Kienapple à des déclarations de culpabilité relatives à des infractions moins graves.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel — Cumul de la peine minimale pour l'infraction et de la peine résultant de l'acte criminel principal — Y a-t-il eu atteinte au droit à la justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cela est-il admissible dans une société libre et démocratique?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel — Cumul de la peine minimale pour l'infraction et de la peine résultant de l'acte criminel principal — Cela va-t-il à l'encontre des dispositions de la Charte qui interdisent le double péril? — Dans l'affirmative, cela est-il admissible dans une société libre et démocratique? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1), (2), 84(1), 85, 302d) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 17, 11h).

L'appelant, dans une tentative de reprendre possession de ses véhicules saisis, a utilisé une carabine pour entrer dans des locaux, a chargé cette carabine et l'a braquée sur une autre personne avant que la police n'arrive et ne le désarme. Consécutivement à cet incident quatre accusations ont été portées contre lui. On l'a accusé (1) de tentative de vol alors qu'il était muni d'une arme (al. 302*d*)); (2) d'usage d'une arme à feu lors de la tentative de perpétration d'un acte criminel (art. 83); (3) de possession illégale d'une arme (art. 85); et (4) d'avoir braqué une arme à feu (art. 84). L'appelant a plaidé coupable relativement à la première accusation et, après qu'on eut débattu la question de savoir s'il pouvait être reconnu coupable des autres infractions, un verdict de culpabilité a été rendu relativement à la deuxième et à la

charges arise out of the same transaction.

Held: The appeal should be allowed with respect to the conviction on the fourth count but should be dismissed in all other respects.

The *Kienapple* principle does not apply to prevent conviction under s. 83 by reason of the accused's conviction of robbery as defined by s. 302(*d*). Section 83, which prohibits the use of a firearm while committing or attempting to commit an indictable offence, requires proof of use of a firearm an ingredient that is additional to and distinct from what is required to be proven under s. 302(*d*), which merely requires that the accused be armed.

"Fundamental justice", within the meaning of s. 7 of the *Charter*, is not breached by convicting an accused, already convicted of robbery, of a second offence punishable by mandatory imprisonment for using, as opposed to being armed with, a firearm while committing that robbery. It is doubtful that the creation of this offence, which in this case is in substance an aggravated form of robbery, constituted a departure from fundamental justice.

The *Kienapple* principle applied so as to absolve the appellant from being convicted of pointing a firearm, under s. 84, in view of his conviction under s. 83. When an essential ingredient of an offence includes the use of a firearm, such as the offence against pointing, Parliament did not intend by s. 83 to make the same objectionable behaviour the subject of two separate offences, each with its own penalty. No separate and distinct offence is created where both sections concern the use of a firearm and this cannot be altered by the fact that a particular use is specified.

Cases Cited

Kienapple v. The Queen, [1975] 1 S.C.R. 729; *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284, followed; *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (3d) 138; *R. v. Allison and Dinel* (1983), 5 C.C.C. (3d) 30, considered; *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508, referred to.

quatrième accusations. L'appel formé devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. Le pourvoi, qui se rapporte uniquement à la quatrième accusation, concerne le principe qui, en *common law* et sous le régime de la *Charte*, interdit le double péril lorsqu'une seule affaire donne lieu à plusieurs accusations.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli à l'égard de la déclaration de culpabilité relativement au quatrième chef d'accusation, mais rejeté à tous autres égards.

Le principe posé par l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas pour empêcher une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 83 parce que l'accusé a été déclaré coupable de vol qualifié en vertu de l'al. 302*d*). L'article 83, qui interdit l'usage d'une arme à feu pendant la perpétration ou la tentative de perprétration d'un acte criminel, exige la preuve de l'usage d'une arme à feu, ce qui constitue un élément additionnel et distinct de ce qu'il faut prouver en vertu de l'al. 302*d*), qui exige seulement que l'accusé soit muni d'une arme.

On ne porte pas atteinte aux principes de «justice fondamentale» au sens de l'art. 7 de la *Charte* en déclarant un accusé, qui a déjà été déclaré coupable d'un vol qualifié, coupable d'une seconde infraction entraînant une peine d'emprisonnement obligatoire, savoir celle d'avoir utilisé une arme à feu (plutôt que d'en avoir été simplement muni) pour perpétrer ce vol qualifié. Il est douteux que la création de cette infraction, qui, en l'espèce, est fondamentalement une forme aggravée de vol qualifié, constitue une atteinte à la justice fondamentale.

Compte tenu du verdict de culpabilité rendu aux termes de l'art. 83, le principe posé dans l'arrêt *Kienapple* s'applique de manière à empêcher que l'appelant soit déclaré coupable d'avoir braqué une arme à feu contrairement à l'art. 84. Lorsqu'une infraction comporte comme élément essentiel l'usage d'une arme à feu, ce qui est le cas de l'infraction qui consiste à braquer une telle arme, le législateur n'a pu vouloir, par l'adoption de l'art. 83, qu'une même conduite répréhensible constitue deux infractions distinctes, assorties chacune d'une peine distincte. Dans le cas où les deux articles portent sur l'usage d'une arme à feu, aucune infraction distincte n'est créée, et cela tient même si un usage précis est mentionné.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; arrêts examinés: *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (3d) 138; *R. v. Allison and Dinel* (1983), 5 C.C.C. (3d) 30; arrêt mentionné: *R. v. Quon*, [1948] R.C.S. 508.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*h*), 12.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 83(1)(*a*), (2), 84(1)(*a*), (*b*), 85, 228, 302(*b*), (*d*), 303, 421.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (*note*), dismissing an appeal from conviction and sentence pronounced by Vannini D.C.J.

Joseph A. Bisceglia and *Orlando M. Rosa*, for the appellant.

Damien Frost, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This case concerns the application of the principle of double jeopardy at common law and under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when multiple charges arise out of the same transaction.

Background

The appellant was charged with the following offences:

1. . . . that he, on or about the 12th day of October 1981 at the City of Sault Ste. Marie in the District of Algoma, did unlawfully attempt to steal a Ford Pick-Up Truck, and a Buick automobile from Town and Country Towing, while armed with an offensive weapon, to wit: Browning 308 rifle, contrary to sections 303 and 421 of the Criminal Code of Canada, and

2. . . . that he on or about the 12th day of October, 1981 at the City of Sault Ste. Marie in the District of Algoma, did use a firearm, to wit: a Browning 308 Rifle bearing serial number 3377731, while attempting to commit an indictable offence, contrary to section 83(1)(*a*) of the Criminal Code of Canada, and

3. . . . that he on or about the 12th day of October, 1981 at the City of Sault Ste. Marie in the District of Algoma, did unlawfully have in his possession a weapon, to wit: a Browning 308 rifle bearing serial number 3377731, for a purpose dangerous to the public peace, contrary to section 85 of the Criminal Code of Canada, and

4. . . . that he on or about the 12th day of October, 1981 at the City of Sault Ste. Marie in the District of Algoma, did unlawfully and without lawful excuse, point

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*h*), 12.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1)*a*), (2), 84(1)*a*), *b*), 85, 228, 302*b*), *d*), 303, 421.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (*note*), qui a rejeté un appel du verdict de culpabilité et de la peine prononcés par le juge Vannini de la Cour de district.

Joseph A. Bisceglia et *Orlando M. Rosa*, pour l'appelant.

Damien Frost, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La présente affaire porte sur l'application du principe du double péril en *common law* et sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsque plusieurs accusations résultent d'une seule opération.

Le contexte

L'appelant a été inculpé:

[TRADUCTION] 1. . . . d'avoir, le 12 octobre 1981 ou vers cette date, à Sault-Sainte-Marie, dans le district d'Algoma, tenté de voler à Town and Country Towing une camionnette Ford et une automobile Buick, alors qu'il était muni d'une arme offensive, savoir une carabine Browning de calibre 308, contrairement aux articles 303 et 421 du *Code criminel* du Canada, et

2. . . . d'avoir, le 12 octobre 1981 ou vers cette date, à Sault-Sainte-Marie, dans le district d'Algoma, lors d'une tentative de perpétration d'un acte criminel, utilisé une arme à feu, savoir une carabine Browning de calibre 308 portant le numéro de série 3377731, contrairement à l'alinéa 83(1)*a*) du *Code criminel* du Canada, et

3. . . . d'avoir, le 12 octobre 1981 ou vers cette date, à Sault-Sainte-Marie, dans le district d'Algoma, eu en sa possession une arme, savoir une carabine Browning de calibre 308 portant le numéro de série 3377731, dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement à l'article 85 du *Code criminel* du Canada, et

4. . . . d'avoir, le 12 octobre 1981 ou vers cette date, à Sault-Sainte-Marie, dans le district d'Algoma, sans excuse légitime, braqué sur Jim McAllister une arme à

a firearm, to wit: a Browning 308 Rifle bearing serial number 3377731, at Jim McAllister, contrary to section 84(1) of the Criminal Code of Canada.

The applicable provisions, so far as relevant, read as follows:

83. (1) Every one who uses a firearm

(*a*) while committing or attempting to commit an indictable offence,

. . .

whether or not he causes or means to cause bodily harm to any person as a result thereof, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment

. . .

(2) A sentence imposed on a person for an offence under subsection (1) shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events and to any other sentence to which he is subject at the time the sentence is imposed on him for an offence under subsection (1).

84. (1) Every one who, without lawful excuse, points a firearm at another person, whether the firearm is loaded or unloaded,

(*a*) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years; or

(*b*) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

. . .

85. Every one who carries or has in his possession a weapon or imitation thereof, for a purpose dangerous to the public peace or for the purpose of committing an offence, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

302. Every one commits robbery who

. . .

(*d*) steals from any person while armed with an offensive weapon or imitation thereof.

The appellant pleaded guilty to the first count and not guilty to the remaining counts. The Crown, with the consent of the appellant, then read the facts in support of the plea of guilty and of the other counts. Those facts are as follows:

During the first two weeks of August 1981, while the appellant and his wife were visiting friends in Sault Ste. Marie, their car and truck

feu, savoir une carabine Browning de calibre 308 portant le numéro de série 3377731, contrairement au paragraphe 84(1) du *Code criminel* du Canada.

Voici le texte des dispositions pertinentes:

83. (1) Quiconque utilise une arme à feu

a) lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel,

. . .

qu'il cause ou non des lésions corporelles en conséquence ou qu'il ait ou non l'intention d'en causer, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement

. . .

(2) La sentence imposée à une personne pour une infraction prévue au paragraphe (1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits et à toute autre sentence qu'elle purge à ce moment-là.

84. (1) Est coupable

a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, ou

b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

quiconque braque, sans excuse légitime, une arme à feu, chargée ou non, sur une autre personne.

. . .

85. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque porte ou a en sa possession une arme ou une imitation d'arme, dans un dessein dangereux pour la paix publique ou en vue de commettre une infraction.

302. Commet un vol qualifié, quiconque

. . .

d) vole une personne alors qu'il est muni d'une arme offensive ou d'une imitation d'une telle arme.

L'appelant a plaidé coupable relativement au premier chef d'accusation et non coupable relativement aux autres. Puis, la poursuite, avec le consentement de l'appelant, a relaté les faits appuyant le plaidoyer de culpabilité et les autres chefs d'accusation. Voici ces faits.

Au cours des deux premières semaines d'août 1981, alors que l'appelant et son épouse rendaient visite à des amis à Sault-Sainte-Marie, leur voiture

were repossessed by a finance company and taken to the premises of Town and Country Towing. They returned to visit the same friends on October 10 or 11 and on October 12 the appellant became adamant about taking his two vehicles back. At 8:30 p.m. that evening he ordered his wife and son into a truck, and taking a Browning 308 rifle with him, said that he was going to Town and Country Towing to get his vehicles back and that he would shoot anybody who got in his way.

When they arrived at the premises of Town and Country Towing, they found the door to the office locked and one Jim McAllister inside. The appellant knocked on the door and, when McAllister responded, the appellant lifted the rifle and ordered McAllister to open the door. As McAllister complied with this demand the appellant ordered him to walk back and as he did so he heard the mechanism of the rifle being loaded. Subsequently, the rifle was lifted so that it was pointed in the general direction of McAllister. In the course of the discussion which ensued between the appellant and McAllister, the police arrived at the scene. Aware of their arrival, McAllister grabbed the rifle, pushed the appellant and pinned him against the wall. On checking the rifle, the police found a shell in the chamber and three in the clip. The rifle was subsequently test-fired and found to be capable of firing.

The charges were heard by Vannini D.C.J. who, on October 25, 1982, found the appellant guilty on the first count, attempted theft while armed with an offensive weapon, contrary to ss. 303 and 421 of the *Criminal Code*. The case was then adjourned to allow the parties to prepare submissions regarding the question whether the appellant could be convicted on the remaining counts.

On December 9, 1982, the trial judge [(1982), 7 C.C.C. (3d) 324] further found the appellant guilty of the second count, using a firearm while attempting to commit an indictable offence contrary to s. 83(1)(*a*) of the *Code*, as well as of the fourth count, pointing a firearm at another person contrary to s. 84(1). These two counts, he found,

et leur camionnette ont été saisies par une société de prêts et amenées chez Town and Country Towing. Les 10 et 11 octobre, ils rendaient visite aux mêmes amis et, le 12 octobre, l'appelant a tenu absolument à reprendre ses deux véhicules. À 20 h 30 le même jour, il a fait monter son épouse et son fils dans un camion et, s'armant d'une carabine Browning de calibre 308, il a affirmé qu'il allait chez Town and Country Towing récupérer ses véhicules et qu'il abattrait quiconque essaierait de l'en empêcher.

Quand ils sont arrivés sur les lieux occupés par Town and Country Towing, la porte du bureau était fermée à clé, un nommé Jim McAllister étant à l'intérieur. L'appelant a frappé à la porte et, lorsque McAllister a répondu, il a levé la carabine et a sommé ce dernier d'ouvrir la porte. McAllister a obtempéré, sur quoi l'appelant lui a ordonné de reculer. Ce faisant, il a entendu l'appelant qui chargeait la carabine. Celle-ci a ensuite été braquée sur McAllister. A suivi une discussion entre l'appelant et McAllister au cours de laquelle la police est arrivée sur les lieux. McAllister, s'en apercevant, a saisi la carabine, a poussé l'appelant et l'a immobilisé contre le mur. En examinant la carabine, la police a trouvé une cartouche dans la culasse et trois dans le magasin. Un essai a, par la suite, révélé que la carabine fonctionnait.

Le juge Vannini de la Cour de district a été saisi des accusations et, le 25 octobre 1982, il a reconnu l'appelant coupable relativement au premier chef, celui d'avoir tenté de commettre un vol alors qu'il était muni d'une arme offensive, contrairement aux art. 303 et 421 du *Code criminel*. L'audience a alors été ajournée afin de permettre aux parties de préparer leurs plaidoiries sur la question de savoir si l'appelant pouvait être déclaré coupable quant aux autres chefs d'accusation.

Le 9 décembre 1982, le juge du procès [(1982), 7 C.C.C. (3d) 324] a reconnu l'appelant coupable relativement au deuxième chef, celui d'avoir utilisé une arme à feu lors de la tentative de perpétration d'un acte criminel, contrairement à l'al. 83(1)*a*) du *Code*, et aussi relativement au quatrième chef, celui d'avoir braqué une arme à feu sur une autre

were distinct and separate from the first count and from one another so that the principle against double jeopardy, enunciated in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, was inapplicable.

In his view, however, the principle applied in respect of the third count, possession of a weapon contrary to s. 85 of the *Code*. The factual elements constituting this offence were substantially the same as those involved in the first count, attempting to steal while armed with an offensive weapon.

The trial judge then discussed the possible application of the *Charter*. Since, in his view, the offences of which the appellant was charged were separate and distinct offences, the multiple convictions of the appellant did not constitute a deprivation of his right to liberty or security in violation of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* or of his right not to be retried for a crime for which he had already been acquitted or found guilty and punished under s. 11(*h*) of the *Charter*. Nor, he added, did the multiple convictions and consequent punishment constitute cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*.

An appeal to the Court of Appeal of Ontario was dismissed [(1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (*note*)]. On June 6, 1983 the appellant was given leave to appeal to this Court.

Argument on Appeal

On this appeal the argument on behalf of the appellant may thus be summarized. At common law the principle *nemo debet bis puniri pro uno delicto* prohibited punishing an offender twice for the same offence. The pleas of *autrefois acquit* and *convict* could be raised to prevent that occurrence. The principle came to be understood as also comprising *nemo bis vexari* which prohibited multiple convictions arising out of the same wrongful act. The *bis vexari* principle was expanded by Laskin J. (later C.J.C.) in the *Kienapple* case, *supra*, at p. 751, in the following terms:

personne, contrairement au par. 84(1). De l'avis du juge, ces deux chefs étaient distincts du premier et l'un de l'autre, de sorte que le principe du double péril énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, était inapplicable.

Il a toutefois estimé que le principe s'appliquait en ce qui concerne le troisième chef, celui de la possession d'une arme contrairement à l'art. 85 du *Code*, car les faits constitutifs de cette infraction sont essentiellement les mêmes que ceux dont il est question dans le premier chef, celui de la tentative de vol alors qu'on est muni d'une arme offensive.

Le juge du procès a traité ensuite de l'applicabilité de la *Charte*. Puisque, selon lui, les infractions reprochées à l'appelant sont distinctes, les déclarations de culpabilité multiples n'ont pas pour effet de porter atteinte, d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, à son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* et elles ne constituent pas non plus une atteinte à son droit, garanti par l'al. 11*h*) de la *Charte*, de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a déjà été acquitté ou déclaré coupable et puni. Le juge a ajouté que les déclarations de culpabilité multiples et les condamnations qu'elles ont entraînées n'étaient pas des peines cruelles et inusitées au sens de l'art. 12 de la *Charte*.

L'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté [(1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (*note*)]. Le 6 juin 1983, l'appelant a reçu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour.

Moyens d'appel

L'argument présenté au nom de l'appelant en cette Cour peut se résumer ainsi. En *common law*, le principe *nemo debet bis puniri pro uno delicto* interdit de punir un contrevenant deux fois pour la même infraction. Les moyens de défense d'autrefois acquit et d'autrefois convict peuvent être invoqués afin d'empêcher que cela ne se produise. Avec le temps, on en est venu à considérer que ce principe comprend celui de *nemo bis vexari* qui interdit les déclarations de culpabilité multiples découlant d'un même acte illégal. Dans l'arrêt *Kienapple*, précité, à la p. 751, le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a donné encore plus d'ampleur à ce dernier principe:

If there is a verdict of guilty on the first count and the same or substantially the same elements make up the offence charged in a second count, the situation invites application of a rule against multiple convictions . . . .

This is really an application of *res judicata* to criminal law and it is not concerned with whether the two offences are the same but whether the accused is being punished for substantially the same factual occurrence. Where an act underlies an offence, the same act cannot be used again to constitute the factual basis of a conviction for another offence. Laskin J., in *Kienapple*, thus put it, at p. 750:

The relevant inquiry so far as *res judicata* is concerned is whether the same cause or matter (rather than the same offence) is comprehended by two or more offences. Moreover, it cannot be the case that if an accused is tried on several counts charging different offences, he is liable to be convicted and sentenced on each count, and yet if he was tried and convicted on one only he would be entitled to set up the defence of *res judicata* as a defence to other charges arising out of the same cause or matter.

Counsel for the appellant contends that the conviction of the accused of attempted robbery while armed with a firearm, coupled with his conviction for using a firearm while attempting to commit an indictable offence, was contrary to the principle set forth in *Kienapple*. So too was his conviction for the offence of pointing a firearm contrary to s. 84(1). Counsel conceded, however, that Parliament could abrogate the *Kienapple* principle by apt legislation and, indeed, that this court in *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284, had held that an accused could be convicted of robbery under s. 302(*d*) and of using a firearm while committing an offence under s. 83(1)(*a*) even though this was contrary to the *Kienapple* principle. Dickson J. (now C.J.C.), speaking for the majority of the Court in that case, said at p. 318:

Si un verdict de culpabilité est rendu sur le premier chef et que les mêmes éléments, ou fondamentalement les mêmes, constituent l'infraction imputée dans le second chef, la situation invite l'application d'une règle s'opposant aux condamnations multiples . . .

Il s'agit en réalité de l'application en droit criminel de l'autorité de la chose jugée et la question est de savoir non pas si les deux infractions sont les mêmes, mais si l'accusé se fait punir deux fois relativement à des faits qui sont essentiellement les mêmes. Lorsqu'un acte constitue une infraction, on ne peut se fonder sur ce même acte pour justifier une déclaration de culpabilité d'une autre infraction. À la p. 750 de l'arrêt *Kienapple*, le juge Laskin donne l'explication suivante:

La question pertinente pour ce qui est de l'autorité de la chose jugée est de savoir si la même cause ou chose (plutôt que la même infraction) se trouve comprise dans deux infractions ou plus. En outre, il ne se peut pas que si un accusé subit son procès sous plusieurs chefs l'inculpant d'infractions différentes, il est susceptible d'être trouvé coupable et puni sur chaque chef, alors que s'il subissait son procès sous un seul et était déclaré coupable il aurait le droit d'invoquer l'autorité de la chose jugée comme moyen de défense contre d'autres inculpations découlant de la même cause ou chose.

L'avocat de l'appelant soutient qu'il était contraire au principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* de reconnaître l'accusé coupable d'avoir tenté de commettre un vol alors qu'il était muni d'une arme à feu et, en même temps, de le déclarer coupable d'avoir utilisé une arme à feu lors de la tentative de perpétration d'un acte criminel. De plus, on a opposé le même argument à la déclaration de culpabilité de l'infraction d'avoir braqué une arme à feu contrairement au par. 84(1). L'avocat a toutefois reconnu que le législateur pourrait, au moyen d'une loi appropriée, abroger le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* et qu'en fait cette Cour a conclu, dans l'arrêt *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284, qu'un accusé pouvait être reconnu coupable du crime de vol qualifié visé à l'al. 302*d*) et du crime d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction, prévu à l'al. 83(1)*a*), même si cela allait à l'encontre du principe de l'arrêt *Kienapple*. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef du Canada), s'exprimant au nom de la majorité de cette Cour dans cette affaire, affirme à la p. 318:

In my view Parliament has in the enactment of s. 83 departed from the fundamental common law principle of the criminal law that *nemo debet bis puniri pro uno delicto*, elaborated in *Kienapple*, and has shown that the use of a firearm in the commission of the offence of robbery shall also constitute a separate and distinct offence under s. 83 for which a separate and additional (increased in the case of second or subsequent offence) punishment shall be imposed.

Counsel, however, sought to get around this difficulty by relying on ss. 7 and 11(*h*) of the *Charter* which read as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*h*) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again.

These provisions, which, he underlined, were enacted after the *McGuigan* case, were intended to elevate the principle against multiple convictions or double punishment to the status of an entrenched constitutional right. In short, he argued, Parliament can no longer abrogate the rule in *Kienapple*.

Sections 83 and 302(*d*)

Before looking into the *Charter* issues, it is, I think, useful to examine the threshold question of the application of the *Kienapple* principle in relation to ss. 83 and 302(*d*). Section 302(*d*) makes it an offence to steal from any person while armed with an offensive weapon. Section 83 by contrast provides that every one who uses a firearm while committing or attempting to commit an indictable offence is guilty of an offence. Not only is the particular offensive weapon particularized by s. 83; it requires that the firearm be used. It must be remembered that the principle in the *Kienapple* case is ultimately grounded in the doctrine of *res judicata*. That doctrine would apply to prevent conviction for both offences if the difference between the two was limited solely to the fact that

À mon avis, en adoptant l'art. 83, le législateur s'est écarté du principe de *common law* fondamental *nemo debet bis puniri pro uno delicto*, qui a cours en droit criminel et qui est exprimé dans l'arrêt *Kienapple*, et il a indiqué que l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction de vol qualifié constitue également, en vertu de l'art. 83, une infraction distincte assortie d'une peine distincte et supplémentaire (accrue en cas de récidive).

Cependant, l'avocat a cherché à contourner cette difficulté en invoquant l'art. 7 et l'al. 11*h*) de la *Charte*, qui sont ainsi conçus:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni . . .

Ces dispositions qui, a-t-il souligné, ont été adoptées après l'arrêt *McGuigan*, avaient pour objet d'ériger en droit enchâssé dans la Constitution le principe qui s'oppose aux déclarations de culpabilité multiples et aux peines doubles. En bref, a-t-il soutenu, le législateur ne peut plus abroger la règle formulée dans l'arrêt *Kienapple*.

L'article 83 et l'alinéa 302*d*)

Avant d'aborder les questions relevant de la *Charte*, je crois qu'il serait utile d'examiner la question préliminaire de l'application du principe de l'arrêt *Kienapple* dans le contexte de l'art. 83 et de l'al. 302*d*). Aux termes de l'al. 302*d*), commet une infraction quiconque vole une personne alors qu'il est muni d'une arme offensive. L'article 83, par contre, dispose que quiconque utilise une arme à feu lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel est coupable d'une infraction. En plus de préciser le type d'arme offensive, l'art. 83 exige que celle-ci ait été utilisée. Or, il faut se rappeler que le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* repose en dernière analyse sur le principe de l'autorité de la chose jugée. Ce principe s'appliquerait de manière à empêcher qu'on

s. 83 particularizes the form of weapon since the specific weapon was, of course, the weapon used in both offences. But s. 83 also requires that the firearms be used, an act not necessarily encompassed in being armed with it, and there was evidence of use apart from that of being armed. In short, to be convicted of an offence under s. 83 it was necessary to prove that the accused did something beyond what is required to establish the offence under s. 302(*d*).

It is not like the offence under the third count of being in possession of a weapon under s. 85 of the *Code*, which the trial judge rightly held to fall within the *Kienapple* principle, for if one is armed with a firearm, one must necessarily be in possession of an offensive weapon, since the latter expression includes a firearm. By contrast, as Dickson J. noted in the *McGuigan* case, at p. 318, the use of a firearm is not an essential ingredient in the crime of robbery under s. 302(*d*), and it was not necessary to prove that he used the firearm to establish that he was armed with it. As he further observed, however, the purpose and effect of s. 83 was to impose an additional penalty for what is, in a case like the present, in effect, an aggravated form of robbery. To convict an accused under that section it must be established that the accused did something more than is required for the offence of robbery, namely that he used a firearm.

My own view is that the words used in the two provisions are clear enough to arrive at this result without relying on a specific intention of Parliament or on antecedent law. However, in the context in which *McGuigan* was decided, these concerns were uppermost in the minds of the judges who decided it. As a result, Dickson J. stressed that Parliament, by restructuring s. 83, clearly contemplated multiple prosecutions and convic-

soit reconnu coupable de l'une et l'autre infractions si la différence entre les deux tenait uniquement au fait que l'art. 83 précise la nature de l'arme, étant donné évidemment que la même arme a été utilisée dans les deux cas. Mais, l'art. 83 exige aussi que l'arme à feu ait été utilisée, un acte qui n'est pas nécessairement compris dans l'expression en être muni. En l'espèce, il y a des éléments de preuve d'usage distincts de ceux relatifs au fait d'être muni d'une arme. En résumé, pour reconnaître l'accusé coupable d'une infraction à l'art. 83, il était nécessaire de prouver qu'il a fait quelque chose de plus que ce qui est nécessaire pour établir une infraction à l'al. 302*d*).

Cela est différent de l'infraction visée par le troisième chef d'accusation, c'est-à-dire le fait d'avoir eu en sa possession une arme contrairement à l'art. 85 du *Code*, ce que le juge du procès a jugé avec raison comme relevant du principe posé dans l'arrêt *Kienapple*, parce que la personne munie d'une arme à feu doit nécessairement avoir en sa possession une arme offensive, étant donné que cette expression englobe les armes à feu. Par ailleurs, comme le fait remarquer le juge Dickson à la p. 318 de l'arrêt *McGuigan*, l'usage d'une arme à feu n'est pas un élément essentiel du crime de vol qualifié visé à l'al. 302*d*) et il n'est pas nécessaire de prouver qu'une personne a utilisé l'arme à feu pour établir qu'elle en était munie. Toutefois, comme il l'a souligné plus loin, l'art. 83 a pour objet et pour effet d'imposer une peine supplémentaire pour ce qui est en réalité, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis en l'espèce, une forme grave de vol qualifié. Pour reconnaître un accusé coupable en vertu de cet article, il faut démontrer qu'il a fait quelque chose de plus que ce qui est requis pour qu'il y ait infraction de vol qualifié, savoir qu'il a utilisé une arme à feu.

À mon avis, le texte des deux dispositions est assez clair pour permettre d'arriver à cette conclusion sans avoir à invoquer l'intention précise du législateur ou le droit antérieur. Toutefois, ces questions constituaient la préoccupation majeure des juges appelés à statuer sur l'affaire *McGuigan*. C'est pourquoi, le juge Dickson a souligné que le législateur, en remaniant l'art. 83, avait manifestement à l'esprit la possibilité de poursuites et de

tions where the use of firearms was involved and that this displacement of the *Kienapple* principle must be respected by the courts. This served to distinguish the previous decision of this court in *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508, which had interpreted the predecessor provision to s. 83 as restricted to offences of which possession of a firearm was not an essential element. But this predecessor provision applied to the possession of a firearm. The specific intention of Parliament in enacting s. 83 to cover new ground became evident when it chose to employ the word "use" rather than "has upon his person", *i.e.*, possession, as was done in the predecessor provision. Parliament's intention was to preclude the application of the *Kienapple* principle and has, of course, to be respected.

But it is important for our purpose to underline the manner in which Parliament achieved this purpose. This was done by creating a new and distinct offence that precluded the application of the *Kienapple* principle. To convict an accused under the new offence, an additional ingredient had to be established beyond what was required to prove robbery as defined by s. 302(*d*). Not only must he be armed (and so in possession) of a firearm; he had to use it to be convicted under the new s. 83.

This approach is inherent in various parts of Dickson J.'s judgment but his reliance on Martin J.A.'s judgment in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (3d) 138, underlines his position. In his concluding remarks Dickson J. had this to say [at p. 319]:

> For the foregoing reasons, and for the reasons given by Mr. Justice Martin in the *Langevin* case, I conclude that the conviction on the charge of attempted armed robbery did not preclude a conviction on the charge under s. 83 of the *Code*. I would dismiss the appeal.

(Emphasis is mine.)

déclarations de culpabilité multiples dans les cas où il y avait usage d'armes à feu et que, par conséquent, les tribunaux doivent respecter la volonté du législateur et ne pas appliquer dans ces cas le principe formulé dans l'arrêt *Kienapple*. On s'est servi de cela pour faire la distinction avec l'arrêt antérieur *R. v. Quon*, [1948] R.C.S. 508, dans lequel cette Cour avait donné à la disposition qui a précédé l'art. 83 une interprétation qui limitait son application à des infractions qui ne comportaient pas comme élément essentiel la possession d'une arme à feu. Mais, cette disposition précédente visait la possession d'une arme à feu. Le motif précis qui a incité le législateur à adopter l'art. 83, dont la portée est plus étendue, ressort nettement de l'emploi du verbe «utiliser» plutôt que de l'expression «a sur soi», c.-à-d. la possession, qui figurait dans la disposition antérieure. L'intention du législateur était de renverser le principe de l'arrêt *Kienapple* et, bien entendu, il faut respecter cette intention.

Mais, aux fins de la présente analyse, il importe d'insister sur la façon dont le législateur s'y est pris pour réaliser cette intention. Il a procédé par la création d'une nouvelle infraction distincte à laquelle ne pouvait s'appliquer le principe de l'arrêt *Kienapple*. Pour déclarer un accusé coupable de cette nouvelle infraction, il fallait établir l'existence d'un élément supplémentaire en plus de ce qui était requis pour prouver qu'il y avait eu vol qualifié au sens de l'al. 302*d*). Pour être déclaré coupable d'une infraction au nouvel art. 83, il fallait non seulement que l'accusé ait été muni (et, partant, en possession) d'une arme à feu, mais encore qu'il l'ait utilisée.

Cette façon de voir est implicite dans plusieurs passages des motifs du juge Dickson, mais le fait qu'il s'appuie sur le jugement du juge Martin en Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (3d) 138, souligne sa position. Dans sa conclusion, le juge Dickson affirme ceci [à la p. 319]:

> Pour ces motifs et pour les motifs exprimés par le juge Martin dans l'arrêt *Langevin*, je conclus que la déclaration de culpabilité de tentative de vol à main armée n'exclut pas une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'art. 83 du *Code*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

(C'est moi qui souligne.)

When one turns to the remarks of Martin J.A. in *R. v. Langevin, supra*, which deals with the same two provisions, one finds the following statement at p. 145:

> Being "armed" with an offensive weapon and "using" an offensive weapon are not synonymous. A person is "armed" with an offensive weapon if he is equipped with it: see *R. v. Sloan* (1974), 19 C.C.C. (2d) 190 at p. 192. "Using" a firearm includes pulling out a firearm which the offender has upon his person and holding it in his hand to intimidate another: see *Rowe v. The King* (1951), 100 C.C.C. 97 at p. 101, [1951] 4 D.L.R. 238, [1951] S.C.R. 713 at p. 717. Notwithstanding that in most cases of "armed robbery" the offender will have used the weapon, none the less, s. 83 (1), by making the *use of a firearm an essential element of the offence* created by the subsection, unlike s. 122 which required only that the offender have a firearm on his person, imports a further element in addition to those which suffice to constitute theft while armed with a firearm.
>
> The introduction of the requirement of the use of the firearm while committing or attempting to commit an indictable offence also removes some of the absurdities referred to in *R. v. Quon, supra*, and to which a literal interpretation of s. 122 led, when applied to offences involving possession of a firearm.

In coming to this conclusion, Martin J.A. placed considerable stress, as had Dickson J., on Parliament's specific intention in enacting s. 83(1)(*a*). That is scarcely surprising. Section 83(1)(*a*) formed part of extensive revisions of the *Criminal Code* popularly known as the "gun control" legislation which clearly revealed, in Dickson J.'s words, at p. 317, that parliament was "gravely concerned with the proliferation of firearm-related crime" and that it intended to impose severe restrictions on the use of firearms. In interpreting words like "armed" and "using", the *penumbrae* of which have considerable overlap, the courts must, in attempting to unravel Parliament's intention, necessarily closely examine the context in which the legislation was enacted. The specific selection of the word "use" rather than "possession" in that context served to underline what Parliament had in mind.

À la page 145 de l'arrêt *R. v. Langevin*, précité, qui porte sur les deux mêmes dispositions, le juge Martin dit ce qui suit:

> [TRADUCTION] Être «muni» d'une arme offensive n'est pas synonyme d'«utiliser» une telle arme. Une personne est «munie» d'une arme offensive dès lors qu'elle l'a sur elle: voir *R. v. Sloan* (1974), 19 C.C.C. (2d) 190, à la p. 192. Il y a «usage» notamment lorsqu'un contrevenant sort une arme à feu qu'il a sur lui et la tient afin d'intimider une autre personne: voir *Rowe v. The King* (1951), 100 C.C.C. 97, à la p. 101, [1951] 4 D.L.R. 238, [1951] R.C.S. 713, à la p. 717. Même si dans toutes les affaires de «vol à main armée», le contrevenant utilise l'arme, il reste qu'en faisant de l'*usage d'une arme à feu un élément essentiel de l'infraction* qu'il crée, le par. 83(1), à la différence de l'art. 122 qui exigeait seulement que le contrevenant ait l'arme à feu sur lui, ajoute un élément supplémentaire à ceux qui suffisent à constituer un vol alors qu'on est muni d'une arme à feu.
>
> L'exigence de l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel permet d'éliminer certaines des absurdités dont il est fait mention dans l'arrêt *R. v. Quon*, précité, et qui résultaient d'une interprétation littérale de l'art. 122 dans le cas des infractions comportant la possession d'une arme à feu.

En tirant cette conclusion, le juge Martin a, à l'instar du juge Dickson, insisté énormément sur l'intention précise qu'avait le législateur en adoptant l'al. 83(1)*a*). Cela n'est guère surprenant. L'alinéa 83(1)*a*) fait partie des modifications poussées apportées au *Code criminel*. Ces modifications, généralement connues sous le nom de législation relative au «contrôle des armes à feu», révèlent clairement, comme l'a dit le juge Dickson, à la p. 317, que le législateur «s'inquiét[ait] sérieusement de la prolifération des crimes liés aux armes à feu» et qu'il voulait limiter rigoureusement l'usage de telles armes. Dans l'interprétation de termes comme «muni» et «usage» qui présentent un degré considérable de chevauchement, les tribunaux doivent nécessairement, en tentant de déterminer l'intention du législateur, examiner attentivement le contexte dans lequel la législation a été adoptée. En l'occurrence, le choix du mot «usage» plutôt que celui de «possession» est révélateur quant à cette intention.

That this was the essential problem in *McGuigan* is also evident from the language of Laskin C.J. who dissented. He did not read into the gun control legislation a Parliamentary intention to override the *Kienapple* principle and his decision was grounded in his view that there really was no substantial difference between "using" a firearm in s. 83 and being in "possession" of a firearm, the expression employed in its predecessor section (s. 122) and dealt with in the *Quon* case. Thus at p. 299 of his judgment he says:

> The pistol or revolver brandished by the robber in the *Quon* case to intimidate the victim, was clearly in his possession within the then s. 122; and it could be said that it was "used", if that expression had then been in s. 122. "Use" was, of course, the basis of the s. 83(1)(*a*) conviction in *Langevin* and also in the present case. Of course, if in the *Langevin* case or in the present case the accused had committed a robbery while in possession of an offensive weapon, but without using the weapon (and I postulate a distinction between possession and use), then he could not in any event have been charged under s. 83(1)(*a*).

He further reasoned that there was no substantial difference between being "armed" with a firearm and "using" it. Thus he says at p. 301:

> To hold a person guilty under s. 83(1)(*a*) where he has pleaded or been found guilty of robbery, that is theft while armed with a firearm, carries no clear distinction for me from a conviction of robbery while armed with a firearm which the accused brandished resulting in an acquittal in *Quon* of being in possession of a firearm while committing robbery.

In sum, as in *McGuigan*, there were in the present case factual elements of use in addition to mere possession, specifically the loading and the pointing of the firearm. The *Kienapple* principle has, therefore, no application here in relation to the offences under ss. 83 and 302(*d*).

Il se dégage aussi des motifs de dissidence du juge en chef Laskin que c'était là le problème fondamental qui se posait dans l'affaire *McGuigan*. Celui-ci ne voyait dans la législation relative au contrôle des armes à feu aucune intention de la part du législateur de rendre inapplicable le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*. Selon lui, il n'y a vraiment pas de différence importante entre «l'usage» d'une arme à feu au sens de l'art. 83 et la «possession» d'une arme à feu, qui est le terme employé dans l'article qui l'a précédé (art. 122) et dont il a été question dans l'arrêt *Quon*. C'est ce qui l'amène à dire, à la p. 299 de ses motifs:

> Le pistolet ou revolver brandi par le voleur dans l'affaire *Quon* afin d'intimider la victime était nettement en sa possession au sens de l'art. 122 alors en vigueur; on pourrait dire qu'il a été «utilisé», si ce terme s'était alors trouvé à l'art. 122. C'est évidemment sur l'«usage» que repose la déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 83(1)*a*) dans l'affaire *Langevin* et en l'espèce. Il va de soi que, si dans l'affaire *Langevin* ou dans la présente affaire, l'accusé avait commis un vol qualifié alors qu'il était en possession d'une arme offensive, mais sans en faire usage (je suppose qu'il y a une distinction entre la possession et l'usage), aucune accusation en vertu de l'art. 83(1)*a*) n'aurait pu alors être portée contre lui.

De plus, il a estimé qu'il n'y avait pas de différence importante entre le fait d'être «muni» d'une arme à feu et le fait de l'«utiliser». Ainsi, à la p. 301, il dit:

> Une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 83(1)*a*) après que l'accusé a reconnu sa propre culpabilité ou a été reconnu coupable de vol qualifié, c.-à-d. de vol alors qu'il était muni d'une arme à feu, ne diffère aucunement, selon moi, de la déclaration de culpabilité d'une personne accusée d'avoir commis un vol alors qu'elle était munie d'une arme à feu qu'elle a brandie, qui, dans l'affaire *Quon*, a entraîné un acquittement relativement à l'accusation de possession d'une arme à feu pendant la perpétration d'un vol qualifié.

Somme toute, comme dans l'arrêt *McGuigan*, on trouve en l'espèce des éléments factuels de l'usage qui s'ajoutent à la simple possession, savoir le fait d'avoir chargé l'arme à feu et le fait de l'avoir braquée. Par conséquent, le principe de l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas en l'espèce pour ce qui est des infractions à l'art. 83 et à l'al. 302*d*).

The *Charter*

I come now to the *Charter*, and first to s. 7. I have gone at length into the *McGuigan* case to underline that the essential question there was whether the word "use" imported an ingredient into s. 83(1)(*a*) not present in the offence of robbery while "armed" as defined in s. 302(*d*). So put, it seems to me that we are not concerned solely with a situation where Parliament redefines an existing provision or displaces the *Kienapple* principle. For Parliament could enact such provisions when there was no relevant earlier legislation and it could do so in such precise words that the interpretation problem in *McGuigan* did not arise. That would not violate the rule in *Kienapple* or, for that matter, any other settled rule against multiple convictions. The question, then, is not so much whether Parliament can displace the *Kienapple* principle, but whether "fundamental justice" within the meaning of s. 7 is breached by convicting an accused who has already committed a robbery of a second offence punishable by mandatory imprisonment for using, as opposed to being armed with, a firearm in committing that robbery.

That brings us squarely to what Parliament has done and why it has done it; not how it has done it. Now what Parliament has done in this case, we saw, is in substance to create an aggravated form of robbery, to punish more severely an accused who uses a firearm in perpetrating that offence by imposing an additional penalty including a mandatory period of imprisonment. Parliament's reason for so acting was its grave concern with the proliferation of firearm-related crime.

That this aggravated form of robbery exposes the victim to serious injury or death and that there has been a proliferation of such firearm-related offences in recent years scarcely needs demonstra-

La *Charte*

J'aborde maintenant la *Charte* et, en premier lieu, son art. 7. Si je me suis attardé sur l'arrêt *McGuigan*, c'est pour souligner que la question fondamentale dans cette affaire était de savoir si l'emploi du mot «utiliser» ajoute à l'al. 83(1)*a*) un élément qui n'existe pas dans l'infraction, définie à l'al. 302*d*), de vol qualifié commis alors qu'on est «muni» d'une arme offensive. Vu sous cet angle, il me semble qu'il ne s'agit pas uniquement ici d'un cas où le législateur a remanié une disposition existante ou a expressément renversé le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*, puisque le législateur pouvait adopter de telles dispositions en l'absence de loi antérieure pertinente et pouvait le faire en des termes si précis que le problème d'interprétation qui s'est présenté dans l'affaire *McGuigan* ne se poserait pas. Cela ne constituerait pas une violation de la règle formulée dans l'arrêt *Kienapple* ni, à ce propos, d'aucune autre règle établie interdisant les déclarations de culpabilité multiples. La question n'est donc pas tant de savoir si le législateur peut déroger au principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* que de savoir si on porte atteinte aux principes de «justice fondamentale» mentionnés à l'art. 7 en déclarant un accusé, qui a déjà commis un vol qualifié, coupable d'une seconde infraction entraînant une peine d'emprisonnement obligatoire, notamment d'avoir utilisé une arme à feu plutôt que d'en avoir été simplement muni en perpétrant ce vol qualifié.

Cela nous amène directement à examiner ce que le législateur a fait et pourquoi il l'a fait, mais non comment il l'a fait. Or, comme nous l'avons déjà vu, le législateur, en l'espèce, a créé essentiellement une forme grave de vol qualifié afin que soit puni plus sévèrement, par une peine supplémentaire comportant une période d'emprisonnement obligatoire, quiconque fait usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un vol qualifié. Le législateur a pris cette mesure parce qu'il s'inquiétait sérieusement de la prolifération des crimes liés aux armes à feu.

Il est d'ailleurs notoire que cette forme grave de vol qualifié expose ses victimes à des blessures graves ou à la mort et qu'on a connu au cours des dernières années une prolifération de ce genre

tion. Under these circumstances, the creation of such an offence does not, in my view, constitute a departure from fundamental justice.

Whether Parliament would in certain circumstances be prevented by s. 7 from defining or redefining a single transaction so as to create a series of offences for no obvious reason I need not consider. Nor need I consider whether, in a particular situation, the imposition of a mandatory sentence offends against the principles of fundamental justice or constitutes cruel and unusual punishment. These issues were not argued before this Court.

In view of my conclusion on the question of multiple convictions, it becomes unnecessary to discuss s. 11(*h*) of the *Charter*.

Sections 83 and 84

There remains the question whether the *Kienapple* principle applies so as to absolve the appellant from being convicted under the fourth count of pointing a firearm under s. 84 in view of his conviction on other counts. I shall, for the moment, confine my remarks to the interplay between that section and s. 83. It is obvious that pointing a gun is a manner of using it and at first blush the *Kienapple* situation would seem to apply when a person is charged with offences under both provisions. The trial judge, however, saw the particularizing of pointing s. 84 as providing an additional ingredient like that in *McGuigan* sufficient to indicate an intention by Parliament to create a separate and distinct offence. There were, he noted, many different ways in which a firearm may be used. His reasoning appears in the following paragraph [at p. 336]:

> In the case now before me the accused made "use" of the firearm by producing it, then by loading it and then by pointing it as well. Because a firearm may be used within the meaning of s. 83(1)(*a*) in many ways other than by pointing it at another and Parliament created the offence under s. 83 and the offence under s. 84 at the same time, I do hold that they are separate and

d'infractions liées aux armes à feu. Dans ces circonstances, je doute fort que la création d'une telle infraction constitue une atteinte à la justice fondamentale.

Il ne m'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce si, dans certaines circonstances, l'art. 7 empêcherait le législateur de définir ou de redéfinir une seule opération de manière à créer, sans motif évident, une série d'infractions. Je n'ai pas non plus à déterminer si, dans une situation donnée, le fait d'infliger une peine obligatoire va à l'encontre des principes de justice fondamentale ou constitue une peine cruelle et inusitée. Ces questions n'ont pas été débattues en cette Cour.

Étant donné ma conclusion sur la question des déclarations de culpabilité multiples, il n'est pas nécessaire d'examiner l'al. 11*h*) de la *Charte*.

Les articles 83 et 84

Reste la question de savoir si, compte tenu du verdict de culpabilité rendu relativement aux autres chefs d'accusation, le principe posé dans l'arrêt *Kienapple* s'applique de manière à empêcher l'appelant d'être déclaré coupable de l'infraction visée par le quatrième chef, c.-à-d. d'avoir braqué une arme à feu contrairement à l'art. 84. J'entends, pour le moment, limiter mes observations à l'interaction entre cet article et l'art. 83. Il est évident que braquer un fusil est une façon de l'utiliser et, à première vue, le principe de l'arrêt *Kienapple* semblerait s'appliquer lorsqu'une personne est accusée d'infractions aux deux dispositions. Toutefois, selon le juge du procès, l'exigence que pose l'art. 84 qu'on ait braqué l'arme à feu sur une autre personne constitue un élément supplémentaire (comme celui dont il s'agit dans l'arrêt *McGuigan*) suffisant pour traduire l'intention du législateur de créer une infraction distincte. Il y a, a-t-il fait remarquer, beaucoup de façons d'utiliser une arme à feu. Son raisonnement ressort du passage suivant [à la p. 336]:

> [TRADUCTION] Dans l'affaire dont je suis présentement saisi, l'accusé a fait «usage» de l'arme à feu en la sortant, en la chargeant, puis en la braquant. Puisqu'une arme à feu peut être utilisée au sens de l'al. 83(1)*a*) de bien d'autres manières que celle qui consiste à la braquer sur une autre personne, et que le législateur a créé en même temps l'infraction visée à l'art. 83 et celle visée

distinct offences and that by reason thereof ss. 7, 11 and 12 of the Charter and the principle of *Kienapple* do not foreclose a conviction for both offences with the punishment therefore to be governed by the "disproportionality principle."

If by this statement the trial judge meant that a person might be convicted of both offences even where there was no other evidence of use other than the pointing, I cannot agree with him. It is true that Dickson J. in *McGuigan* stressed the difference between "use" and "armed" and concluded that use meant something more than being armed. The use as so construed was necessary to bring s. 83 into operation. Here we have the reverse situation, the extra ingredient being in the offence of pointing.

It may be, however, that the courts below thought that the accused should be convicted of both offences because there was evidence of other types of uses of the firearm sufficient to support a charge under s. 83 either as additional to the robbery or the pointing charge. This poses a more difficult problem from a purely logical standpoint. The fact is, however, that all these types of uses were brought forward in a prosecution for all these charges. Moreover, in the case of the pointing charge, one would be securing a conviction on the more serious charge on the basis of a use preparatory to, and less dangerous than, the pointing. So far as the robbery is concerned, the accused, it must be remembered, is already receiving additional punishment under s. 83 for having used a firearm during its commission.

Practical considerations such as these militate against a too rigorous application of logic in attempting to discern Parliament's intention. The trial judge's analogy from *McGuigan* does not appear to me to be persuasive. As I see it, it is

à l'art. 84, je conclus qu'il s'agit d'infractions distinctes et que, par conséquent, ni les art. 7, 11 et 12 de la Charte ni le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* ne viennent s'opposer à une déclaration de culpabilité relative aux deux infractions, les peines étant à établir en fonction du «principe de la disproportion».

Si le juge du procès a voulu dire par là qu'une personne pourrait être reconnue coupable des deux infractions, même lorsqu'il n'existe aucun autre élément de preuve d'usage que le fait d'avoir braqué l'arme à feu sur quelqu'un, je ne puis être d'accord. Il est vrai que, dans l'arrêt *McGuigan*, le juge Dickson a insisté sur la différence entre «l'usage» d'une arme à feu et le fait d'en être «muni», concluant que le premier terme signifie quelque chose de plus que le second. L'usage, pris dans ce sens, était nécessaire pour que l'art. 83 s'applique. Or, en l'espèce, c'est précisément l'inverse, car c'est le fait d'avoir braqué l'arme à feu sur une autre personne qui constitue l'élément supplémentaire.

Il se peut toutefois que les cours d'instance inférieure aient estimé que l'accusé devait être déclaré coupable des deux infractions parce qu'il y avait des éléments de preuve d'autres types d'usages de l'arme à feu, lesquels éléments étaient suffisants pour justifier une accusation fondée sur l'art. 83 en plus de celle de vol qualifié ou de celle d'avoir braqué l'arme à feu sur une autre personne. Du point de vue purement logique, cela pose un problème plus difficile. Il reste néanmoins que tous ces types d'usages ont été invoqués dans les poursuites relatives à toutes ces accusations. De plus, dans le cas de l'accusation d'avoir braqué une arme à feu, on pourrait obtenir une déclaration de culpabilité sur une accusation plus grave en se fondant sur un usage préalable à cet acte et moins dangereux que celui-ci. En ce qui concerne le vol qualifié, il faut se rappeler que l'accusé s'est déjà vu infliger une peine supplémentaire, en vertu de l'art. 83, pour avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration de cette infraction.

Ce genre de considérations d'ordre pratique milite contre une application trop rigoureuse de la logique dans une tentative de discerner l'intention du législateur. Je ne trouve pas convaincante l'analogie faite par le juge du procès avec l'affaire

quite reasonable to hold that Parliament intended to create an offence of using a firearm while engaged in a robbery that is separate and distinct from the offence of robbery. Indeed, it is hard to imagine what Parliament could reasonably have intended by s. 83 if it did not expect it to apply to robbery and other offences where the use of firearms is most prevalent. Particularly is this so in the context I have already described.

But when an essential ingredient of an offence, such as the offence against pointing, includes the use of a firearm, it is difficult to believe that Parliament intended by s. 83 automatically to make the same objectionable behaviour the subject of two separate offences, each with its own penalty. And, as I mentioned, if a firearm is used in the commission of another offence, s. 83 provides a far more serious penalty than for pointing it, fourteen years imprisonment with minimum periods of imprisonment as opposed to five years. It would, therefore, require far clearer language than appears in the legislation to persuade me that Parliament contemplated the type of result that prevailed below.

The foregoing conclusion receives support from *R. v. Langevin, supra*. There Martin J.A., we saw, also stressed the ingredient of using a firearm in s. 83 in addition to being armed with it, which is the requisite under s. 302(*d*). But he saw a clear distinction between that situation and one involving the offence of pointing. At page 145 he had this to say:

> Mr. Hunt conceded during argument that it would not be reasonable to interpret s. 83 as applying to offences which by their definitions in the *Code* require the use of a firearm as a constituent of the offence, for example, pointing a firearm at another (s. 84(1) (rep. & sub. *idem*)) and discharging a firearm with intent to wound (s. 228).

McGuigan. À ce qu'il me semble, il est tout à fait raisonnable de prêter au législateur l'intention de créer une infraction qui consiste à utiliser une arme à feu lors de la perpétration d'un vol qualifié et qui soit distincte de cette dernière infraction. En fait, si le législateur ne s'attendait pas que l'art. 83 s'applique au vol qualifié et à d'autres infractions où l'usage d'armes à feu est le plus répandu, il est difficile de concevoir ce qu'a bien pu être son intention en adoptant cet article, surtout dans le contexte que je viens de décrire.

Mais lorsqu'un élément essentiel d'une infraction, telle l'infraction de braquer une arme à feu, comprend l'usage d'une arme à feu, il est difficile de croire que le législateur ait voulu que, par l'adoption de l'art. 83, la même conduite répréhensible fasse automatiquement l'objet de deux infractions distinctes, assorties chacune d'une peine distincte. Et comme je l'ai déjà dit, si une arme à feu est utilisée dans la perpétration d'une autre infraction, l'art. 83 impose une peine beaucoup plus lourde que pour le fait de braquer une arme à feu, soit quatorze ans de prison avec une période minimale d'emprisonnement au lieu de cinq ans. Il faudrait donc un texte beaucoup plus clair que celui employé dans la législation pour me persuader que le législateur a envisagé le genre de résultat qu'ont retenu les cours d'instance inférieure.

La conclusion qui précède est appuyée par l'arrêt *R. v. Langevin*, précité où, rappelons-le, le juge Martin a lui aussi souligné que l'art. 83 comporte l'élément de l'usage d'une arme à feu, lequel s'ajoute à celui qui consiste à en être muni qui est l'exigence posée par l'al. 302*d*). Toutefois, le juge Martin a fait une distinction nette entre cette situation et celle qui comporte l'infraction d'avoir braqué une arme à feu sur une autre personne. À la page 145 de ses motifs, il dit ce qui suit:

> [TRADUCTION] Me Hunt a reconnu pendant la plaidoirie qu'il ne serait pas raisonnable d'interpréter l'art. 83 de façon à l'appliquer aux infractions dont un élément essentiel est, de par leur définition dans le Code, l'usage d'une arme à feu, comme par exemple, braquer une arme à feu (par. 84(1) (abr. et rempl. idem)) et décharger une arme à feu dans l'intention de blesser (art. 228).

More recently, Martin J.A., again speaking for the Ontario Court of Appeal, reiterated this view in *R. v. Allison and Dinel* (1983), 5 C.C.C. (3d) 30, a case involving a multiplicity of offences decided after the decision of the trial judge in the present case. Martin J.A. there dealt with the interrelationship of a charge under s. 83 and one of wounding and maiming under s. 228. The latter section creates a series of offences, some of which include the discharge of a firearm as a constituent element to the offence while others require instead the causing of bodily harm. In his view, s. 83 could not be invoked in the case of offences requiring the discharge of a firearm. After quoting the passage from *Langevin* just cited, he added the following remarks at p. 40:

> We see no reason to change the opinion expressed in that case. We do not think it would be sensible to construe that section as enabling s. 83 to be invoked in those circumstances. Such an indictment would, in effect, allege that A, while committing the indictable offence of pointing a firearm (or discharging a firearm with intent, etc.), did unlawfully use a firearm, contrary to s. 83. We would not think such an interpretation of s. 83 would be sensible or should be ascribed to Parliament.

As can be seen from that case, this approach can at times lead to fine distinctions. This, however, should not obscure the fundamental differences between the two situations with which we are dealing. In making the major amendments known as the gun control legislation, Parliament must have intended to create a further deterrence to the use of firearms in offences such as robbery that may be committed without the use of a firearm but where such use is prevalent. But these considerations have no bearing where the principal offence itself requires as a necessary ingredient the use of a firearm. It is difficult to see what distinct and separate offence is created in such a case, both being concerned with the use of a firearm, and I fail to see how this can be altered by the fact that a particular use is specified in the principal offence. Accordingly, the *Kienapple* principle should apply in relation to the second and fourth

Plus récemment, s'exprimant encore au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Martin a réitéré ce point de vue dans l'arrêt *R. v. Allison and Dinel* (1983), 5. C.C.C. (3d) 30. Cet arrêt, portant sur une multiplicité d'infractions, a été rendu après la décision du juge du procès en l'espèce. Le juge Martin y a traité de la corrélation entre une accusation portée en vertu de l'art. 83 et une accusation d'avoir blessé et mutilé, fondée sur l'art. 228. Ce dernier article crée une série d'infractions, dont certaines comportent comme élément constitutif la décharge d'une arme à feu alors que d'autres exigent plutôt qu'on ait causé des lésions corporelles. À son avis, on ne saurait invoquer l'art. 83 dans le cas des infractions exigeant qu'il y ait eu décharge d'une arme à feu. Après avoir cité le passage de l'arrêt *Langevin*, que je viens de reproduire, le juge Martin ajoute, à la p. 40:

> [TRADUCTION] Nous ne voyons aucune raison de modifier l'opinion exprimée dans cet arrêt. Selon nous, il ne serait guère raisonnable de considérer que cet article permet d'invoquer l'art. 83 dans ces circonstances. Dans un tel acte d'accusation, on alléguerait en réalité que A, alors qu'il commettait l'acte criminel qui consiste à braquer une arme à feu (ou à décharger intentionnellement une arme à feu, etc.), a utilisé une arme à feu contrairement à l'art. 83. Nous ne croyons pas que cette interprétation de l'art. 83 serait raisonnable ou qu'elle devrait être prêtée au législateur.

Or, il se dégage de cet arrêt qu'une telle façon d'aborder la question peut parfois mener à des distinctions subtiles. Mais, il ne faut pas pour autant perdre de vue les différences fondamentales entre les deux situations qui se présentent en l'espèce. Lorsqu'il a adopté les modifications importantes connues sous le nom de législation relative au contrôle des armes à feu, le législateur a nécessairement voulu créer un autre moyen de dissuader d'utiliser des armes à feu dans des infractions telles que le vol qualifié qui peuvent être commises sans utiliser une arme à feu, mais dans la perpétration desquelles cet usage est fort répandu. Mais ces considérations sont sans importance lorsque l'usage d'une arme à feu constitue un élément nécessaire de l'infraction principale. Il est difficile de voir quelle infraction distincte est créée en pareil cas, puisque les deux infractions comportent l'usage d'une arme à feu. Je ne comprends pas non

counts. The gravity of the offence under s. 83(1)(*a*) being greater, I do not think a verdict of guilty should have been entered in respect of the charge of pointing. The *Charter* argument does not, therefore, arise in this context.

Conclusion

For these reasons I would allow the appeal against conviction on the fourth count, quash the conviction thereon and order a verdict of not guilty to be entered in lieu thereof. In other respects, the appeal should be dismissed.

Appeal allowed with respect to one count but dismissed in all other respects.

Solicitor for the appellant: Joseph A. Bisceglia, Sault Ste. Marie.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

plus ce que peut y changer le fait que la description de l'infraction principale fait état d'un usage précis. Il s'ensuit que le principe posé dans l'arrêt *Kienapple* doit s'appliquer au deuxième et au quatrième chefs d'accusation. Puisque l'al. 83(1)*a*) crée une infraction plus grave, j'estime qu'un verdict de culpabilité n'aurait pas dû être rendu relativement à l'accusation d'avoir braqué une arme à feu. En conséquence, l'argument fondé sur la *Charte* ne se pose pas dans ce contexte.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative au quatrième chef d'accusation, d'annuler cette déclaration de culpabilité et d'ordonner qu'un verdict de non-culpabilité y soit substitué. Pour le reste, le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi accueilli à l'égard d'un chef d'accusation, mais rejeté à tous autres égards.

Procureur de l'appelant: Joseph A. Bisceglia, Sault-Ste-Marie.

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

Craig Donovan Brown and Robert Clayton Murphy *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17313.

1985: February 15; 1985: October 10.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Cross-examination — Disagreement in Court of Appeal regarding the effect of accused's improper cross-examination — Cross-examination not prejudicial to accused — No miscarriage of justice.

Appellants were charged with rape and tried jointly by a judge sitting without a jury. In his testimony, Murphy contradicted the evidence given by the complainant. Brown did not testify but a statement he made to the police supported the evidence of his co-accused. At trial, the Crown conducted an overly-aggressive cross-examination of Murphy which exceeded the limits of permissible cross-examination. The trial judge found both appellants guilty. His conclusion was based on findings of credibility not on the impugned cross-examination. On appeal, the majority of the Court of Appeal did not find the cross-examination prejudicial to the appellants and dismissed their appeals acting on the power contained in s. 613(1)(*b*)(ii) of the *Criminal Code*. The dissenting judge took the view that it was prejudicial and that, in any event, it was of such nature as to bring the system of justice into disrepute. Hence this appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Assuming that a disagreement as to the existence of prejudice could amount to a question of law which would give jurisdiction to this Court to entertain the appeal, the Court of Appeal made no error in finding that the improper cross-examination was not prejudicial to the accused. As to the suggestion that in the absence of prejudice the appeal should be allowed lest the system of justice be brought into disrepute, it is evident that in dismissing the appeal the majority rejected any such suggestion and they made no error in that respect.

Craig Donovan Brown et Robert Clayton Murphy *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17313.

1985: 15 février; 1985: 10 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit criminel — Contre-interrogatoire — Désaccord en Cour d'appel concernant l'effet du contre-interrogatoire incorrect de l'accusé — Contre-interrogatoire non préjudiciable à l'accusé — Aucune erreur judiciaire.

Les appelants ont été accusés de viol et ont subi leur procès conjointement devant un juge siégeant sans jury. Dans son témoignage, Murphy a contredit les dépositions de la plaignante. Brown n'a pas déposé mais une déclaration qu'il a faite à la police appuyait le témoignage de son coaccusé. Au procès, le ministère public a contre-interrogé Murphy d'une manière trop agressive qui dépassait les limites permises dans un contre-interrogatoire. Le juge du procès a conclu que les deux appelants étaient coupables. Sa décision était fondée sur des conclusions sur la crédibilité et non sur le contre-interrogatoire contesté. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas estimé que le contre-interrogatoire était préjudiciable aux appelants et ont rejeté leurs appels conformément au pouvoir énoncé dans le sous-al. 613(1)*b*)(ii) du *Code criminel*. Le juge dissident a estimé que le contre-interrogatoire avait causé un préjudice et que, de toute façon, il était de nature à déconsidérer le système judiciaire. D'où le présent pourvoi.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Si l'on présume qu'une divergence d'opinion quant à l'existence d'un préjudice pourrait revenir à une question de droit qui conférerait compétence à cette Cour pour entendre le pourvoi, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que le contre-interrogatoire abusif n'était pas préjudiciable aux accusés. Quant à la suggestion qu'en l'absence de préjudice, le pourvoi devrait être accueilli de crainte que le système judiciaire ne soit déconsidéré, il est évident qu'en rejetant l'appel, les juges majoritaires ont rejeté cette suggestion et ils n'ont commis aucune erreur à cet égard.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(*a*), (*b*)(ii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1982), 1 C.C.C. (3d) 107, 41 A.R. 69, dismissing appellants' appeals from their convictions for rape. Appeal dismissed.

William R. Pieschel, for the appellant Brown.

A. Clayton Rice, for the appellant Murphy.

Jack Watson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellants were jointly charged and jointly tried for rape. They were convicted by Foisy J., of the Court of Queen's Bench of Alberta, sitting without a jury. Their appeals to the Court of Appeal (McClung, Stevenson and Harradence JJ.A.) were dismissed, Harradence J.A. dissenting. This appeal is taken pursuant to leave granted March 24, 1983. A motion by the Crown to quash the appeal for the reason that no question of law was raised was abandoned at the commencement of the hearing in this Court.

At trial, the evidence of the complainant was flatly contradicted by Murphy. Brown did not give evidence, but a statement he made to the police supported the evidence of Murphy. The complainant swore that shortly after midnight on July 30, 1979, when returning to her apartment after making a telephone call at a nearby public telephone, the appellant, Brown, followed her and forced his way into her apartment. He was followed by Murphy who on entry locked the door behind him. Murphy seized her, took her down the hall to a bedroom and had intercourse with her without her consent. Later Brown entered the room and the performance was repeated. She gave many details of the events that occurred which need not be repeated here. Murphy, on the other hand, swore that the complainant invited him and Brown into the apartment to wait until a friend arrived with some marijuana. He admitted inter-

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)*a*), *b*)(ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1982), 1 C.C.C. (3d) 107, 41 A.R. 69, qui a rejeté les appels des appelants contre leur déclaration de culpabilité de viol. Pourvoi rejeté.

William R. Pieschel, pour l'appelant Brown.

A. Clayton Rice, pour l'appelant Murphy.

Jack Watson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Les appelants ont été accusés conjointement de viol et ont subi leur procès de façon conjointe. Ils ont été déclarés coupable par le juge Foisy de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, siégeant sans jury. Leurs appels devant la Cour d'appel (les juges McClung, Stevenson et Harradence) ont été rejetés, le juge Harradence étant dissident. Le présent pourvoi est interjeté en vertu de l'autorisation accordée le 24 mars 1983. Une requête du ministère public en vue d'annuler le pourvoi parce qu'aucune question de droit n'avait été soulevée a été abandonnée au début de l'audition devant cette Cour.

Au procès, le témoignage de la plaignante a été catégoriquement contredit par Murphy. Brown n'a pas déposé mais une déclaration qu'il a faite à la police appuyait le témoignage de Murphy. La plaignante a déclaré sous serment que peu après minuit le 30 juillet 1979, lorsqu'elle retournait à son appartement après avoir fait un appel téléphonique d'un téléphone public voisin, l'appelant Brown l'a suivie et est entré de force dans son appartement. Murphy après être entré à la suite de celui-ci a verrouillé la porte derrière lui. Murphy s'est emparé d'elle et l'a entraînée dans le couloir jusqu'à une chambre à coucher et a eu des rapports sexuels avec elle sans son consentement. Plus tard, Brown est entré dans la chambre et a eu lui aussi des rapports sexuels avec elle. Elle a donné de nombreux détails sur les événements qui se sont produits et qu'il n'est pas nécessaire de répéter. Par ailleurs, Murphy a déclaré sous serment que la

course but said that it was with the complainant's consent and cooperation. Brown denied intercourse. The principal issue then was one of credibility.

During the trial counsel for the Crown conducted what might be termed an overly-aggressive and improper cross-examination of Murphy. There can be no doubt that the cross-examination in many ways was objectionable and exceeded the limits which should bind Crown counsel in cross-examination. The trial judge did not restrict Crown counsel sufficiently. In the Court of Appeal other grounds were advanced by the appellants, but the sole ground upon which the court called for argument by the Crown was the cross-examination point. It was also the principal point raised in this Court.

The trial judge on conflicting evidence found that the appellants were guilty. In doing so he based his conclusion on findings of credibility. He believed the complainant and he disbelieved the appellants. In his reasons for judgment he reviewed her evidence. He recognized certain inconsistencies in her testimony, and he noted as well corroborative facts which supported it. He found significant corroboration of her evidence in the medical testimony which included observations by the examining physician of abrasions upon her back that were consistent with her account of events. He weighed and balanced her evidence against that of the appellants and made his finding of credibility upon that comparison. There was evidence before him upon which he could reach his conclusion, and it is evident from his reasons that he did not base his conclusion on the impugned cross-examination but upon the conflicting evidence which was before him and after considering the various factors which ought to affect the approach of a trial judge to a case where the conviction will depend essentially upon the evidence of one person.

plaignante l'avait invité dans l'appartement ainsi que Brown pour attendre l'arrivée d'un ami avec de la marijuana. Il a admis avoir eu des rapports sexuels, mais a dit que c'était avec le consentement et la coopération de la plaignante. Brown a nié avoir eu des rapports sexuels. La question principale porte donc sur la crédibilité.

Au cours du procès, le substitut du procureur général a contre-interrogé Murphy d'une manière que l'on peut qualifier de trop agressive et incorrecte. Il n'y a aucun doute que le contre-interrogatoire était de plusieurs manières inacceptable et dépassait les limites qu'aurait dû respecter le substitut dans le contre-interrogatoire. Le juge du procès n'a pas suffisamment limité le substitut. En appel, les appelants ont fait valoir d'autres moyens, mais le seul moyen que la Cour d'appel a demandé au ministère public de plaider était le point relatif au contre-interrogatoire. C'est également le principal point soulevé devant cette Cour.

Devant des témoignages contradictoires, le juge du procès a conclu que les appelants étaient coupables. Ainsi, il a fondé sa décision sur des conclusions en matière de crédibilité. Il a cru la plaignante et n'a pas cru les appelants. Dans ses motifs de jugement, il a passé en revue le témoignage de la plaignante. Il a reconnu qu'il comportait un certain manque de cohérence et il a également souligné des faits corroborants qui l'appuyait. Il a jugé que le témoignage médical constituait une corroboration importante du témoignage de la plaignante car il comprenait des observations du médecin qui l'avait examinée selon lesquelles son dos portait des écorchures, ce qui concordait avec sa version des événements. Il a soupesé le témoignage de la plaignante et celui des appelants et a fondé sa conclusion relative à la crédibilité sur cette comparaison. On lui avait présenté des éléments de preuve sur lesquels il pouvait fonder sa conclusion et il ressort clairement de ses motifs qu'il n'a pas fondé sa conclusion sur le contre-interrogatoire contesté mais plutôt sur les témoignages contradictoires qui lui ont été présentés et sur l'examen des divers facteurs qui doivent avoir un effet sur la façon dont un juge de première instance aborde une affaire où la déclaration de culpabilité dépend essentiellement du témoignage d'une seule personne.

The majority of the Court of Appeal expressed disapproval of the cross-examination, but they did not find it prejudiced the appellants. In dismissing the appeal, they were, of course, acting on the powers contained in s. 613(1)(*b*)(ii). This means that they decided that the appeal could not be allowed on any grounds set out in s. 613(1)(*a*). In other words, they concluded that the appeal could not succeed on the ground that the conviction was unreasonable or could not be supported on the evidence; that the trial judgment should not be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law; and that there was no miscarriage of justice. Harradence J.A., in dissent, agreed that the cross-examination was improper. He considered, however, that prejudice had been caused to the appellants and that, even if it had not resulted in prejudice, it was of such nature that it would bring the system of justice into disrepute. He concluded that the prejudice resulted in a miscarriage of justice.

It will be seen that the only difference between the majority and the minority in the Court of Appeal turns on the effect of the cross-examination. The majority takes the view that it was not prejudicial to the appellant and is not a ground upon which the appeal should be allowed. The dissenting judge takes the view that it was prejudicial and should have been effective to allow the appeal and that, in any event, it was of such nature as to bring the system of justice into disrepute. Assuming, without deciding, that a disagreement as to the existence of prejudice could amount to a question of law which would give jurisdiction to this Court to entertain the appeal, it is my opinion that the majority of the Court of Appeal made no error. As to the suggestion that in the absence of prejudice the appeal should be allowed lest the system of justice be brought into disrepute, it is evident that in dismissing the appeal the majority rejected any such suggestion and, in my view, they made no error in that respect.

I would therefore dismiss the appeal.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont exprimé leur désapprobation à l'égard du contre-interrogatoire, mais ils n'ont pas jugé qu'il causait un préjudice aux appelants. En rejetant l'appel, ils agissaient évidemment aux termes des pouvoirs contenus au sous-al. 613(1)*b*)(ii). Cela signifie qu'ils ont décidé que l'appel ne pouvait être accueilli pour aucun des motifs énumérés à l'al. 613(1)*a*). En d'autres termes, ils ont conclu que l'appel ne pouvait réussir pour le motif que la déclaration de culpabilité était déraisonnable ou ne pouvait être justifiée vu la preuve; que le jugement de première instance ne devrait pas être infirmé pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit; et qu'il n'y a pas eu erreur judiciaire. Le juge Harradence, dans sa dissidence, a convenu que le contre-interrogatoire était incorrect. Toutefois, il a considéré qu'il avait causé un préjudice aux appelants et que, même s'il n'en avait pas résulté de préjudice, il était de nature à déconsidérer le système judiciaire. Il a conclu que le préjudice entraînait une erreur judiciaire.

On pourra constater que la seule différence qui existe entre les juges majoritaires et le juge minoritaire en Cour d'appel porte sur l'effet du contre-interrogatoire. Les juges majoritaires adoptent l'opinion qu'il n'a pas causé de préjudice à l'appelant et qu'il ne constitue pas un motif en vertu duquel l'appel devrait être accueilli. Le juge dissident est d'avis qu'il a causé un préjudice et qu'il aurait dû permettre d'accueillir l'appel et que, de toute façon, il était de nature à déconsidérer le système judiciaire. Si l'on présume, sans en décider, qu'une divergence d'opinions quant à l'existence d'un préjudice pourrait revenir à une question de droit qui conférerait compétence à cette Cour pour entendre le pourvoi, je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur. Quant à la suggestion que, en l'absence de préjudice, le pourvoi devrait être accueilli de crainte que le système judiciaire ne soit déconsidéré, il est évident que, en rejetant l'appel, les juges majoritaires ont rejeté cette suggestion et, à mon avis, ils n'ont commis aucune erreur à cet égard.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant Brown: McLaws & Company, Calgary.

Solicitor for the appellant Murphy: A. Clayton Rice, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant Brown: McLaws & Company, Calgary.

Procureur de l'appelant Murphy: A. Clayton Rice, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.

Robert Spencer *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17603.

1985: March 26; 1985: October 10.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Witnesses — Compellability — Canadian resident refusing to disclose information received while working as bank manager in Bahamas — Disclosure of such information constituting criminal offence under Bahamian law — Whether witness should be compelled to testify.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of the person — Compellability of witness — Canadian resident refusing to disclose information received while working as bank manager in Bahamas — Disclosure of such information constituting criminal offence under Bahamian law — Charter of Rights inapplicable — Infringement of liberty or security not resulting from operation of Canadian law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Appellant, a crown witness in a prosecution against a person charged under the *Income Tax Act*, refused to testify about his knowledge relating to specific customers and transactions of the Royal Bank in the Bahamas because s. 10 of the Bahamian *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965*, as amended, makes it a summary conviction offence punishable by a fine or a term of imprisonment to reveal such knowledge. Appellant, a resident and citizen of Canada, acquired this knowledge while he was manager of the main Freeport Branch in the Bahamas. He has not returned there since 1974. The Provincial Court ordered the appellant to testify but the order was quashed by a judge of the Supreme Court of Ontario. On appeal, the Court of Appeal restored the Provincial Court judge's order.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: For the reasons given by the Court of Appeal, appellant is a

Robert Spencer *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17603.

1985: 26 mars; 1985: 10 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Preuve — Témoins — Contraignabilité — Refus par un résident canadien de révéler des informations obtenues à titre de directeur de banque aux Bahamas — La communication de ces informations constitue une infraction criminelle selon la loi bahamienne — Le témoin peut-il être contraint de témoigner?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Contraignabilité d'un témoin — Refus par un résident canadien de révéler des informations obtenues à titre de directeur de banque aux Bahamas — La communication de ces informations constitue une infraction criminelle selon la loi bahamienne — Charte des droits inapplicable — L'atteinte à la liberté ou à la sécurité ne résulte pas de la loi canadienne — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

L'appelant, témoin à charge dans une poursuite contre un prévenu inculpé d'avoir enfreint la *Loi de l'impôt sur le revenu*, a refusé de témoigner sur ce qu'il savait de certains clients et de certaines opérations de la Banque Royale aux Bahamas, parce que l'art. 10 de la *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965* et modifications, une loi bahamienne, érige leur divulgation en infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité d'une amende ou d'un emprisonnement. L'appelant, résident et citoyen du Canada, a appris ces choses alors qu'il était directeur de la succursale principale de Freeport aux Bahamas. Il n'est pas retourné là-bas depuis 1974. La Cour provinciale a ordonné à l'appelant de témoigner, mais son ordonnance fut cassée par un juge de la Cour suprême de l'Ontario. En appel, la Cour d'appel a rétabli l'ordonnance du juge de la Cour provinciale.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest: Pour les motifs que donne la Cour d'appel, l'appelant est un

compellable witness in Canada and must testify notwithstanding the Bahamian statute.

Furthermore, to compel appellant to testify does not constitute an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees "everyone . . . the right to life, liberty and security of the person . . . ." That section has no application in the present case. The infringement of liberty or security, if any, does not result from the operation of Canadian law, but solely from the operation of Bahamian law in the Bahamas. To allow the appellant to refuse to give evidence in the present circumstances would permit a foreign country to frustrate the administration of justice in this country in respect of a Canadian citizen in relation to what is essentially a domestic situation.

Per Estey J.: Canadian courts are not prevented from compelling a witness by the fact that giving the evidence sought may constitute a crime in another country. Our courts, however, should not lightly make orders which may result in a violation or an unnecessary circumvention of the laws or procedures of a friendly state. Here, a preferable alternative at trial would have been to grant a stay of proceedings to allow the appellant sufficient time to apply to a Bahamian court for an order permitting disclosure, which would exempt him from criminal liability under s. 10 of the Bahamian *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965*. If no such order had been sought or obtained within a reasonable time, our courts would have had no option but to compel the appellant to testify.

Cases Cited

Re Application of Chase Manhattan Bank, 297 F.2d 611 (1962); *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Re International Bank of Washington*, Supreme Court of the Bahamas, No. 38 of 1980; *Re Nassau Bank and Trust Co.*, Supreme Court of the Bahamas, No. 95 of 1975, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965, Bahamas, No. 64 of 1965, s. 10 [am. No. 3 of 1980, s. 2].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, 2 C.C.C. (3d) 526, setting aside a judgment of

témoin contraignable au Canada et il doit témoigner malgré la loi bahamienne.

En outre, forcer l'appelant à témoigner ne constitue pas une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit à «chacun . . . le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne . . . » Cet article n'a aucune application en l'espèce. La violation de la liberté ou de la sécurité, si violation il y a, ne résulte pas de l'application du droit canadien, mais uniquement de l'application de la loi bahamienne aux Bahamas. Autoriser l'appelant à refuser de témoigner dans les circonstances de l'espèce permettrait à un pays étranger d'entraver l'administration de la justice dans notre pays relativement à ce qui est essentiellement un problème interne.

Le juge Estey: Les tribunaux canadiens ne sauraient être empêchés de contraindre un témoin parce que la divulgation des éléments de preuve demandée peut constituer un crime dans un autre pays. Nos tribunaux ne devraient toutefois pas rendre à la légère des ordonnances qui pourraient violer ou mettre inutilement en échec les lois ou la procédure d'un État amical. En l'espèce, il aurait été préférable qu'en première instance, on choisisse d'accorder une suspension d'instance pour donner à l'appelant assez de temps pour qu'il puisse demander à un tribunal bahamien une ordonnance autorisant la divulgation en vertu de l'art. 10 de la *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965* des Bahamas, ce qui l'aurait protégé d'une responsabilité criminelle possible. À défaut de demander ou d'obtenir pareille ordonnance dans un délai acceptable, nos tribunaux n'auraient pas eu d'autre choix que de contraindre l'appelant à témoigner.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Re Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (1962); *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Re International Bank of Washington*, Cour suprême des Bahamas, n° 38 de 1980; *Re Nassau Bank and Trust Co.*, Cour suprême des Bahamas, n° 95 de 1975.

Lois et règlements cités

Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965, Bahamas, n° 64 de 1965, art. 10 [mod. par n° 3 de 1980, art. 2].
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, 2 C.C.C. (3d) 526, qui a infirmé un jugement du

Montgomery J.[1], quashing a decision of a Provincial Court judge ordering the appellant to testify. Appeal dismissed.

John Sopinka, Q.C., and *Donald Houston*, for the appellant.

Michael R. Dambrot, Mark L. Jewett and *Robert W. Hubbard*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LA FOREST J.—In this case the Crown seeks to compel the appellant Mr. Spencer, who is a crown witness in a prosecution against one Robert McGregor for contravening the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, to testify about his knowledge relating to specific customers and transactions of the Royal Bank in the Bahamas. Mr. Spencer, who is a resident and citizen of Canada, acquired this knowledge while he was a manager of the main Freeport Branch in the Bahamas where, subject to certain exceptions, s. 10 of the Bahamian *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965*, as amended, makes it a summary conviction offence punishable by a fine not exceeding $15,000 or a term of imprisonment not exceeding two years, or by both, to reveal such knowledge.

His Honour Judge Parker of the Ontario Provincial Court, who heard the case, ordered that Mr. Spencer must testify notwithstanding the Bahamian statute, but this order was quashed by Montgomery J. of the Supreme Court of Ontario. On appeal to the Ontario Court of Appeal (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, 2 C.C.C. (3d) 526, that court set aside Montgomery J.'s judgment and restored the order of Judge Parker. In its view, the public and the courts have a right to Mr. Spencer's evidence whether or not the giving of this evidence constituted a crime in the Bahamas. I agree with this conclusion substantially for the reasons given by MacKinnon, A.C.J.O. Under these circumstances it becomes unnecessary to consider

[1] Summarized at (1982), 8 W.C.B. 111.

juge Montgomery[1], qui cassait l'ordonnance d'un juge de la Cour provinciale contraignant l'appelant à témoigner. Pourvoi rejeté.

John Sopinka, c.r., et *Donald Houston*, pour l'appelant.

Michael R. Dambrot, Mark L. Jewett et *Robert W. Hubbard*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LA FOREST—En l'espèce, Sa Majesté veut contraindre l'appelant M. Spencer, témoin à charge dans une poursuite intentée contre un certain Robert McGregor pour infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 et modifications, à témoigner sur ce qu'il sait de certains clients et de certaines opérations de la Banque Royale aux Bahamas. M. Spencer, résident et citoyen du Canada, a appris ces choses alors qu'il était directeur de la succursale principale de Freeport aux Bahamas où, sous réserve de certaines exceptions, l'art. 10 de la *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965* et modifications, une loi bahamienne, érige leur divulgation en infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité d'une amende d'au plus 15 000 $ ou d'un emprisonnement d'au plus deux ans, ou des deux peines.

Le juge Parker de la Cour provinciale de l'Ontario, saisi de l'affaire, a ordonné à M. Spencer de témoigner nonobstant la loi bahamienne, mais son ordonnance a été cassée par le juge Montgomery de la Cour suprême de l'Ontario. En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, 2 C.C.C. (3d) 526, celle-ci a infirmé le jugement du juge Montgomery et a rétabli l'ordonnance du juge Parker. À son avis, le public et les tribunaux ont le droit d'obtenir le témoignage de M. Spencer, que ce témoignage constitue ou non un crime aux Bahamas. Je souscris à cette conclusion, en substance pour les motifs qu'a donnés le juge MacKinnon, juge en chef adjoint de l'Ontario. Dans ces circonstances, il n'est plus nécessaire

[1] Résumé à (1982), 8 W.C.B. 111.

whether or not the Bahamian statute had extra-territorial effect.

In this Court counsel for Mr. Spencer raised, though somewhat feebly, an argument not dealt with by the Ontario Court of Appeal, namely, that compelling Mr. Spencer either to breach Bahamian law or be found in contempt for not testifying constitutes an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees that everyone has a right not to be deprived of life, liberty or security of the person. This provision, he argued, afforded Mr. Spencer a protection similar to that given by the Fifth Amendment to the Constitution of the United States.

This argument raises the interesting question whether the *Charter* applies to a result flowing from the interplay of a common law principle (as opposed to a federal or provincial statute) and a foreign statute. I do not, however, find it necessary to comment on this point because, assuming the application of the *Charter* to common law principles, I do not think Mr. Spencer can successfully rely on s. 7. The Canadian law in no way deprives him of his liberty or security. To the extent that these may be interfered with, it is the foreign law that does so. Nor does the operation of the Canadian law substantially put him in jeopardy of prosecution under the law of the Bahamas, where he has not returned since 1974. Only if he decides to go there will he be in jeopardy of prosecution.

The infringement of Mr. Spencer's liberty or security, if any, does not result from the operation of Canadian law, but solely from the operation of Bahamian law in the Bahamas. Under these circumstances the *Charter* has no application. To allow Mr. Spencer to refuse to give evidence in the circumstances of this case would permit a foreign country to frustrate the administration of justice in this country in respect of a Canadian citizen in relation to what is essentially a domestic situation. Indeed such an approach could have serious repercussions on the operation of Canadian law generally.

I would dismiss the appeal.

de se demander si la loi bahamienne a un effet extra-territorial.

Devant la Cour, l'avocat de M. Spencer a fait valoir, quoique sans s'y attarder, un argument dont n'a pas traité la Cour d'appel de l'Ontario, savoir que contraindre M. Spencer à violer la loi bahamienne, ou à être reconnu coupable d'outrage au tribunal pour refus de témoigner constitue une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cette disposition, a-t-il plaidé, offre à M. Spencer une protection analogue à celle du Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis.

Cet argument soulève la question intéressante de savoir si la *Charte* s'applique à l'effet que peut avoir l'interaction d'un principe de *common law* (par opposition à une loi fédérale ou provinciale) et d'une loi étrangère. Je n'estime pas nécessaire toutefois d'analyser ce point car, présumant que la *Charte* s'applique aux principes de *common law*, je ne pense pas que M. Spencer puisse invoquer avec succès l'art. 7. Le droit canadien ne le prive en rien de sa liberté ni de sa sécurité. Dans la mesure où il peut y être porté atteinte, c'est la loi étrangère qui le ferait. L'application de la loi canadienne ne lui fait pas vraiment non plus risquer d'être poursuivi en vertu de la loi des Bahamas, où il n'est pas retourné depuis 1974. Ce n'est que s'il décide d'aller là-bas qu'il risquera une poursuite.

La violation de la liberté ou de la sécurité de M. Spencer, si violation il y a, ne résulte pas de l'application du droit canadien, mais bien uniquement de l'application de la loi bahamienne aux Bahamas. Dans ces circonstances, la *Charte* n'a aucune application. Autoriser M. Spencer à refuser de témoigner dans les circonstances de l'espèce permettrait à un pays étranger d'entraver l'administration de la justice dans notre pays alors qu'un citoyen canadien est visé et qu'il s'agit essentiellement d'un problème interne. D'ailleurs une telle démarche aurait des répercussions graves sur l'application du droit canadien en général.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J.—I am in respectful agreement with the law as expressed in the judgment of La Forest J. and the disposition there proposed. The fact that the giving of the evidence sought in this case may constitute a crime in another country cannot prevent the Canadian courts from compelling a witness to testify. However, the threat arising in a foreign jurisdiction of criminal proceedings against a Canadian resident for revealing information in a Canadian judicial proceeding is a serious consideration to be borne in mind in a proceeding such as this. Thus any course by which such a serious consequence may be avoided must be carefully considered by our courts. In these proceedings it is therefore relevant to take note of the fact that under Bahamian law an appropriate order releasing the appellant may be obtained from a Bahamian court. Section 10 of the *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965*, as amended, provides:

10.—(1) No person who has acquired information in his capacity as

(a) director, officer, employee or agent of any licensee or former licensee;

. . .

shall, without the express or implied consent of the customer concerned, disclose to any person any such information relating to the identity, assets, liabilities, transactions, accounts of a customer of a licensee or relating to any application by any person under the provisions of this Act, as the case may be, except—

. . .

(iii) when a licensee is lawfully required to make disclosure by any court of competent jurisdiction within The Bahamas, or under the provisions of any law of The Bahamas.

. . .

(3) Every person who contravenes the provisions of subsection (1) of this section shall be guilty of an offence against this Act and shall be liable on summary conviction to a fine not exceeding fifteen thousand dollars or to a term of imprisonment not exceeding two years or to both such fine and imprisonment.

This Bahamian legislation was passed in order to ensure that the Bahamas remained an attractive location for foreign banks and other financial insti-

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY—Je suis en complet accord avec le principe de droit exposé dans les motifs du juge La Forest et avec l'issue qui y est proposée. Le fait que la déposition que l'on veut obtenir en l'espèce puisse constituer un crime dans un autre pays ne peut empêcher les tribunaux canadiens de contraindre un témoin à témoigner. Toutefois, dans une procédure comme la présente, il importe de garder à l'esprit la menace de poursuites criminelles qui naît dans un ressort étranger contre un résident canadien qui a divulgué des renseignements dans un procès devant des tribunaux canadiens. Par conséquent, s'il existe une façon d'éviter un résultat aussi grave, nos tribunaux doivent soigneusement le considérer. Il est donc pertinent en l'espèce de prendre note du fait qu'en vertu de la loi bahamienne, l'appelant peut obtenir d'une cour bahamienne une ordonnance le déliant. L'article 10 de la *Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965* et modifications, prévoit:

[TRADUCTION] **10.**—(1) Il est interdit à quiconque ayant reçu des renseignements à titre de

a) directeur, administrateur, employé ou agent d'un détenteur de permis actuel ou passé;

. . .

de divulguer à une autre personne, sans le consentement exprès ou implicite du client en cause, les renseignements relatifs à l'identité, l'actif, le passif, les opérations, les comptes d'un client d'un détenteur de permis ou relativement à toute demande présentée par une personne en vertu des dispositions de la présente loi, selon le cas, si ce n'est —

. . .

(iii) quand un détenteur de permis est légalement obligé de faire une divulgation par un tribunal compétent aux Bahamas ou en vertu des dispositions d'une loi des Bahamas.

. . .

(3) Toute personne qui contrevient aux dispositions du paragraphe (1) de cet article est coupable d'une infraction à la présente loi et est passible sur déclaration sommaire de culpabilité d'une amende d'au plus de quinze mille dollars ou d'un emprisonnement d'au plus deux ans ou des deux peines à la fois.

Cette loi bahamienne a été adoptée pour assurer que les Bahamas continuent d'être un emplacement intéressant pour les banques et autres institu-

tutions. According to the Bahamian Chief Justice, "the secrecy provisions is one of the pillars of this part of our economic structure, the destruction of which would lead to the collapse of the whole structure which it supports" (*Re Nassau Bank and Trust Co.*, Supreme Court of the Bahamas, No. 95 of 1975, unreported). The provisions are of equal importance to the Canadian and other foreign companies doing business in the Bahamas. In this context, international comity dictates that Canadian courts should not lightly disregard the Bahamian provisions by requiring the appellant in this case to testify. " 'Comity' in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws": *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at pp. 163-64.

tions financières étrangères. Selon le Juge en chef des Bahamas, [TRADUCTION] «la disposition assurant le secret est l'un des piliers de cette partie de notre structure économique dont la destruction entraînerait l'effondrement de toute la structure qu'elle appuie» (*Re Nassau Bank and Trust Co.*, Cour suprême des Bahamas, nº 95 de 1975, décision inédite). Les dispositions sont d'égale importance pour les sociétés canadiennes et autres sociétés étrangères qui font affaire aux Bahamas. Dans ce contexte, la courtoisie internationale impose aux tribunaux canadiens de ne pas passer outre à la légère aux dispositions bahamiennes en demandant à l'appelant de témoigner en l'espèce. [TRADUCTION] «La «courtoisie» au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue d'une part ni de simple politesse et bonne volonté de l'autre. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois»: *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), aux pp. 163 et 164.

It therefore would have been a preferable alternative at the trial level to have granted a stay of these proceedings so as to allow the appellant sufficient time to make application to a Bahamian court of competent jurisdiction for an order permitting disclosure of the evidence sought to be compelled. Such an order was asked for and granted in the case of *Re International Bank of Washington*, Supreme Court of the Bahamas, No. 38 of 1980, unreported, in circumstances substantially similar to those existing in this case, and in *Re Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2nd Cir. 1962), a subpoena *duces tecum* was modified to permit application to be made to the appropriate Panamanian authorities for permission to disclose information covered by Panama's secrecy provisions. Moore J. spoke at p. 613 in the latter case of the "obligation to respect the laws of other sovereign states even though they may differ in economic and legal philosophy from our own. As we recently said . . . 'upon fundamental principles of international comity, our courts dedicated to the enforcement of our laws should not take

Il aurait donc été préférable qu'en première instance, on choisisse de demander une suspension d'instance pour donner à l'appelant assez de temps pour demander à une cour bahamienne compétente une ordonnance lui permettant de divulguer les éléments de preuve qu'on veut le contraindre à divulguer. Une telle ordonnance a été demandée et accordée dans l'affaire inédite *Re International Bank of Washington*, Cour suprême des Bahamas, nº 38 de 1980, dans des circonstances essentiellement semblables aux présentes et, dans l'affaire *Re Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2nd Cir. 1962), un subpoena *duces tecum* a été modifié pour permettre qu'une demande soit présentée aux autorités panaméennes concernées pour obtenir la permission de divulguer des renseignements protégés par les dispositions panaméennes assurant le secret. À la page 163 de cette dernière affaire, le juge Moore a parlé de [TRADUCTION] «l'obligation de respecter les lois des autres pays souverains même si leur philosophie économique et juridique peut différer des nôtres. Comme nous l'avons dit récemment . . . «compte

such action as may cause a violation of the laws of a friendly neighbor, or, at the least, any unnecessary circumvention of its procedures'."

If an authorizing order had not been sought or obtained within a reasonable time, the Canadian courts would have had no option, having regard to the subject matter of these proceedings, but to proceed in the manner indicated by the Ontario Court of Appeal below.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

tenu des principes fondamentaux de la courtoisie internationale, nos tribunaux qui se consacrent à l'application de nos lois, ne devraient pas prendre des mesures qui peuvent entraîner la violation des lois d'un voisin amical ou, à tout le moins, une mise en échec inutile de sa procédure».»

À défaut d'obtenir une ordonnance d'autorisation dans un délai acceptable, les tribunaux canadiens n'auraient pas eu d'autre choix, vu l'objet de ces poursuites, que de procéder de la façon indiquée par la Cour d'appel de l'Ontario.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Kim William Edward Austin *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17770.

1985: October 10.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Guilty verdict not unreasonable in view of identification evidence.

Criminal law — Dangerous offender proceedings — Sentence of detention for indeterminate period.

APPEAL from judgments of the Ontario Court of Appeal dismissing appellant's appeals from conviction by O'Leary J. sitting with a jury on a charge of attempted murder and rape and from a finding by O'Leary J. of dangerous offender status carrying a sentence of indeterminate detention under s. 688 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Leo Adler, for the appellant.

David Fairgrieve, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We think the Court of Appeal was right in dismissing the appeal from conviction. We, however, express no opinion on the comments of the Court of Appeal regarding the tool box incident. The appeal from conviction is dismissed.

We find no error below in the proceedings leading to the sentence of detention for an indeterminate period. This appeal is also dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Leo Adler, Toronto.

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

Kim William Edward Austin *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17770.

1985: 10 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit criminel — Preuve — Le verdict de culpabilité n'est pas déraisonnable vu les éléments de preuve sur l'identité.

Droit criminel — Poursuite des délinquants dangereux — Peine de détention pour une période indéterminée.

POURVOI contre les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario qui ont rejeté les appels interjetés par l'appelant de sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge O'Leary siégeant avec un jury, relativement à une accusation de tentative de meurtre et viol et d'une déclaration par le juge O'Leary que l'appelant est un délinquant dangereux devant être condamné à une peine de détention pour une période indéterminée conformément à l'art. 688 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Leo Adler, pour l'appelant.

David Fairgrieve, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes d'avis que la Cour d'appel a eu raison de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité. Cependant, nous n'exprimons aucune opinion sur les observations de la Cour d'appel concernant l'incident de la boîte à outils. Le pourvoi contre la déclaration de culpabilité est rejeté.

Nous concluons qu'aucune erreur n'a été commise dans les procédures qui ont conduit à la sentence d'incarcération pour une période indéterminée. Ce pourvoi est également rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Leo Adler, Toronto.

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

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1985 Vol. 2

3e cahier, 1985 Vol. 2

Cited as [1985] 2 S.C.R. 287-453

Renvoi [1985] 2 R.C.S. 287-453

NOTICE TO THE PROFESSION

Re: Procedure on Application for Leave to Appeal.

Counsel practising before the Supreme Court of Canada are advised that because of the heavy workload the Court must insist on the strict observance of the RULES OF THE SUPREME COURT OF CANADA.

In particular, counsel's attention is drawn to Rule 23(1)(*c*)(v) which provides:

"memorandum of argument; this memorandum shall be in four parts as follows:

Part I: a brief statement of facts,
Part II: a concise statement of points in issue,
Part III: a brief statement of argument,
Part IV: the nature of the order requested,
and the memorandum shall be signed by counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person".

Any memorandum not reasonably meeting the requirements of this Rule will be refused and returned.

* * *

Attention is also drawn to Rule 23(1)(*c*)(viii) which provides that "when it is intended to refer to evidence, excerpts only of the evidence including exhibits relied on may be filed".

If counsel feel it necessary to file the whole or a substantial part of the transcript of evidence, they are advised to obtain permission from the Court or the Registrar in advance. Otherwise, the material that does not meet the requirements of Rule 23 will be refused and returned.

AVIS AUX AVOCATS

Objet: Demandes d'autorisation de pourvoi.

Les procureurs agissant devant la Cour suprême du Canada sont avisés qu'en raison de sa charge de travail considérable, la Cour doit insister sur l'étroite observance des RÈGLES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA.

Notamment, les procureurs sont priés de prêter attention à l'article 23(1)*c*)(v) que voici:

«un mémoire sous la signature du procureur qui l'a rédigé ou de la partie qui comparaît en personne, divisé en quatre parties:
Partie I: un bref exposé des faits,
Partie II: un énoncé concis des questions en litige,
Partie III: un bref exposé des arguments,
Partie IV: la nature de l'ordonnance demandée».

Les mémoires qui ne suivront pas cet article de façon acceptable seront refusés et renvoyés.

* * *

Veuillez aussi noter que l'article 23(1)*c*)(viii) stipule «lorsqu'une partie ou son procureur se propose de se référer à des éléments de preuve, elle ne doit produire que les extraits sur lesquels elle s'appuie; il en est de même pour les pièces».

Si les procureurs considèrent qu'il est nécessaire de produire toute la transcription de la preuve ou une partie importante de celle-ci, ils doivent au préalable obtenir la permission de la Cour ou du Registraire. Les dossiers non conformes aux exigences de l'article 23 seront refusés et renvoyés.

Guy Goulard

THE REGISTRAR

January 1986

LE REGISTRAIRE

janvier 1986

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD
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

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD
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

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

CONTENTS

Bruce *v.* The Queen **287**

Evidence — Documentary evidence — Reception — Banking transactions — Whether computer produced bank statements admissible under s. 29(1), (2) of the Canada Evidence Act.

Dick *v.* The Queen *et al.* **309**

Indians — Hunting — Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season contrary to Wildlife Act — Applicability of provincial game laws to Indians — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433, ss. 3(1), 8(1) — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88 — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

Constitutional law — Indians — Game laws — Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season contrary to Wildlife Act — Whether Wildlife Act impairing Indian status — Whether Wildlife Act constitutionally applicable to appellant — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433, ss. 3(1), 8(1) — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.

Criminal law — Appeals — Summary convictions — Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season — Whether this appeal raises a question of law alone for the purpose of s. 114 of the Offence Act — Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305, s. 114.

Dubois *v.* The Queen **350**

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial — First trial taking place prior to proclamation of Charter — Incriminating evidence given by accused at first trial not admissible against him at second trial — Protection against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Continued on next page

SOMMAIRE

Bruce *c.* La Reine **287**

Preuve — Preuve documentaire — Recevabilité — Opérations bancaires — Les relevés de banque informatisés sont-ils recevables en preuve en vertu de l'art. 29(1) et (2) de la Loi sur la preuve au Canada?

Dick *c.* La Reine *et autres* **309**

Indiens — Chasse — Indien non visé par un traité déclaré coupable d'avoir tué un cerf hors saison contrairement à la Wildlife Act — Application aux Indiens de lois provinciales sur la protection de la faune — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1), 8(1) — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Droit constitutionnel — Indiens — Lois sur la protection de la faune — Indien non visé par un traité reconnu coupable d'avoir tué un cerf hors saison contrairement à la Wildlife Act — La Wildlife Act porte-t-elle atteinte au statut d'Indien? — La Wildlife Act est-elle constitutionnellement applicable à l'appelant? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1), 8(1) — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

Droit criminel — Appels — Déclarations sommaires de culpabilité — Indien non visé par un traité reconnu coupable d'avoir tué un cerf hors saison — Ce pourvoi soulève-t-il une question de droit seulement au sens de l'art. 114 de l'Offence Act? — Offence Act, R.S.B.C. 1979, chap. 305, art. 114.

Dubois *c.* La Reine **350**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès — Premier procès antérieur à la proclamation de la Charte — Témoignage incriminant de l'accusé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Criminal law — Evidence — Admissibility — Self-incrimination — Retrial — Accused's evidence at first trial not admissible against him at second trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

Grabowski *v.* The Queen **434**

Criminal law — Trial by jury — Irregularities — Reference to alleged prior acts in Crown's argument — Recorded conversations referring to accused's criminal past submitted to jury — Prejudice caused the accused removed by judge's charge to jury.

Criminal law — Interception of private communications — Validity of authorization — Part of authorization held invalid — Authorization severable — Interceptions made pursuant to valid part of authorization admissible — Criminal Code, ss. 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(2).

Jack and Charlie *v.* The Queen **332**

Civil rights — Freedom of religion — Charge of hunting deer out of season — Raw meat needed for ancient Indian religious ceremony — Whether or not prohibition on hunting interferes with Indians' freedom of religion — Wildlife Act, 1966 (B.C.), c. 55, s. 4(1)(c), now R.S.B.C. 1979, c. 433, s. 3(1)(c).

Indians — Hunting — Closed season — Deer killed for use in religious ceremony — Whether or not prohibition interferes with an essential part of Indian culture — Whether or not Act impairing Indian status and hence inapplicable.

Criminal law — Game laws — Indians charged with hunting in closed season — Meat for use in traditional religious ceremony — Whether or not game laws interfering with essential part of Indian culture — Whether or not these laws impairing Indian status and hence inapplicable.

R. *v.* Imperial General Properties Ltd. **288**

Income tax — Corporations — Control — Corporate shareholder holding common shares — Minority shareholder holding common shares and voting preference shares — Corporate and minority shareholders having equal number of votes and able to elect equal numbers of directors — Winding-up possible on fifty per cent vote — Whether or not respondent under control of corporate shareholder — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 39(4) as amended by 1960 (Can.), c. 43, s. 11(1).

Re Manitoba Language Rights (*Order*) **347**

Constitutional law — Language guarantees — Manitoba statutes to be enacted, printed and published in both English and French — Temporary validity for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication — Commitment by the Province to publish in bilingual, parallel column format the Statutes and Regulations, and Rules of Court and Administrative Tribunals — Determination of minimum period.

Simon *v.* The Queen *et al.* **387**

Indians — Treaty rights — Right to hunt — Provincial law restricting that right — Whether or not treaty rights prevail —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

au premier procès inadmissible contre lui au second procès — Protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Auto-incrimination — Nouveau procès — Témoignage de l'accusé au premier procès inadmissible contre lui au second procès — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

Grabowski *c.* La Reine **434**

Droit criminel — Procès par jury — Irrégularités — Allusion à de supposés actes antérieurs dans la plaidoirie du ministère public — Conversations enregistrées faisant référence au passé criminel de l'accusé présentées au jury — Préjudice causé à l'accusé réparé par l'exposé du juge au jury.

Droit criminel — Interception de communications privées — Validité de l'autorisation — Partie de l'autorisation jugée invalide — Autorisation divisible — Interceptions faites grâce à la partie valide de l'autorisation recevables — Code criminel, art. 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(2).

Jack et Charlie *c.* La Reine **332**

Libertés publiques — Liberté de religion — Inculpation de chasse au cerf hors saison — Cérémonie religieuse indienne ancestrale exigeant de la viande crue — L'interdiction de chasse porte-t-elle atteinte à la liberté de religion des Indiens? — Wildlife Act, 1966 (C.-B.), chap. 55, art. 4(1)c), maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1)c).

Indiens — Chasse — Hors saison — Cerf abattu et destiné à une cérémonie religieuse — L'interdiction porte-t-elle atteinte à un aspect essentiel de la culture indienne? — La Loi porte-t-elle atteinte au statut d'Indien et est-elle donc inapplicable?

Droit criminel — Lois sur la protection de la faune — Indiens accusés d'avoir chassé hors saison — Viande destinée à une cérémonie religieuse traditionnelle — Les lois sur la protection de la faune touchent-elles à un aspect essentiel de la culture indienne? — Ces lois portent-elles atteinte au statut d'Indien et sont-elles donc inapplicables?

R. *c.* Imperial General Properties Ltd. **288**

Impôt sur le revenu — Compagnies — Contrôle — Société actionnaire ordinaire — Actionnaire minoritaire détenteur d'actions ordinaires et d'actions privilégiées avec droit de vote — Société actionnaire et actionnaire minoritaire détenteurs d'un nombre égal de voix et en mesure d'élire un nombre égal d'administrateurs — Possibilité de liquidation si cela est appuyé par cinquante pour cent des voix — L'intimée est-elle contrôlée par la société actionnaire? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 39(4) modifié par 1960 (Can.), chap. 43, art. 11(1).

Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba (*Ordonnance*) . **347**

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Obligation d'adopter, d'imprimer et de publier en français et en anglais les lois du Manitoba — Validité temporaire pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les impri-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150(1) — Constitution Act, 1982, s. 35.

Vachon *v.* Canada Employment and Immigration Commission **417**

Bankruptcy — Property of bankrupt — Stay of proceedings — Overpayment of unemployment insurance benefits before bankruptcy — Overpayment reimbursed by source deduction from benefits payable to bankrupt during bankruptcy — Whether s. 49 of Bankruptcy Act contravened — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 49(3) — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 49.

SOMMAIRE (Fin)

mer et les publier — Engagement de la province de publier dans un format bilingue sur deux colonnes les lois, les règlements, les règles de cour et celles des tribunaux administratifs — Fixation du délai minimum.

Simon *c.* La Reine *et autres* **387**

Indiens — Droits issus des traités — Droit de chasse — Loi provinciale qui limite ce droit — Les droits issus des traités prévalent-ils? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Vachon *c.* Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada **417**

Faillite — Biens du failli — Suspension des procédures — Prestations d'assurance-chômage versées en trop au failli avant la faillite — Remboursement du trop-perçu au moyen d'une retenue à la source sur les prestations payables au failli pendant la faillite — Violation de l'art. 49 de la Loi sur la faillite — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 49(3) — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 49.

Alvin Harper Bruce *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16983.

1985: October 29.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Documentary evidence — Reception — Banking transactions — Whether computer produced bank statements admissible under s. 29(1), (2) of the Canada Evidence Act.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, *sub nom. R. v. Bell and Bruce* (1982), 35 O.R. (2d) 164, 65 C.C.C. (2d) 376, 26 C.R. (3d) 336, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of fraud. Appeal dismissed.

Shane M. Watson, for the appellant.

J. Douglas Ewart, 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. Ewart. We agree with the conclusion of the Court of Appeal for Ontario and with the reasons for judgment delivered by Weatherston J.A. for the Court. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Shane M. Watson, Hamilton.

Solicitor for the respondent: Archie G. Campbell, Toronto.

Alvin Harper Bruce *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 16983.

1985: 29 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Preuve — Preuve documentaire — Recevabilité — Opérations bancaires — Les relevés de banque informatisés sont-ils recevables en preuve en vertu de l'art. 29(1) et (2) de la Loi sur la preuve au Canada?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *sub nom. R. v. Bell and Bruce* (1982), 35 O.R. (2d) 164, 65 C.C.C. (2d) 376, 26 C.R. (3d) 336, qui a accueilli l'appel interjeté par la poursuite contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de fraude. Pourvoi rejeté.

Shane M. Watson, pour l'appelant.

J. Douglas Ewart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Me Ewart, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario et avec les motifs de jugement prononcés par le juge Weatherston au nom de la Cour. Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Shane M. Watson, Hamilton.

Procureur de l'intimée: Archie G. Campbell, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Imperial General Properties Limited (formerly Speedway Realty Corporation Limited) *Respondent.*

File No.: 17627.

1985: April 30; 1985: October 31.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Corporations — Control — Corporate shareholder holding common shares — Minority shareholder holding common shares and voting preference shares — Corporate and minority shareholders having equal number of votes and able to elect equal numbers of directors — Winding-up possible on fifty per cent vote — Whether or not respondent under control of corporate shareholder — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 39(4) as amended by 1960 (Can.), c. 43, s. 11(1).

Determination of the respondent's applicable tax rate turned on whether or not respondent was controlled by another company within the meaning of s. 39(4) of the *Income Tax Act*. Of respondent's one hundred issued common shares, ninety were held by the Wingold family (and later by its company, Validor), and ten by Gasner, a business associate unrelated by blood or marriage. In a corporate re-organization, voting, non-participating, cumulative preference shares were created, and eighty were issued to Gasner and his wife. The Wingolds and the Gasners, accordingly, each held ninety votes. Mr. and Mrs. Gasner and two of the Wingolds filled the four directorships on re-organization where previously the Wingolds held all four positions. A winding-up could be effected by a fifty per cent vote. The assets of the company, in such event, would be distributed among the common shareholders after the par value of the issued preference shares and any accumulated but unpaid dividends had been paid.

Held (McIntyre, Lamer and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Imperial General Properties Limited (autrefois Speedway Realty Corporation Limited) *Intimée.*

N° du greffe: 17627.

1985: 30 avril; 1985: 31 octobre.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Compagnies — Contrôle — Société actionnaire ordinaire — Actionnaire minoritaire détenteur d'actions ordinaires et d'actions privilégiées avec droit de vote — Société actionnaire et actionnaire minoritaire détenteurs d'un nombre égal de voix et en mesure d'élire un nombre égal d'administrateurs — Possibilité de liquidation si cela est appuyé par cinquante pour cent des voix — L'intimée est-elle contrôlée par la société actionnaire? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 39(4) modifié par 1960 (Can.), chap. 43, art. 11(1).

La détermination du taux d'imposition applicable à l'intimée est liée à la question de savoir si l'intimée était contrôlée par une autre société au sens du par. 39(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Sur cent actions ordinaires émises par l'intimée, quatre-vingt-dix étaient détenues par la famille Wingold (et plus tard par sa société Validor), et dix par Gasner, un associé d'affaires qui n'avait aucun lien de parenté, ni par le sang ni par alliance, avec la famille Wingold. Dans le cadre d'une réorganisation de la société intimée, on a créé des actions privilégiées à dividende cumulatif, avec droit de vote et non participantes, dont quatre-vingts ont été émises à Gasner et à son épouse. Les Wingold et les Gasner avaient donc respectivement quatre-vingt-dix voix. Par suite de la réorganisation, c'était M. et M^me^ Gasner et deux des Wingold et non plus seulement des Wingold qui occupaient les quatre postes d'administrateur. Cinquante pour cent des voix suffisaient pour mettre la société en liquidation. Le cas échéant, l'actif de la société serait réparti entre les actionnaires ordinaires après paiement de la valeur nominale des actions privilégiées émises et de tout dividende accumulé mais non payé.

Arrêt (les juges McIntyre, Lamer et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Per Beetz, Estey, Chouinard and La Forest JJ.: The court, in determining the application of s. 39(4) of the *Income Tax Act*, is not limited to a highly technical and narrow interpretation of the legal rights attached to the shares of a corporation; nor is it constrained to an examination of those rights only in the context of their immediate application in a corporate meeting. Here, the lynchpin of the tax plan was the continued existence of the right to terminate the corporate existence should the presence of the minority common and preference stockholders become undesirable to the majority common shareholder. Control, in the real sense of the term, was not surrendered by the Wingolds or their successor on the issuance of the preference shares. They could still initiate a winding-up, and if they did so, their obligations toward the minority common shareholder remained virtually the same as they were before the reorganization; namely a 10 per cent distribution of surplus assets, increased only by the nominal payments on return of capital on the preference shares and any accrued but unpaid dividends. Accordingly, the respondent remained in the control of Validor, the Wingold's successor, within the meaning of s. 39(4).

Per McIntyre, Lamer and Wilson JJ., *dissenting*: Although the scope of scrutiny under the *de jure* test for the purpose of determining who has voting control has been extended beyond a mere examination of the share register, the principle that voting control is the proper *indicium* of control was not deviated from until *Oakfield*. In *Oakfield*, the test of *de facto* control was applied based on an evaluation of the beneficial interests of the shareholders and, as that decision is anomalous, it should not be followed. For the courts suddenly to change direction in the face of well-settled and long-standing authority in tax jurisprudence is quite inappropriate as such a departure can have a serious retroactive impact on taxpayers who plan their personal and business affairs on the basis of the existing law. This is not an appropriate area for judicial creativity although it may be for the legislature.

Cases cited

By the majority

Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd., [1967] S.C.R. 223; *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032, considered; *Buckerfield's Ltd. v. Minister*

Les juges Beetz, Estey, Chouinard et La Forest: En déterminant la façon d'appliquer le par. 39(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une cour n'est pas restreinte à une interprétation très formaliste et étroite des droits qui, en vertu de la loi, sont liés aux actions d'une société; elle n'est pas astreinte non plus à examiner ces droits dans le seul contexte de leur application immédiate lors d'une assemblée de la société. En l'espèce, la subsistance du droit de liquider la société si la présence d'actionnaires ordinaires et privilégiés minoritaires devenait non souhaitable pour l'actionnaire ordinaire majoritaire est la pierre angulaire du programme fiscal. Le contrôle, au sens véritable du terme, n'a été abandonné ni par les Wingold ni par leur successeur par suite de l'émission des actions privilégiées. Ils pouvaient encore procéder à une liquidation et, s'ils l'avaient fait, leurs obligations envers l'actionnaire ordinaire minoritaire seraient demeurées pratiquement les mêmes qu'avant la réorganisation, savoir la remise de 10 pour 100 des biens excédentaires, en plus seulement du paiement de sommes nominales pour le remboursement du capital des actions privilégiées et des dividendes accumulés mais non payés. En conséquence, l'intimée a continué d'être contrôlée par Validor, le successeur des Wingold, au sens du par. 39(4).

Les juges McIntyre, Lamer et Wilson, *dissidents*: Bien que la portée de l'analyse ait été étendue, par application du critère du contrôle de droit, au delà du simple examen du registre des actionnaires pour déterminer qui détient la majorité des voix, il n'y a pas eu, jusqu'à l'arrêt *Oakfield*, de dérogation au principe selon lequel la majorité des voix est le véritable indice du contrôle. Dans l'arrêt *Oakfield*, l'application du critère du contrôle de fait était fondée sur une évaluation des droits en *equity* des actionnaires et, comme cet arrêt est anormal, il ne doit pas être suivi. Il n'est pas du tout approprié que les tribunaux changent soudainement d'orientation à l'égard d'un principe bien établi depuis longtemps dans la jurisprudence fiscale, étant donné qu'une telle dérogation peut avoir des conséquences rétroactives graves sur les contribuables qui planifient leurs affaires personnelles et commerciales en fonction du droit existant. Ce n'est pas un domaine qui se prête à la créativité des tribunaux même s'il peut se prêter à celle du législateur.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts examinés: *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] R.C.S. 223; *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032; arrêts mention-

of National Revenue, [1965] 1 Ex. C.R. 299; *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13; *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. v, 71 DTC 5202, affirming [1969] 2 Ex. C.R. 43, 69 DTC 5122; *Himley Estates, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1932), 17 T.C. 367, referred to.

By the minority

Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1971] S.C.R. 1032; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] S.C.R. 223; *Vancouver Towing Co. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 623; *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13; *Inland Revenue Commissioners v. J. Bibby and Sons, Ltd.*, [1945] 1 All E.R. 667; *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5092 (Ex. Ct.); *Minister of National Revenue v. Consolidated Holding Co.*, [1974] S.C.R. 419, 72 DTC 6007; *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193; *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. v, 71 DTC 5202, affirming [1969] 2 Ex. C.R. 43, 69 DTC 5122; *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex. C.R. 299.

Statutes and Regulations Cited

Income and Corporation Taxes Act 1970, 1970 (U.K.), c. 10, s. 302(2)(*a*), (*b*), (*c*).
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 39(4)(*a*), (*b*) as amended by 1960 (Can.), c. 43, s. 11(1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 1 F.C. 402, [1983] CTC 27, 83 DTC 5055, dismissing an appeal from a judgment of the Federal Court Trial Division allowing an appeal from a decision of the Tax Review Board allowing in part appeals of the Minister's assessments. Appeal allowed, McIntyre, Lamer and Wilson JJ. dissenting.

Ian MacGregor and *Harry Erlichman*, for the appellant.

Wolfe D. Goodman, Q.C., and *Joanne E. Swystun*, for the respondent.

nés: *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C. de l'É. 299; *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13; *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] R.C.S. v, 71 DTC 5202, confirmant [1969] 2 R.C. de l'É. 43, 69 DTC 5122; *Himley Estates, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1932), 17 T.C. 367.

Citée par la minorité

Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1971] R.C.S. 1032; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] R.C.S. 223; *Vancouver Towing Co. v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C. de l'É. 623; *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13; *Inland Revenue Commissioners v. J. Bibby and Sons, Ltd.*, [1945] 1 All E.R. 667; *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5092 (C. de l'É.); *Ministre du Revenu national c. Consolidated Holding Co.*, [1974] R.C.S. 419, 72 DTC 6007; *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193; *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] R.C.S. v, 71 DTC 5202, confirmant [1969] 2 R.C. de l'É. 43, 69 DTC 5122; *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C. de l'É. 299.

Lois et règlements cités

Income and Corporation Taxes Act 1970, 1970 (U.K.), chap. 10, art. 302(2)*a*), *b*), *c*).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 39(4)*a*), *b*) modifié par 1960 (Can.), chap. 43, art. 11(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 1 C.F. 402, [1983] CTC 27, 83 DTC 5055, qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale qui avait accueilli l'appel de la décision de la Commission de révision de l'impôt d'accueillir en partie des appels interjetés contre les cotisations établies par le Ministre. Pourvoi accueilli, les juges McIntyre, Lamer et Wilson sont dissidents.

Ian MacGregor et *Harry Erlichman*, pour l'appelante.

Wolfe D. Goodman, c.r., et *Joanne E. Swystun*, pour l'intimée.

The judgment of Beetz, Estey, Chouinard and La Forest JJ. was delivered by

ESTEY J.—Once again the meaning of "control" in determining the tax status of a corporation under the *Income Tax Act* raises its head in this Court. Section 39(4)(*a*) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by 1960 (Can.), c. 43, s. 11(1), provides:

> **39.** ...
>
> (4) ... one corporation is associated with another ... if ...
>
> (*a*) one of the corporations controlled the other,

The issue is simply, what is the applicable rate of taxation of the respondent? This in turn calls for a determination as to whether the respondent is associated with another company (Validor Limited) during any of the taxation years in question.

Immediately prior to the December 1960 reorganization discussed below, the respondent had in its charter but one class of shares and these shares were issued and outstanding as follows:

The Wingold family group:	90 shares
Meyer Gasner:	10 shares

Gasner was unrelated by blood or marriage to the Wingold family. He was a friend and business associate of one member of that family. The 100 shares then outstanding were issued from treasury for the consideration of $1,000 in total.

In December 1960, the respondent received by way of supplementary letters patent an increase in authorized capital by the creation of 10,000 voting, non-participating, cumulative preference shares with a par value of $1 each. Eighty (80) of the newly authorized preference shares of the respondent were issued from treasury to Gasner and his wife for a total consideration of $80. Also in December 1960 the Wingold shares (then being 90 common shares of the respondent) were transferred to Validor Limited, a corporation owned and controlled by the Wingold family. As a result of these transfers and issuances, the shareholdings

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, Chouinard et La Forest rendu par

LE JUGE ESTEY—Encore une fois, c'est le sens du mot «contrôle», dans la détermination du statut fiscal d'une société en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui fait surface en cette Cour. L'alinéa 39(4)*a*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, modifié par 1960 (Can.), chap. 43, par. 11(1), dispose:

> **39.** ...
>
> (4) ... une corporation est associée à une autre ... si ...
>
> *a*) une des corporations contrôlait l'autre,

La question en litige est simplement de savoir quel est le taux d'imposition applicable à l'intimée. Cette question exige par contre qu'on décide si l'intimée a été associée avec une autre société (Validor Limited) pendant l'une ou l'autre des années d'imposition en cause.

Immédiatement avant la réorganisation de décembre 1960 dont il sera question plus loin, l'intimée n'avait en vertu de ses lettres patentes qu'une seule catégorie d'actions qui, toutes émises et en circulation, étaient réparties comme suit:

La famille Wingold:	90 actions
Meyer Gasner:	10 actions

Gasner n'avait aucun lien de parenté, ni par le sang ni par alliance, avec la famille Wingold. Il était l'ami et l'associé d'affaires de l'un des membres de cette famille. Les 100 actions en circulation à l'époque avaient été émises par la société pour la somme totale de 1 000 $.

En décembre 1960, l'intimée a été autorisée, par lettres patentes supplémentaires, à augmenter son capital social par la création de 10 000 actions privilégiées à dividende cumulatif, avec droit de vote et non participantes d'une valeur nominale de 1 $ chacune. L'intimée a émis quatre-vingts (80) des actions privilégiées nouvellement autorisées à Gasner et à son épouse pour le prix total de 80 $. En décembre 1960 également, les actions des Wingold (à l'époque 90 actions ordinaires de l'intimée) ont été cédées à Validor Limited, une société appartenant à la famille Wingold et contrôlée par elle. Par suite de ces transferts et émissions d'ac-

of the respondent at the end of 1960 were as follows:

Validor (the Wingold family): (one vote per share)	90 common shares
Meyer Gasner: (one vote per share)	10 common shares
Mr. and Mrs. Gasner: (one vote per share)	80 preference shares

In the result, the Wingold group held common shares according them 90 votes, and the Gasners held 10 common shares and 80 preference shares according them, in all, 90 votes.

The taxation years in question are 1962, 1963, 1966 and 1967. The shareholdings and voting rights in the respondent during those years were as set out above. During those years the Board of Directors of the respondent consisted of four directors. Prior to December 1960 all the directors were members of the Wingold family. From December 1960 to October 1968 two of the four directors were members of the Wingold family and the other two were Mr. and Mrs. Gasner. On October 31, 1968, after the fiscal years in question, all the Gasner shares, common and preference, were transferred to Validor, the preference shares being transferred for a total consideration of $88 made up of $80 par value and $8 dividends.

The holders of the preference shares were entitled to one vote per share and to a fixed cumulative preferential dividend at the rate of 10 per cent per annum. On the liquidation or winding up of the company, the holder of a preference share was entitled to recover the par value of the preference share and any accumulated but unpaid dividends in priority to the common shares. The preference shareholder, however, was not entitled to participate in the distribution of any surplus in the corporation. Perhaps of the greatest significance is the further provision in the corporate charter of the respondent that the company may be wound up on a resolution for that purpose supported by

tions, les participations au capital-actions de l'intimée se présentaient comme suit à la fin de 1960:

Validor (la famille Wingold): (un vote par action)	90 actions ordinaires
Meyer Gasner: (un vote par action)	10 actions ordinaires
M. et M^me^ Gasner: (un vote par action)	80 actions privilégiées

En définitive, le groupe Wingold détenait des actions ordinaires qui lui procuraient 90 voix et les Gasner détenaient 10 actions ordinaires et 80 actions privilégiées qui leur procuraient, en tout, 90 voix.

Les années d'imposition en cause sont 1962, 1963, 1966 et 1967. Les participations au capital-actions et les droits de vote relatifs à l'intimée étaient, pendant ces années, comme je viens de l'exposer. Pendant ces années, le conseil d'administration de l'intimée était composé de quatre personnes. Avant décembre 1960, tous les administrateurs étaient des membres de la famille Wingold. De décembre 1960 à octobre 1968, deux des quatre administrateurs étaient des membres de la famille Wingold, les deux autres étant M. et M^me^ Gasner. Le 31 octobre 1968, après les années d'imposition en cause, toutes les actions appartenant aux Gasner, qu'elles soient ordinaires ou privilégiées, ont été cédées à Validor, les actions privilégiées l'étant en contrepartie d'une somme totale de 88 $ composée de 80 $ de valeur nominale et de 8 $ de dividendes.

Les détenteurs des actions privilégiées avaient droit à un vote par action et à un dividende cumulatif préférentiel fixe de 10 pour 100 l'an. En cas de liquidation ou de dissolution de la société, les détenteurs d'actions privilégiées avaient la priorité sur les détenteurs d'actions ordinaires et avaient droit au remboursement de la valeur nominale des actions privilégiées et de tout dividende accumulé mais non payé. Les actionnaires privilégiés n'avaient cependant pas le droit de participer à la distribution de tout surplus de la société. Ce qui est peut-être le plus important est cette autre disposition prévue aux lettres patentes de l'intimée selon laquelle la société peut être liquidée par suite

50 per cent of all voting rights in the company. The effect of this provision is that either the Wingolds (and later, Validor) or the Gasners could bring about a winding up of the respondent without cause. Upon the happening of that event, the Gasner family would receive the par value of their preference shares and any accumulated but unpaid dividends, whereas the Wingolds, and Meyer Gasner to the extent of his 10 per cent holding in common shares, would receive all the remaining assets of the respondent. The significance of this right is emphasized by the fact that the business of the respondent company was carried on by the Wingold family along with some seventeen other companies, all of which were amalgamated into the respondent company in October 1968. Thus the pain normally associated with corporate liquidation would not be a very significant factor here because the undertaking carried on by the respondent corporation, less the 10 per cent interest to be paid out to Meyer Gasner, would remain substantially intact and within the orbit of the Wingold companies. The Gasners on the other hand, by a liquidation (apart from the aforementioned 10 per cent common share interest held by Meyer Gasner), would receive their $80 investment in the preference shares plus any accrued but unpaid dividends which, in fact, never exceeded $8. It is against this background of fact that we turn to the law.

The single issue arising on the facts in this appeal is whether, during the relevant period of time, Validor controlled the respondent for the purposes of s. 39(4).

It has been long decided that for the purposes of this section of the *Income Tax Act* " . . . the word 'controlled' contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors"; *per* Jackett P. in *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex. C.R. 299, at p. 303, which was adopted by this Court in *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] S.C.R. 223, at p. 228, *per* Hall J.

d'une résolution en ce sens appuyée par 50 pour 100 de tous les droits de vote dont sont assorties les actions de la société. L'effet de cette disposition est que l'un ou l'autre des Wingold (et par la suite Validor) ou des Gasner pouvaient causer la liquidation de l'intimée, sans motif. Le cas échéant, la famille Gasner toucherait la valeur nominale de ses actions privilégiées et tout dividende accumulé mais non payé, alors que Meyer Gasner recevrait 10 pour 100 des biens de l'intimée correspondant au pourcentage des actions ordinaires qu'il détenait et que les Wingold recevraient tous les autres biens de la société. L'importance de ce droit est accentuée par le fait que l'entreprise de la société intimée était exploitée par la famille Wingold conjointement avec dix-sept autres sociétés qui ont toutes fusionné avec la société intimée en octobre 1968. Donc les maux que cause normalement la liquidation d'une société ne constitueraient pas un facteur très important en l'espèce parce que l'entreprise exploitée par la société intimée, moins 10 pour 100 des droits revenant à Meyer Gasner, demeurerait essentiellement inchangée et dans l'orbite des sociétés appartenant aux Wingold. Suite à une liquidation (sauf pour les 10 pour 100 susmentionnés d'actions ordinaires détenues par Meyer Gasner), les Gasner toucheraient, d'autre part, leur placement de 80 $ en actions privilégiées plus tout dividende échu et non payé, qui en réalité n'a jamais dépassé 8 $. C'est en fonction de ces faits qu'il nous faut maintenant aborder l'aspect juridique.

La seule question soulevée par les faits du présent pourvoi est de savoir si, pendant la période qui nous intéresse, Validor contrôlait l'intimée au sens du par. 39(4).

Il est établi depuis longtemps que pour les fins de ce paragraphe de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [TRADUCTION] « . . . le mot «contrôlait» vise le droit de contrôle qui découle de la propriété d'un certain nombre d'actions donnant droit à la majorité des voix à l'élection du conseil d'administration»; le président Jackett, dans l'arrêt *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C. de l'É. 299, à la p. 303, point de vue adopté par cette Cour dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke)*

Hall J. at the same time adopted a somewhat broader concept of control from *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, at p. 15, *per* Viscount Simon L.C.:

> The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes.

It has been said that control for these purposes concerns itself with *de jure* and not *de facto* considerations (see *Buckerfield's Ltd.*, *supra*, at pp. 302-03 and *Dworkin*, *supra*, at p. 227). Such a distinction, while convenient to express as a guide of sorts in assessing the legal consequences in factual circumstances, is not, as we shall see, an entirely accurate description of the processes of determination of the presence of control in one or more shareholders for the purpose of s. 39(4).

In *Dworkin*, *supra*, the Court was required to determine the applicable tax rate for several corporations, 50 per cent of whose voting shares were held by each of two groups. In each case neither group had the right to wind up the company or indeed to do anything else with reference to the affairs of the company or to its structure without the support of the voting power of the other group. In some instances there was indeed a casting vote in the president or chairman, but we are not concerned with that problem here for no person held such a right. The Court in effect found that, applying the *Buckerfield* test, none of these corporations was controlled for the purpose of s. 39(4) because the governing authority in the corporation was deadlocked as between the two groups. The *Buckerfield* test, it should be noted, was applied by Hall J. at the level of shareholders and not directors (*Dworkin*, *supra*, at p. 236).

In *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032, the Court was faced with precisely the same issue as in *Dworkin*. In *Oakfield* there were two classes of shares, common and preferred, the voting rights in respect of which were equal. One

Ltd., [1967] R.C.S. 223, à la p. 228, le juge Hall. Le juge Hall a adopté par la même occasion une notion de contrôle un peu plus large tirée de l'arrêt *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, à la p. 15, le vicomte Simon, lord Chancelier:

> [TRADUCTION] Les détenteurs de la majorité des voix dans une compagnie sont ceux qui ont le contrôle réel de ses affaires et de ses destinées.

On a dit que le contrôle en ce sens a trait à des considérations de droit et non de fait (voir les arrêts *Buckerfield's Ltd.*, précité, aux pp. 302 et 303, et *Dworkin*, précité, à la p. 227). Bien que cette distinction puisse en quelque sorte servir de guide pour évaluer les conséquences juridiques d'une situation de fait, elle ne constitue pas, comme nous le verrons, une description tout à fait exacte de la façon de déterminer si, pour les fins du par. 39(4), il y a contrôle par un seul ou plusieurs des actionnaires.

Dans l'arrêt *Dworkin*, précité, la Cour était appelée à déterminer le taux d'imposition applicable à plusieurs sociétés, dont deux groupes détenaient chacun 50 pour 100 des actions avec droit de vote. Dans chaque cas, aucun des deux groupes n'avait le droit de liquider la société ni même de faire quoi que ce soit d'autre à l'égard des affaires de la société ou de sa structure sans l'assentiment, donné sous forme de vote, de l'autre groupe. Dans certains cas, le président avait voix prépondérante, mais nous n'avons pas à nous arrêter à cette question en l'espèce puisque personne ne détenait ce droit. La Cour a conclu que, par application du critère énoncé dans l'arrêt *Buckerfield's*, aucune de ces sociétés n'était contrôlée au sens du par. 39(4) parce que le pouvoir de diriger la société était bloqué entre les deux groupes. Il faut souligner que le juge Hall a appliqué le critère de l'arrêt *Buckerfield's* au niveau des actionnaires et non à celui des administrateurs (*Dworkin*, précité, à la p. 236).

Dans l'affaire *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032, cette Cour était appelée à trancher exactement la même question que dans l'arrêt *Dworkin*. Dans l'affaire *Oakfield*, il y avait deux catégories d'actions, les actions ordinaires et les

group held all the common shares and the other group held all the preferred shares. The preferred shareholders, as is the case here, had a priority over common shareholders to the extent of recovery of the capital represented by the preferred shares on a winding up, together with accumulated dividends, and a 10 per cent premium. Similarly, either the common shareholders or the preferred shareholders could, acting by themselves as a class, bring about the surrender of the corporate charter. On the surrender, the residual assets, after the prior repayment of capital and premium and accrued dividends to the preferred shareholders, went to the common shareholders. There was no question but that the holders of the preferred shares were unrelated by blood or marriage to the holders of the common shares. As was the case here, the preferred shareholders received their shares some years after the corporation was established. Again, in *Oakfield*, *supra*, there was no casting vote in the hands of any officer or shareholder. After weighing the respective voting and other rights of the common and preferred shareholders, Judson J., speaking for a unanimous Court, stated at p. 1037:

Their [common shareholders] voting power was sufficient to authorize the surrender of the company's letters patent. In my opinion, these circumstances are sufficient to vest control in the group when the owners of non-participating preferred shares hold the remaining 50 per cent of the voting power.

In determining the proper application of s. 39(4) to circumstances before a court, the court is not limited to a highly technical and narrow interpretation of the legal rights attached to the shares of a corporation. Neither is the court constrained to examine those rights in the context only of their immediate application in a corporate meeting. It has long been said that these rights must be assessed in their impact "over the long run". See Thurlow J. (as he then was) in *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2

actions privilégiées, qui comportaient des droits de vote égaux. Un groupe détenait toutes les actions ordinaires, et l'autre groupe, toutes les actions privilégiées. Les actionnaires privilégiés avaient, comme en l'espèce, la priorité sur les actionnaires ordinaires jusqu'à concurrence du remboursement du capital représenté par les actions privilégiées lors d'une liquidation, plus les dividendes accumulés et une prime de 10 pour 100. De la même façon, l'un ou l'autre des actionnaires ordinaires ou des actionnaires privilégiés pouvaient, à eux seuls comme groupe, amener l'abandon des lettres patentes de la société. En cas d'abandon, les biens résiduels, après remboursement préalable aux actionnaires privilégiés du capital, de la prime et des dividendes accumulés, était remis aux actionnaires ordinaires. La seule question qui se posait était de savoir si les détenteurs d'actions privilégiées avaient un lien de parenté, par le sang ou par alliance, avec les détenteurs des actions ordinaires. Comme en l'espèce, les détenteurs d'actions privilégiées avaient acquis leurs actions quelques années après la création de la société. De plus, dans l'affaire *Oakfield*, précitée, aucun des administrateurs ou des actionnaires n'avait voix prépondérante. Après avoir soupesé les droits de vote et autres droits respectifs des actionnaires ordinaires et des actionnaires privilégiés, le juge Judson, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour, affirme à la p. 1037:

Le nombre de voix dont il [le groupe des actionnaires ordinaires] jouissait était suffisant pour autoriser l'abandon des lettres patentes de la compagnie. À mon avis, ces circonstances suffisent à donner le contrôle au groupe lorsque les propriétaires d'actions privilégiées non participantes détiennent l'autre moitié des voix.

En déterminant la manière dont le par. 39(4) doit être appliqué aux circonstances qui lui sont soumises, une cour n'est pas restreinte à une interprétation très formaliste et étroite des droits qui, en vertu de la loi, sont liés aux actions d'une société. La cour n'est pas astreinte non plus à examiner ces droits dans le seul contexte de leur application immédiate lors d'une assemblée de la société. On a dit, il y a longtemps, que ces droits doivent s'évaluer selon leur effet «à long terme». Voir le juge Thurlow (alors juge puîné) dans l'ar-

Ex. C.R. 43, at p. 51, affirmed by this Court at [1971] S.C.R. v, 71 DTC 5202.

Some comfort was sought by the respondent here in the judgment in *Oakfield*, *supra*, at p. 1037, where Judson J. stated, in distinguishing the *Dworkin* case, *supra*:

> . . . the voting was split equally between two groups also, but there was only one class of shares. Each group had the same *de jure* rights, and each shareholder was entitled to share rateably in the profits and assets of the company by dividends or on winding up. In addition, neither group could itself wind up the company.

I do not think that the fulcrum upon which that case turned was the presence of two classes of shares in *Oakfield* as against only one class in *Dworkin*. The repeated reference by Judson J. to the significance of the final omnipotent right to wind up the company retained by the prior controlling stockholder was the bedrock upon which the *Oakfield* judgment was founded. When the Wingolds purported to terminate their control of the respondent causing the respondent to issue 80 preference shares for $80 to the 10 per cent minority shareholder Gasners, the Wingolds retained one central critical right, which they then passed on to Validor, namely the right, should their interest ever require, to wind up the respondent. The only penalty to be suffered by the Wingolds, and later Validor, upon such a wind-up (in addition to the nominal payments on return of capital on the preference shares and any accrued but unpaid dividends) remained a 10 per cent distribution to Meyer Gasner which was precisely the same penalty as existed prior to the alleged termination of the Wingolds' control.

As in *Oakfield*, the continued existence, after the 1960 reorganization, of the right to terminate the corporate existence should the presence of the minority common and preference shareholders become undesirable to the 90 per cent common stockholder, Validor, is, in my view, the linchpin of the tax plan introduced following the 1960 amend-

rêt *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 43, à la p. 51, confirmé par cette Cour à [1971] R.C.S. v, 71 DTC 5202.

L'intimée a invoqué en cette Cour l'arrêt *Oakfield*, précité, où le juge Judson affirme, à la p. 1037, en faisant la distinction avec l'arrêt *Dworkin*, précité:

> . . . les voix étaient, là aussi, également partagées entre les deux groupes, mais il n'y avait qu'une seule catégorie d'actions. Chaque groupe avait les mêmes droits *de jure* et chaque actionnaire avait le droit, lors de l'attribution de dividende ou de la liquidation, à sa part proportionnelle des bénéfices et de l'actif de la compagnie. De plus, aucun des deux groupes ne pouvait, seul, mettre la compagnie en liquidation.

Je ne crois pas que le point d'appui de cet arrêt ait été l'existence de deux catégories d'actions dans l'affaire *Oakfield* et d'une seule catégorie dans l'affaire *Dworkin*. La mention répétée, par le juge Judson, de l'importance du droit absolu et définitif de liquider la société retenu par les actionnaires qui la contrôlaient auparavant constitue le fondement de l'arrêt *Oakfield*. Lorsqu'ils ont prétendu mettre fin à leur contrôle de l'intimée en lui faisant émettre 80 actions privilégiées, pour la somme de 80 $, aux actionnaires minoritaires qui détenaient 10 pour 100 des actions ordinaires, les Gasner, les Wingold ont retenu un droit capital, qu'ils ont par la suite cédé à Validor, celui de liquider la société intimée si jamais il était dans leur intérêt de le faire. La seule pénalité que subiraient les Wingold, et plus tard Validor, par suite d'une telle liquidation, serait (outre le paiement de sommes nominales pour le remboursement du capital des actions privilégiées et des dividendes accumulés mais non payés) la remise de 10 pour 100 à Meyer Gasner, ce qui représentait exactement la même pénalité qui existait avant la prétendue fin du contrôle des Wingold.

Tout comme dans l'affaire *Oakfield*, la subsistance, après la réorganisation de 1960, du droit de liquider la société si la présence d'actionnaires ordinaires et privilégiés minoritaires devenait non souhaitable pour le détenteur de 90 pour 100 des actions ordinaires, c.-à-d. Validor, est, à mon avis, la pierre angulaire du programme fiscal aménagé à

ments to the tax statute. Control, in the real sense of the term, was not surrendered by the Wingolds (and their successor, Validor) in 1960 upon the issuance to the Gasner group of $80 in preference shares. Accordingly, the respondent remains controlled by Validor within the meaning of the term as it is employed by Parliament in s. 39(4).

Counsel for the respondent argued that a finding on the facts herein that Validor controlled the respondent would amount to the judicial establishment of a new principle of law which would be substantially identical to legislation introduced by Parliament in the United Kingdom, and now found in s. 302(2) of the *Income and Corporation Taxes Act 1970*, 1970 (U.K.), c. 10, as amended. That subsection provides:

> **302.** ...
>
> (2) For the purposes of this Chapter, a person shall be taken to have control of a company if he exercises, or is able to exercise or is entitled to acquire, control, whether direct or indirect, over the company's affairs, and in particular, but without prejudice to the generality of the preceding words, if he possesses or is entitled to acquire—
>
> (*a*) the greater part of the share capital or issued share capital of the company or of the voting power in the company; or
>
> (*b*) such part of the issued share capital of the company as would, if the whole of the income of the company were in fact distributed among the participators (without regard to any rights which he or any other person has as a loan creditor), entitle him to receive the greater part of the amount so distributed; or
>
> (*c*) such rights as would, in the event of the winding up of the company or in any other circumstances, entitle him to receive the greater part of the assets of the company which would then be available for distribution among the participators.

This provision is much broader in reach than the principles enunciated with respect to 'control' in these reasons. Furthermore, the respondent submits that this legislation was enacted by the U.K. Parliament to replace the predecessor provision, in response to the decision in *Himley Estates, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1932), 17 T.C.

la suite des modifications apportées en 1960 à la loi de l'impôt. Le contrôle, au sens véritable du terme, n'a pas été abandonné par les Wingold (et leur successeur, Validor) en 1960, par suite de l'émission au groupe Gasner d'actions privilégiées pour la somme de 80 $. En conséquence, l'intimée est demeurée contrôlée par Validor au sens que le législateur donne à ce terme au par. 39(4).

L'avocat de l'intimée a soutenu qu'une conclusion, fondée sur les faits de l'espèce, que Validor contrôlait l'intimée équivaudrait à la création judiciaire d'un nouveau principe de droit qui serait essentiellement identique à la disposition présentée par le Parlement du Royaume-Uni et que l'on trouve maintenant au par. 302(2) de l'*Income and Corporation Taxes Act 1970*, 1970 (U.K.), chap. 10 et ses modifications. Ce paragraphe prévoit ceci:

> [TRADUCTION] **302.** ...
>
> (2) Pour les fins du présent chapitre, une personne est présumée avoir le contrôle d'une société si elle exerce, est capable d'exercer ou a le droit d'acquérir le contrôle direct ou indirect des affaires de la société et plus particulièrement, sans diminuer la généralité des mots qui précèdent, si elle a ou a le droit d'acquérir—
>
> *a*) la majorité des actions du capital social ou du capital social émis de la société ou des voix dans une société; ou
>
> *b*) la part du capital social émis de la société qui lui donnerait le droit, si tout le revenu de la société était effectivement distribué aux participants (sans égard aux droits qu'elle ou toute autre personne possède comme créancier), de recevoir la majeure partie des sommes ainsi distribuées; ou
>
> *c*) les droits qui, advenant la liquidation de la société ou toute autre circonstance, lui permettraient de recevoir la majeure partie des biens de la société qu'il serait alors possible de distribuer aux participants.

Cette disposition a une portée beaucoup plus générale que les principes énoncés relativement au «contrôle» dans les présents motifs. De plus, l'intimée soutient que le Parlement du Royaume-Uni a adopté cette disposition pour remplacer la disposition précédente, suite à l'arrêt *Himley Estates, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* (1932),

367 (C.A.) This may have been the case, although the new provision first appeared more than thirty years after that judgment. In any event, no such situation exists in the Canadian context. The approach to 'control' here taken does not involve any departure from prior judicial pronouncements nor does it involve any 'alteration' of the existing statute. The conclusions reached above merely result from applying existing case law and existing legislation to the particular facts of the case at bar. The application of the 'control' concept, as earlier enunciated by the courts, to the circumstances now before the court is, in my view, the ordinary progression of the judicial process and in no way amounts to a transgression of the territory of the legislator.

We were also invited by counsel for the respondent to consider other combinations of share interests and to consider those combinations in the light of varying economic circumstances of a taxpayer. We are here concerned only with the corporate structure of the respondent in the tax years in question. The courts will deal with other combinations and circumstances if and when those circumstances do indeed come before the courts in future appeals.

I therefore would allow the appeal and would restore the order of the Tax Review Board dismissing the appeals of the respondent from income tax assessments in respect of the taxation years 1962, 1963, 1966 and 1967, with costs in this Court, in the Federal Court of Canada Trial Division and in the Federal Court of Appeal to the appellant.

The reasons of McIntyre, Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—This case raises the question whether, if voting control of a company is equally divided between two groups of shareholders, resort may be had to other *indicia* in order to determine which group controls a company within the meaning of s. 39(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by 1960 (Can.), c. 43, s. 11(1). If such resort is permitted, what other *indicia* are relevant?

17 T.C. 367 (C.A.) Il se peut que cela ait été le cas, même si la nouvelle disposition a fait son apparition plus de trente ans après cet arrêt. De toute façon, cette situation n'existe pas dans le contexte canadien. La façon d'aborder le mot «contrôle» adoptée en l'espèce ne comporte aucune dérogation à la jurisprudence antérieure ni aucune «modification» de la loi existante. Les conclusions tirées plus haut résultent simplement de l'application de la jurisprudence et des textes législatifs existants aux faits particuliers de l'espèce. L'application du concept du «contrôle», selon les arrêts antérieurs des tribunaux, aux circonstances soumises à cette Cour, constitue, à mon avis, un cheminement normal du processus judiciaire et n'équivaut d'aucune manière à une incursion dans le domaine du législateur.

L'avocat de l'intimée nous a aussi invités à étudier d'autres combinaisons de participations au capital-actions et à les examiner en fonction de diverses situations économiques d'un contribuable. En l'espèce, seule la structure de la société intimée pendant les années d'imposition en cause nous intéresse. Les tribunaux étudieront d'autres combinaisons et circonstances si elles leur sont soumises dans des appels ultérieurs.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de la Commission de révision de l'impôt qui a rejeté les appels de l'intimée contre les cotisations d'impôt sur le revenu à l'égard des années d'imposition 1962, 1963, 1966 et 1967, avec dépens à l'appelante en cette Cour, en Division de première instance de la Cour fédérale et en Cour d'appel fédérale.

Version française des motifs des juges McIntyre, Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON (*dissident*)—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si, lorsque le nombre de voix attachées aux actions d'une société est partagé également entre deux groupes d'actionnaires, on peut avoir recours à d'autres indices pour déterminer quel groupe contrôle une société au sens du par. 39(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, modifié par 1960 (Can.), chap. 43, par. 11(1). Si on peut ainsi avoir recours à d'autres indices, lesquels sont pertinents?

There is no doubt that up until the decision of this Court in *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032, voting control was the determining factor and, if such control were equally divided, no one group of shareholders controlled the company: see *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex. C.R. 299; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] S.C.R. 223. In my view *Oakfield* departed from that. The Court, in effect, found that, voting control being equally divided, control lay in the hands of the group having the greater *de jure* rights, in that case greater participation in the assets on a winding-up. It seems to me that since either group in *Oakfield* could bring about a winding-up of the company, that particular right could not *per se* be determinative. What was determinative was the Court's assumption that the group entitled to greater participation on the winding-up would be more likely to bring it about. It could, in other words, dissolve the company, rid itself of the other group, and retrieve the substantial part of the assets. For these reasons it was likely to be the group which would in fact wind up the company if and when it considered it in its best interests to do so.

Il n'y a pas de doute que jusqu'à l'arrêt de cette Cour *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032, le nombre de voix était le facteur déterminant et, si ce contrôle était partagé également, aucun des groupes d'actionnaires ne contrôlait la société: voir *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C. de l'É. 299; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] R.C.S. 223. À mon avis, l'arrêt *Oakfield* s'est écarté de cette solution. La Cour y a en effet conclu que le nombre de voix étant également partagé, le contrôle se trouve dans les mains du groupe qui a les droits *de jure* les plus importants, en l'occurrence une plus grande participation aux biens au moment de la liquidation. Il me semble que, puisque dans l'affaire *Oakfield* chacun des deux groupes pouvait amener la mise en liquidation de la société, ce droit précis ne pouvait pas être déterminant en soi. Ce qui a été déterminant ce fut la présomption exprimée par la Cour que le groupe qui avait droit à une plus grande participation au moment de la liquidation était celui qui était le plus susceptible de la provoquer. Il pouvait, en d'autres mots, dissoudre la société, se débarrasser de l'autre groupe et récupérer la plus grande partie des biens. Pour ces motifs, il était vraisemblable que ce serait le groupe qui en réalité mettrait la société en liquidation lorsque ce serait le plus avantageux pour lui de le faire.

It seems to me that in *Oakfield* the Court moved from *de jure* to *de facto* control when *de jure* control did not provide an answer. The greater *de jure* rights on the winding-up was the basis of the finding of *de facto* control.

Il me semble que dans l'arrêt *Oakfield*, la Cour est passée d'un contrôle de droit à un contrôle de fait, lorsque le contrôle de droit n'apportait pas de réponse. Elle a conclu que le contrôle de fait est détenu par celui qui a le plus grand nombre de droits *de jure* à la dissolution.

In his reasons for judgment in the Federal Court of Appeal Le Dain J. tried to identify the precise *rationale* of *Oakfield*. He found that it represented a departure from prior authority and I agree with him. He sought therefore to confine its application strictly to situations where one group of shareholders holds all the shares having the greater *de jure* rights. It seems to me, however, that Judson J. distinguished *Dworkin Furs* on the basis that each group had the same *de jure* rights and neither could by itself wind up the company. It was, in

Dans ses motifs de jugement en Cour d'appel fédérale, le juge Le Dain a essayé de cerner le fondement précis de l'arrêt *Oakfield*. Il a conclu qu'il représentait une dérogation à la jurisprudence antérieure et, sur ce point, je suis d'accord avec lui. Il a donc cherché à en restreindre l'application strictement aux cas où un groupe d'actionnaires détient toutes les actions comportant le plus grand nombre de droits *de jure*. Il me semble cependant que le juge Judson a fait une distinction d'avec l'arrêt *Dworkin Furs* pour le motif que chaque

other words, a complete deadlock and there was no basis at all on which one group could be distinguished from the other in terms of control, *de jure* or *de facto*. In my view, *Oakfield* stands for the proposition that, when voting control is evenly divided, the other rights attaching to the shares held by the two groups must be examined to see if they provide a basis for attributing *de facto* control to one group rather than the other, whatever the breakdown of share ownership by the two groups may be. Such control was inferred in *Oakfield* from the fact of greater participation by one group on a winding-up but I see no logical reason why the principle, if adopted, would not apply in other circumstances.

That *Oakfield* represents a significant departure from earlier authority is, I think, clear from a review of the cases. In *Vancouver Towing Co. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 623, the appellant argued that the parent company did not have a controlling interest in its subsidiary because of a management arrangement with one Jones who was appointed Managing Director under the Articles of Association and given "absolute and sole authority to exercise all the powers, authorities and discretions" of the directors. The appellant argued that Jones and not the parent company controlled the company. The Exchequer Court of Canada, relying on two leading English cases, *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13 (H.L.), and *Inland Revenue Commissioners v. J. Bibby and Sons, Ltd.*, [1945] 1 All E.R. 667 (H.L.), rejected this submission on the ground that the expression "controlling interest" meant "having a shareholding in the company sufficient to out-vote all other shareholders put together in a general meeting of the company".

Both the English cases relied on in *Vancouver Towing* dealt with the meaning of the expression "controlling interest" in the context of the *Finance*

groupe avait les mêmes droits *de jure* et que ni l'un ni l'autre ne pouvait, à lui seul, amener la liquidation de la société. Il s'agissait, en d'autres termes, d'une situation sans issue et il n'y avait aucun moyen de distinguer un groupe de l'autre en fonction du contrôle de droit ou de fait. À mon avis, l'arrêt *Oakfield* étaye la proposition portant que lorsque le nombre de voix est partagé également, il faut examiner les autres droits dont sont assorties les actions détenues par les deux groupes pour voir s'ils fournissent un motif d'attribuer le contrôle de fait à l'un des groupes plutôt qu'à l'autre, quelle que soit la répartition de la propriété des actions entre les deux groupes. Dans l'arrêt *Oakfield*, on a conclu à un tel contrôle à cause de la part plus grande qu'obtiendrait un groupe à la liquidation, mais je ne vois pas de motif logique de ne pas appliquer le principe à d'autres circonstances, si on l'adopte.

L'analyse des arrêts montre clairement, je crois, que l'arrêt *Oakfield* constitue une dérogation importante à la jurisprudence antérieure. Dans l'arrêt *Vancouver Towing Co. v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C. de l'É. 623, l'appelante a soutenu que la société mère n'avait pas d'intérêt dominant dans sa filiale à cause d'une entente de direction avec un nommé Jones qui avait été désigné comme administrateur-gérant en vertu des statuts et qui avait reçu [TRADUCTION] «l'autorisation absolue et exclusive d'exercer tous les pouvoirs et privilèges» des administrateurs. L'appelante a soutenu que c'était Jones et non la société mère qui contrôlait la société. Se fondant sur les deux arrêts de principe anglais *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13 (H.L.), et *Inland Revenue Commissioners v. J. Bibby and Sons, Ltd.*, [1945] 1 All E.R. 667 (H.L.), la Cour de l'Échiquier du Canada a rejeté cet argument pour le motif que l'expression «intérêt dominant» signifie [TRADUCTION] «avoir suffisamment d'actions dans la société pour l'emporter sur tous les autres actionnaires réunis à une assemblée générale de la société».

Les deux arrêts anglais invoqués dans l'arrêt *Vancouver Towing* portent sur le sens de l'expression «intérêt dominant» dans le contexte de la

Act of the United Kingdom. However, it is clear from the judgments that the controlling interest was held to be the interest of the persons who "controlled" the company's affairs and that those persons were held in both cases to be the persons who, having the requisite voting power, could decide how the business of the company was to be carried on. Viscount Simon in *British American Tobacco* concluded at p. 15 that:

The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes.

Lord Russell of Killowen expressed the same view in *Bibby* at p. 669:

When the section speaks of directors having a controlling interest in a company, what it is immediately concerned with in using the words "controlling interest" is not the extent to which the individuals are beneficially interested in the profits of the company as a going concern or in the surplus assets in a winding up, but the extent to which they have vested in them the power of controlling by votes the decisions which will bind the company in the shape of resolutions passed by the shareholders in general meeting. In other words, the test which is to exclude a company's business from subsect. (9)(*a*) and include it in (9)(*b*), is the voting power of its directors, not their beneficial interest in the company.

For the purpose of such a test the fact that a vote-carrying share is vested in a director as trustee seems immaterial. The power is there, and though it be exercised in breach of trust or even in breach of an injunction, the vote would be validly cast *vis-a-vis* the company, and the resolution until rescinded would be binding on it. The contention that upon the wording of sect. 13 the interest must be confined to beneficial interests appears to me to be but a repetition of the argument which was rejected by this House in the case of *British American Tobacco Co. v. C.I.R.* . . . in relation to National Defence Contribution and the Finance Act, 1937.

Lord Macmillan agreed with Lord Russell of Killowen, stating at p. 670:

The control of a company resides in the voting power of its shareholders. In the respondent company the ordinary shares alone confer a right to vote at a general meeting. The directors are the registered proprietors of a

Finance Act du Royaume-Uni. Il est cependant manifeste, d'après ces décisions, qu'on a statué que l'intérêt dominant est celui des personnes qui «contrôlent» les affaires de la société et que, dans les deux cas, on a jugé que ces personnes sont celles qui, ayant le nombre de voix nécessaire, peuvent décider de la façon dont la société doit être exploitée. Dans l'arrêt *British American Tobacco*, le vicomte Simon conclut à la p. 15:

[TRADUCTION] Les détenteurs de la majorité des voix dans une compagnie sont ceux qui ont le contrôle réel de ses affaires et de ses destinées.

Lord Russell of Killowen exprime le même point de vue dans l'arrêt *Bibby*, à la p. 669:

[TRADUCTION] Lorsque cet article parle d'intérêts dominants des administrateurs dans la compagnie, ce qui est directement visé par les mots «intérêts dominants», ce n'est pas la mesure dans laquelle tels administrateurs pourraient avoir un droit en *equity* (*beneficial interest*) sur les profits de la compagnie tant qu'elle est en activité, ou encore dans l'excédent de l'actif au moment de sa liquidation, mais bien plutôt la mesure dans laquelle ils ont le pouvoir de contrôler, en les votant, les décisions qui engagent la compagnie, exprimées par résolutions de l'assemblée générale des actionnaires. En d'autres mots, le critère qui fait exclure de l'al. (9)*a*) l'entreprise d'une compagnie et la fait inclure dans l'al. (9)*b*), c'est le nombre de voix dont disposent ses administrateurs, et non la mesure de leur droit en *equity* dans la compagnie.

Aux fins de ce critère, le fait qu'une action conférant droit de vote est assignée à un administrateur à titre de fiduciaire semble sans importance. Le droit de vote est là et même si, en l'exerçant, on commettait un abus de confiance, ou même une désobéissance à un ordre formel, la voix serait validement donnée quant à la compagnie, et la résolution lierait péremptoirement cette dernière tant qu'elle ne serait pas abrogée. La prétention selon laquelle, d'après le texte de l'art. 13 l'intérêt doit se restreindre à l'intérêt en *equity* me paraît être une répétition de l'argument rejeté par cette Chambre dans l'arrêt *British American Tobacco Co. v. C.I.R.* . . . en rapport avec la National Defence Contribution et la *Finance Act*, 1937.

Lord Macmillan est du même avis que lord Russell of Killowen et dit, à la p. 670:

[TRADUCTION] Le contrôle d'une compagnie réside dans le droit de vote de ses actionnaires. Dans la compagnie intimée, seules les actions ordinaires confèrent le droit de vote à une assemblée générale. Les administra-

majority of the ordinary shares. It would, therefore, appear to follow that the directors have a controlling interest in the company.

And so did Lord Simonds who said at pp. 672-73:

What, my Lords, constitutes a controlling interest in a company? It is the power by the exercise of voting rights to carry a resolution at a general meeting of the company. Can the directors of the respondent company by the exercise of their voting rights carry such a resolution? Yes: for they are the registered holders of more than half the ordinary shares of the company. Therefore they have a controlling interest in the company.

From this result the Crown seeks an escape by the contention that shares held by a director as trustee should not be included for the purpose of computing the controlling interest. In the appellants' argument in this House and in their formal reasons this absolute veto is qualified by the suggestion that, if the director has not only the legal ownership of shares but also a predominating beneficial interest in them, they may be brought into the count.

My Lords, in my opinion the Crown's contention cannot be sustained. Those who by their votes can control the company do not the less control it because they may themselves be amenable to some external control. Theirs is the control, though in the exercise of it they may be guilty of some breach of obligation whether of conscience or of law. It is impossible (an impossibility long recognised in company law) to enter into an investigation whether the registered holder of a share is to any and what extent the beneficial owner. A clean cut there must be.

In *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue, supra*, Jackett P. dealt with a challenge to an assessment based on a finding that several corporations were "associated" under s. 39 of the *Income Tax Act*. Jackett P. considered s. 39(4)(*b*) and commented at pp. 302-03:

Many approaches might conceivably be adopted in applying the word "control" in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by "management", where management and the Board of Directors are separate, or it might refer to control by the Board of Directors. The kind of

teurs sont les propriétaires inscrits d'une majorité des actions ordinaires. Il semblerait donc s'ensuivre que les administrateurs ont un intérêt dominant dans la compagnie.

Il en est de même pour lord Simonds qui dit, aux pp. 672 et 673:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, qu'est-ce qui constitue un intérêt dominant dans une compagnie? Il s'agit de la capacité, par l'exercice du droit de vote, de faire adopter une résolution à l'assemblée générale de la compagnie. Les administrateurs de la compagnie intimée peuvent-ils, en exerçant leur droit de vote, faire adopter une telle résolution? Oui, parce qu'ils sont les détenteurs inscrits de plus de la moitié des actions ordinaires de la compagnie. En conséquence, ils ont un intérêt dominant dans la compagnie.

Sa Majesté cherche à éviter cette conséquence en prétendant que les actions détenues par un administrateur à titre de fiduciaire ne doivent pas entrer dans le calcul de l'intérêt dominant. Dans l'argumentation des appelants en cette Chambre et dans les motifs formels de cette dernière, ce veto absolu est atténué par la proposition selon laquelle, si l'administrateur a non seulement la propriété en droit des actions, mais y a aussi un intérêt dominant en *equity*, elles peuvent être incluses dans le calcul.

Vos Seigneuries, j'estime que la prétention de Sa Majesté n'est pas fondée. Ceux qui contrôlent la compagnie par leur vote ne la contrôlent pas moins parce qu'ils sont eux-mêmes assujettis à un contrôle extérieur quelconque. Le contrôle leur appartient, bien que dans l'exercice de celui-ci ils puissent se rendre coupables de manquement à leurs obligations morales ou juridiques. Il est impossible (ce qui est reconnu depuis longtemps en droit des compagnies) de rechercher si le détenteur inscrit d'une action en est le propriétaire en *equity* et dans quelle mesure. Il faut une règle précise.

Dans l'arrêt *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, précité, le président Jackett a examiné la contestation d'une cotisation fondée sur la conclusion que plusieurs sociétés étaient «associées» au sens de l'art. 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le président Jackett a analysé l'al. 39(4)*b*) et il a fait observer aux pp. 302 et 303:

[TRADUCTION] Il est concevable qu'il puisse exister plusieurs façons de comprendre le mot «contrôle» dans un texte législatif tel que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, quand on applique ce mot à une corporation. Il peut par exemple se rapporter au contrôle par les «membres de la direction», lorsque la direction et le conseil d'administra-

control exercised by management officials or the Board of Directors is, however, clearly not intended by section 39 when it contemplates control of one corporation by another as well as control of a corporation by individuals (see subsection (6) of section 39). The word "control" might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that, in section 39 of the *Income Tax Act*, the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors. See *British American Tobacco Co. v. I. R. C.* ... where Viscount Simon L. C., at page 15, says:

> The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes.

See also *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ld.* ... per Lord Greene M.R. at page 118, where it was held that the mere fact that one corporation had less than 50 per cent of the shares of another was "conclusive" that the one corporation was not "controlled" by the other within section 6 of the *Income War Tax Act*.

In *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue* 66 DTC 5092 (Ex. Ct.), Cattanach J. considered whether, when making a determination of *de jure* control under s. 39(4)(*b*), the Court could "look through" the corporate names on the register to find out who actually controlled voting power. In that case half the shares of the appellant company were owned by one Sauder and the other half by Bold Investments, all of the shares of which were owned by one Thornborrow. Half the shares of the Sauder and Thornborrow Company were owned by Thornborrow and the other half by the McMaster Company, all of the shares of which were owned by Sauder. The shares of the Verben Company were held half by Sauder and half by Thornborrow. The Minister assessed the appellant company, the Sauder and Thornborrow Company and Verben as associated corporations on the basis that all three companies were controlled by the same group of persons, namely Sauder and Thornborrow. The appellant's appeal was dismissed. Cattanach J.

tion sont distincts, ou il peut se rapporter au contrôle par le conseil d'administration. Le genre de contrôle qu'exercent les membres de la direction ou le conseil d'administration n'est évidemment pas, toutefois, celui que vise l'article 39 en parlant du contrôle d'une corporation par une autre de même que du contrôle d'une corporation par des particuliers (voir le paragraphe (6) de l'article 39). On conçoit très bien que le mot «contrôle» puisse se rapporter à un contrôle de fait par un actionnaire ou plus détenant ou non une majorité des actions. Je crois cependant qu'à l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «contrôlée» vise le droit de contrôle qui découle de la propriété d'un nombre d'actions suffisant pour donner la majorité des voix à l'élection du conseil d'administration. Voir *British American Tobacco Co. v. I. R. C.* ... où le lord Chancelier, le vicomte Simon, a déclaré, à la p. 15:

> Les détenteurs de la majorité des voix dans une compagnie sont ceux qui ont le contrôle réel de ses affaires et de ses destinées.

Voir aussi *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.* ... par lord Greene, Maître des Rôles, à la p. 118, où il a été décidé que le simple fait qu'une compagnie détient moins de 50 pour cent des actions d'une autre compagnie établit «péremptoirement» que l'une des compagnies n'est pas «contrôlée» par l'autre, au sens de l'article 6 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*.

Dans l'arrêt *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5092 (C. de l'É.), le juge Cattanach s'est demandé si, pour déterminer le contrôle de droit au sens de l'al. 39(4)*b*), la cour doit examiner les noms de société portés au registre pour découvrir qui détient réellement la majorité des voix. Dans cette affaire, la moitié des actions de la société appelante appartenait à un nommé Sauder et l'autre moitié à Bold Investments dont un nommé Thornborrow possédait toutes les actions. La moitié des actions de Sauder and Thornborrow Company appartenait à Thornborrow et l'autre moitié à McMaster Company dont Sauder possédait toutes les actions. Sauder et Thornborrow détenaient chacun la moitié des actions de Verben Company. Le Ministre a cotisé la société appelante, Sauder and Thornborrow Company et Verben en tant que sociétés associées pour le motif que les trois sociétés étaient contrôlées par le même groupe de personnes, savoir Sauder et Thornborrow. L'appel de l'appelante a été rejeté.

noted that in *Bibby* and *British American Tobacco Ltd.* the test of beneficial ownership had been rejected and concluded at p. 5098:

> In my view the word "controlled" in section 39(4)(b) contemplates and includes such a relationship as, in fact, brings about a control by virtue of majority voting power, no matter how that result is effected, that is, either directly or indirectly.
>
> . . .
>
> It would seem pointless to me to call a halt on finding in the share register of the appellant company and the share register of Sauder and Thornborrow Limited that in each instance 50% of the shares are held respectively by Bold Investments (Hamilton) Limited and McMaster Investments Limited when an examination of the share register of Bold Investments (Hamilton) Limited and McMaster Investment Limited reveals that all (or nearly all) the shares in those companies are held by Vernon Thornborrow and Benjamin Sauder respectively.
>
> On the authority of the *British American Tobacco* case, I do not think it is appropriate to end the inquiry after looking at the share registers of the appellant and Sauder and Thornborrow Limited. It is proper and necessary to look at the share registers of Bold Investments (Hamilton) Limited and Sauder and Thornborrow Limited to obtain an answer to the inquiry whether the appellant and the two other companies are controlled by the same "group of persons". Where the registered shareholder in the first instance is a body corporate, you must look beyond the share register.

The reasoning in *Buckerfield's* was approved and applied by this Court in *Dworkin Furs, supra.* The issue in *Dworkin Furs* was whether five companies were "associated" under s. 39 of the *Income Tax Act*, 1952 in that all were "controlled" by a specified group or person under s. 39(4)(*a*), (*b*). Hall J. writing for this Court held at p. 227-28:

> The word *controlled* as used in this subsection was held by Jackett P. to mean *de jure* control and not *de facto* control and with this I agree. He said in *Buckerfield's Limited et al v. Minister of National Revenue* . . .

Le juge Cattanach souligne que dans les arrêts *Bibby* et *British American Tobacco Ltd.*, on a rejeté le critère de la propriété en *equity* et il conclut à la p. 5098:

> [TRADUCTION] À mon avis, le mot «contrôlées» à l'al. 39(4)*b*) prévoit et comprend un rapport de nature à conférer le contrôle en vertu de la majorité des voix, quelle que soit la manière dont ce résultat est obtenu, directement ou indirectement.
>
> . . .
>
> Il me semblerait inutile de s'arrêter après avoir constaté, dans le registre des actionnaires de la société appelante et celui de Sauder and Thornborrow Limited, que dans chaque cas Bold Investments (Hamilton) Limited et McMaster Investments Limited détiennent chacune 50 pour 100 des actions alors qu'un examen du registre des actionnaires de Bold Investments (Hamilton) Limited et de McMaster Investments Limited révèle que toutes (ou presque toutes) les actions de ces sociétés sont détenues par Vernon Thornborrow et Benjamin Sauder respectivement.
>
> En vertu de l'arrêt *British American Tobacco*, je ne crois pas approprié d'arrêter l'analyse après avoir examiné le registre des actionnaires de l'appelante et celui de Sauder and Thornborrow Limited. Il est bon et nécessaire d'examiner les registres des actionnaires de Bold Investments (Hamilton) Limited et de Sauder and Thornborrow Limited pour répondre à la question de savoir si l'appelante et les deux autres sociétés sont contrôlées par le même «groupe de personnes». Lorsque l'actionnaire inscrit dans le premier cas est un corps constitué, il faut aller au delà du registre des actionnaires.

Cette Cour a approuvé et appliqué le raisonnement de l'arrêt *Buckerfield's* dans l'arrêt *Dworkin Furs*, précité. La question en litige dans l'arrêt *Dworkin Furs* était de savoir si cinq sociétés étaient «associées» au sens de l'art. 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1952, du fait qu'elles étaient toutes «contrôlées» par une personne ou un groupe de personnes déterminé au sens des al. 39(4)*a*) et *b*). Le juge Hall, s'exprimant au nom de cette Cour, conclut aux pp. 227 et 228:

> [TRADUCTION] Le mot *contrôlée*, tel qu'il est employé dans ce paragraphe, signifie, selon le président Jackett, contrôle de droit et non contrôle de fait; sur ce point, je partage son avis. Il a dit dans l'arrêt *Buckerfield's Limited et al. v. Minister of National Revenue* . . .

Many approaches might conceivably be adopted in applying the word "control" in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by "management", where management and the Board of Directors are separate, or it might refer to control by the Board of Directors. The kind of control exercised by management officials or the Board of Directors is, however, clearly not intended by section 39 when it contemplates control of one corporation by another as well as control of a corporation by individuals (see subsection (6) of section 39). The word "control" might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that, in section 39 of the *Income Tax Act*, the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors. See *British American Tobacco Co. v. I.R.C.* (1943) 1 A.E.R. 13 where Viscount Simon L.C., at p. 15, says:

> "The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes."

See also *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ld.* (1947) A.C. 109 per Lord Greene M.R. at page 118, where it was held that the mere fact that one corporation had less than 50 per cent of the shares of another was "conclusive" that the one corporation was not "controlled" by the other within section 6 of the *Income War Tax Act*.

This definition of *controlled* applies to all five appeals.

In Dworkin Furs (Pembroke) Limited, Dworkin Furs Ltd. owned 48 per cent of the issued shares in its own name and 2 per cent in the names of Roy Saipe and Helen Saipe and its nominees. The other 50 per cent were owned by one Sadie Harris. Roy Saipe was President of this respondent, but the By-laws of the company provided that in the event of an equality of votes, the Chairman did not have a casting vote.

It is clear in the light of *Buckerfield* that in these circumstances Dworkin Furs (Pembroke) Limited was not controlled by Dworkin Furs Ltd.

Hall J. noted with respect to one of the corporations that an arrangement between two 50 per cent

Il est concevable qu'il puisse exister plusieurs façons de comprendre le mot «contrôle» dans un texte législatif tel que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, quand on applique ce mot à une corporation. Il peut par exemple se rapporter au contrôle par les «membres de la direction», lorsque la direction et le conseil d'administration sont distincts, ou il peut se rapporter au contrôle par le conseil d'administration. Le genre de contrôle qu'exercent les membres de la direction ou le conseil d'administration n'est évidemment pas, toutefois, celui que vise l'article 39 en parlant du contrôle d'une corporation par une autre de même que du contrôle d'une corporation par des particuliers (voir le paragraphe (6) de l'article 39). On conçoit très bien que le mot «contrôle» puisse se rapporter à un contrôle de fait par un actionnaire ou plus détenant ou non une majorité des actions. Je crois cependant qu'à l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «contrôlée» vise le droit de contrôle qui découle de la propriété d'un nombre d'actions suffisant pour donner la majorité des voix à l'élection du conseil d'administration. Voir *British American Tobacco Co. v. I.R.C.*, [1943] 1 All E.R. 13 où le lord Chancelier, le vicomte Simon, a déclaré, à la p. 15:

> Les détenteurs de la majorité des voix dans une compagnie sont ceux qui ont le contrôle réel de ses affaires et de ses destinées.

Voir aussi *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ld.*, [1947] A.C. 109, par lord Greene, Maître des Rôles, à la p. 118, où il a été décidé que le simple fait qu'une compagnie détient moins de 50 pour cent des actions d'une autre compagnie établit «péremptoirement» que l'une des compagnies n'est pas «contrôlée» par l'autre, au sens de l'article 6 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*.

Cette définition de «*contrôlée*» s'applique à tous les cinq pourvois.

Dans l'affaire Dworkin Furs (Pembroke) Limited, Dworkin Furs Ltd. détenait 48 pour 100 des actions émises en son propre nom et 2 pour 100 au nom de Roy Saipe et Helen Saipe et de ses mandataires. Les autres 50 pour 100 appartenaient à une nommée Sadie Harris. Roy Saipe était président de cette intimée, mais les règlements de la société disposaient qu'en cas d'égalité des voix, le président n'avait pas voix prépondérante.

Il est clair, vu l'arrêt *Buckerfield*, que dans ces circonstances Dworkin Furs (Pembroke) Limited n'était pas contrôlée par Dworkin Furs Ltd.

Le juge Hall souligne à l'égard de l'une des sociétés qu'une entente entre deux détenteurs de 50

shareholders would give one of them *de facto* control. As to this he said at p. 229:

> The arrangement or agreement between Wagenaar and Jager, while it might be said to give Wagenaar *de facto* control, did *not* give him *de jure* control, which is the true test . . . .

Dworkin Furs with its emphasis on *de jure* control as the test under s. 39(4) was followed by this Court in *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193, (*per* Abbott J.)

In *Minister of National Revenue v. Consolidated Holding Co.*, [1974] S.C.R. 419, 72 DTC 6007, Judson J. writing for the majority of this Court applied *Vina-Rug* going beyond the share register to determine who had voting control. Spence J. dissenting would have confined the Court's scrutiny to the share register as ". . . the sole basis upon which the voting rights of shares can be determined and, therefore, the sole basis for deciding who controls a company . . ." (at pp. 434 and 6013 respectively).

In *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 43, 69 DTC 5122 (affirmed [1971] S.C.R. v, 71 DTC 5202), the Exchequer Court, in interpreting the words "one of the corporations controlled the other", concluded that even although a shareholder might not have the immediate voting power to elect directors, if he has sufficient voting power to pass any ordinary resolution of shareholders, to take away powers of directors and reserve decisions to his class of shareholders, to dismiss directors from office and ultimately to secure the right to elect directors, then he has legal control of the corporation. Thurlow J. expressly rejected the use of a *de facto* control test at pp. 5124-25:

> I can deal with the alternative submission by saying that in my opinion *de facto* control is not to be taken into account, that *de jure* control is what is contemplated by the statute and that in determining association for

pour 100 des actions donnerait à l'un d'eux le contrôle de fait. Il dit à la p. 229:

> [TRADUCTION] Même si on pourrait dire que l'arrangement ou l'accord intervenu entre Wagenaar et Jager donnait à Wagenaar le contrôle de fait, elle *ne* lui donnait *pas* le contrôle de droit qui est le critère véritable . . .

Cette Cour a suivi l'arrêt *Dworkin Furs* qui insiste sur le contrôle de droit comme étant le critère applicable en vertu du par. 39(4), dans l'arrêt *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193 (le juge Abbott).

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Consolidated Holding Co.*, [1974] R.C.S. 419, 72 DTC 6007 le juge Judson, qui a rédigé les motifs de cette Cour à la majorité, a appliqué l'arrêt *Vina-Rug*, allant au delà du registre des actionnaires pour déterminer qui détient la majorité des voix. Le juge Spence, dissident, aurait limité l'examen de la Cour au registre des actionnaires qui est « . . . la seule base . . . sur laquelle on puisse déterminer les droits de vote afférents aux actions et, par conséquent, il est la seule base sur laquelle on peut décider qui contrôle une compagnie» (à la p. 434).

Dans l'arrêt *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 43, 69 DTC 5122 (confirmé à [1971] R.C.S. v, 71 DTC 5202), la Cour de l'Échiquier a, en interprétant les mots «une des corporations contrôlait l'autre», conclu que même si un actionnaire pouvait ne pas avoir les voix nécessaires pour faire élire les administrateurs, s'il a suffisamment de voix pour faire adopter une résolution ordinaire des actionnaires pour enlever les pouvoirs aux administrateurs et réserver les décisions à la classe d'actionnaires à laquelle il appartient, pour renvoyer les administrateurs et, en définitive, s'assurer le droit d'élire des administrateurs, il a alors le contrôle de droit de la société. Le juge Thurlow a expressément rejeté le recours au critère du contrôle de fait, aux pp. 5124 et 5125:

> [TRADUCTION] Je puis me prononcer sur le moyen subsidiaire en disant qu'à mon avis il ne faut pas tenir compte du contrôle de fait, que c'est le contrôle de droit qu'envisage la Loi et que, pour déterminer s'il y a

the purposes of the statute control itself and not some mere element or fragment of it is required to support a conclusion that corporations are in fact associated. This submission, in my opinion, accordingly fails.

. . .

The statement of the President of this Court in *Buckerfield's* case, (1965) 1 Ex. C.R. 299 at page 303 [64 DTC 5301 at page 5303], when he said "I am of the view, however, that in section 39 of the *Income Tax Act*, the word controlled contemplates the right that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors" should, I think, be read and understood as applying to a case where the directors when elected have the usual powers of directors to guide the destinies of the company.

The concept of corporate *persona* and the fact that shareholders have no proprietary interest in the assets of corporations until a winding-up of the enterprise has, I believe, led the courts to favour *de jure* rather than *de facto* control. The distinction between ownership and control of an operating corporate personality has been maintained. As pointed out by Cattanach J. in *Vineland Quarries*, *supra*, at p. 5096:

I am not here concerned with the proposition that a corporation is a distinct legal entity separate from its shareholders, nor with any question of corporate capacity or power. I readily accept the undisputed proposition that no shareholder, even though he holds all the shares in a corporation, has any property, legal or equitable, in the assets of the corporation and the proposition that a corporation is not, as such, the agent or trustee for its shareholders.

The question here is who "controlled" the appellant and Sauder and Thornborrow Limited. Is it Benjamin Sauder and Vernon Thornborrow, or is it Benjamin Sauder and Bold Investment (Hamilton) Limited and Vernon Thornborrow and McMaster Investments Limited.

Although the scope of scrutiny under the *de jure* test has been extended beyond a mere examination of the share register in order to determine who really has voting control, there has been no deviation from the principle that voting control is the proper *indicium* of control until *Oakfield*. I am of

association aux fins de la Loi, c'est le contrôle lui-même et non quelque élément ou fragment du contrôle qui est requis pour appuyer la conclusion que les corporations sont en fait associées. Cette prétention, à mon avis, n'est donc pas fondée.

. . .

La déclaration que fait le président de cette Cour dans l'arrêt *Buckerfield's* (1965), 1 R.C. de l'É. 299, à la p. 303 [64 DTC 5301, à la p. 5303], lorsqu'il dit «Je crois cependant qu'à l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «contrôlée» vise le droit de contrôle qui découle de la propriété d'un nombre d'actions suffisant pour donner la majorité des voix à l'élection du conseil d'administration» doit, à mon avis, s'interpréter comme étant applicable à une situation où les administrateurs élus ont les pouvoirs ordinaires qu'ont les administrateurs de présider aux destinées de la société.

Le concept de personne morale et le fait que les actionnaires n'ont aucun droit de propriété sur les biens des sociétés jusqu'à la liquidation de l'entreprise a, je crois, amené les tribunaux à opter pour le contrôle de droit plutôt que pour le contrôle de fait. La distinction entre propriété et contrôle d'une personne morale en exploitation a été maintenue. Comme le souligne le juge Cattanach dans l'arrêt *Vineland Quarries*, précité, à la p. 5096:

[TRADUCTION] Je ne m'intéresse pas en l'espèce à la proposition selon laquelle une société est une entité juridique distincte de ses actionnaires, ni à des questions relatives à la capacité ou aux pouvoirs de la société. Je reconnais volontiers le principe incontesté qu'aucun actionnaire, même celui qui détient toutes les actions de la société, n'a de droit de propriété en droit ou en *equity* sur les biens de la société, et le principe que la société n'est, comme telle, ni la mandataire ni la fiduciaire de ses actionnaires.

La question en l'espèce est de savoir qui «contrôle» l'appelante et Sauder and Thornborrow Limited. Est-ce Benjamin Sauder et Vernon Thornborrow ou est-ce Benjamin Sauder, Bold Investment (Hamilton) Limited, Vernon Thornborrow et McMaster Investments Limited?

Bien que la portée de l'analyse ait été étendue, par application du critère du contrôle de droit, au delà du simple examen du registre des actionnaires pour déterminer qui détient réellement la majorité des voix, il n'y a pas eu, jusqu'à l'arrêt *Oakfield*, de dérogation au principe selon lequel la majorité

the view, therefore, that the decision in *Oakfield* is anomalous and should not be followed. For the courts suddenly to change direction in face of well-settled and long-standing authority in our tax jurisprudence is, in my view, quite inappropriate. If the legislature wishes to amend the legislation as was done in the United Kingdom to discourage the kind of tax planning which was done here, it is, of course, perfectly free to do so. But I do not think that this is a suitable area for judicial creativity. People plan their personal and business affairs on the basis of the existing law and they are entitled to do so. It is, I believe, important to recognize that any sudden departure by the courts from a well-settled line of authority in an area such as tax law can have a serious retroactive impact on the taxpayer.

Quite apart from considerations of equity and fairness, I believe that the respondent makes a very valid point that a test of *de facto* control based on an evaluation of *de jure* rights in different corporate contexts and under different economic and business conditions is fraught with uncertainty. Indeed, it seems perfectly conceivable to me that, if such a test were adopted, *de facto* control could move from one group of shareholders to another depending upon the condition of the company from time to time.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed, MCINTYRE, LAMER *and* WILSON JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Goodman & Carr, Toronto.

des voix est le véritable indice du contrôle. Je suis donc d'avis que l'arrêt *Oakfield* est anormal et qu'il ne doit pas être suivi. À mon avis, il n'est pas du tout approprié que les tribunaux changent soudainement d'orientation à l'égard d'un principe bien établi depuis longtemps dans notre jurisprudence fiscale. Si le législateur souhaite modifier la loi comme on l'a fait au Royaume-Uni pour décourager le genre de planification fiscale pratiquée en l'espèce, il a bien sûr toute la liberté de le faire. Mais je ne crois pas qu'il s'agit d'un domaine qui se prête à la créativité judiciaire. Les gens planifient leurs affaires personnelles et commerciales en fonction du droit existant et ils ont le droit de le faire. Il est important, je crois, de reconnaître que toute dérogation subite des tribunaux à une jurisprudence bien établie dans un domaine comme le droit fiscal peut avoir des conséquences rétroactives graves sur le contribuable.

Mis à part les considérations d'équité et d'impartialité, je crois que l'intimée a tout à fait raison lorsqu'elle souligne l'incertitude du critère de contrôle de fait fondé sur une évaluation de droits *de jure* dans différents contextes relatifs aux sociétés et dans des conditions économiques et commerciales différentes. À vrai dire, il me semble parfaitement concevable que, si l'on adoptait un tel critère, le contrôle de fait pourrait passer d'un groupe d'actionnaires à un autre selon la situation de la société.

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

Pourvoi accueilli, les juges MCINTYRE, LAMER *et* WILSON *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Goodman & Carr, Toronto.

Arthur Andrew Dick *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Nova Scotia *Interveners.*

File No.: 17585.

1984: October 29; 1985: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians — Hunting — Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season contrary to Wildlife Act — Applicability of provincial game laws to Indians — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433, ss. 3(1), 8(1) — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88 — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

Constitutional law — Indians — Game laws — Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season contrary to Wildlife Act — Whether Wildlife Act impairing Indian status — Whether Wildlife Act constitutionally applicable to appellant — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433, ss. 3(1), 8(1) — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.

Criminal law — Appeals — Summary convictions — Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season — Whether this appeal raises a question of law alone for the purpose of s. 114 of the Offence Act — Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305, s. 114.

Appellant, a non-treaty Indian member of the Alkali Lake Band, was charged with the killing of a deer out of season without being the holder of a permit, contrary to s. 3(1) of the British Columbia *Wildlife Act*. Appellant killed the deer for food on the traditional hunting grounds of the Alkali Lake Band outside the reserve. Appellant was convicted and his appeals to the County Court and the Court of Appeal were dismissed. This appeal raises several issues: (1) whether the *Wildlife Act* impairs the status and capacity of Indians, an invasion of the federal field under s. 91(24) of the *Constitution*

Arthur Andrew Dick *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intervenants.*

N° du greffe: 17585.

1984: 29 octobre; 1985: 31 octobre.

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

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

Indiens — Chasse — Indien non visé par un traité déclaré coupable d'avoir tué un cerf hors saison contrairement à la Wildlife Act — Application aux Indiens de lois provinciales sur la protection de la faune — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1), 8(1) — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Droit constitutionnel — Indiens — Lois sur la protection de la faune — Indien non visé par un traité reconnu coupable d'avoir tué un cerf hors saison contrairement à la Wildlife Act — La Wildlife Act porte-t-elle atteinte au statut d'Indien? — La Wildlife Act est-elle constitutionnellement applicable à l'appelant? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1), 8(1) — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

Droit criminel — Appels — Déclarations sommaires de culpabilité — Indien non visé par un traité reconnu coupable d'avoir tué un cerf hors saison — Ce pourvoi soulève-t-il une question de droit seulement au sens de l'art. 114 de l'Offence Act? — Offence Act, R.S.B.C. 1979, chap. 305, art. 114.

L'appelant, un Indien non visé par un traité et membre de la bande d'Alkali Lake, a été accusé d'avoir tué un cerf hors saison sans être titulaire d'un permis, contrairement au par. 3(1) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique. L'appelant a tué le cerf pour se nourrir sur le terrain de chasse traditionnel de la bande d'Alkali Lake, mais en dehors de la réserve. L'appelant a été déclaré coupable et ses appels devant la Cour de comté et la Cour d'appel ont été rejetés. Le pourvoi soulève plusieurs questions: (1) La *Wildlife Act* porte-t-elle atteinte au statut et aux droits des Indiens et

Act, 1867; (2) if so, whether the *Wildlife Act* is a law of general application referentially incorporated into federal law by s. 88 of the *Indian Act*; and (3) whether this appeal raises a question of law alone for the purpose of s. 114 of the *Offence Act* of British Columbia.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Wildlife Act* of British Columbia is a law of general application and it applies to the appellant either by its own force or, assuming that the *Wildlife Act* has the effect of regulating him *qua* Indian, by referential incorporation under s. 88 of the *Indian Act*.

(*a*) *Laws of general application*: To determine whether a provincial enactment is not a law of general application, it must be shown that the intent, purpose or policy of the legislation was to impair the status or capacities of a particular group. While it is assumed in this case that the *Wildlife Act* impairs the status or capacity of Indians, it has not been demonstrated that the provincial legislator intended this particular impact nor has it been established that the legislative policy of the *Wildlife Act* singles out Indians for special treatment or that it discriminates against them in any way.

(*b*) *Referential incorporation:* Section 88 of the *Indian Act* does not incorporate, as part of federal legislation in respect to Indians, all provincial laws of general application. On one hand, s. 88 refers to the provincial laws which cannot apply to Indians without regulating them *qua* Indians, *i.e.*, provincial legislation which, *per se*, would not apply to Indians under the *Indian Act* unless given force by federal reference. On the other hand, provincial laws of general application which can apply to Indians without touching their Indianness apply to them *ex proprio vigore*.

Finally, this Court entertains grave doubts as to whether the first two issues on which an appeal was taken to the Court of Appeal were founded "on any ground that involves a question of law alone". Indeed, it does not appear possible to resolve these issues without weighing the evidence adduced by the parties. However, since the appeal should be dismissed, there is no need to decide that question.

Cases Cited

Kruger v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 104, considered; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *R. v. Haines* (1981), 34 B.C.L.R. 148; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Reference re Minimum Wage Act of*

empiète-t-elle sur un domaine qui, aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relève de la compétence fédérale? (2) Dans l'affirmative, la *Wildlife Act* est-elle une loi d'application générale incorporée par renvoi dans la législation fédérale par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*? (3) Le pourvoi soulève-t-il une question de droit seulement au sens de l'art. 114 de l'*Offence Act* de la Colombie-Britannique?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique est une loi d'application générale et elle s'applique à l'appelant soit *ex proprio vigore* soit, à supposer qu'elle le touche en sa qualité d'Indien, par suite de l'incorporation par renvoi effectuée par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

a) *Lois d'application générale*: Pour déterminer si une loi provinciale n'est pas une loi d'application générale, il faut démontrer qu'elle traduit une intention, un objet ou une politique qui vise à porter atteinte au statut ou aux droits d'un groupe particulier. Malgré la supposition en l'espèce que la *Wildlife Act* porte atteinte au statut ou aux droits des Indiens, on n'a pas prouvé que c'était là l'intention du législateur provincial, pas plus qu'il n'a été établi que cette loi, selon ses principes directeurs, réserve aux Indiens un traitement spécial ou qu'elle soit de quelque manière discriminatoire à leur égard.

b) *Incorporation par renvoi*: L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* n'incorpore pas dans la législation fédérale relative aux Indiens l'ensemble des lois provinciales d'application générale. D'une part, l'art. 88 vise les lois provinciales qui ne peuvent s'appliquer aux Indiens sans les toucher en tant qu'Indiens, c.-à-d. toute loi provinciale qui, en tant que telle, est inapplicable aux Indiens aux termes de la *Loi sur les Indiens* à moins qu'un renvoi fédéral ne décrète le contraire. D' autre part, les lois provinciales d'application générale qui peuvent s'appliquer aux Indiens sans qu'il soit porté atteinte à leur quiddité indienne s'appliquent à eux *ex proprio vigore*.

Finalement, la Cour est loin d'être certaine que les deux premiers moyens invoqués en Cour d'appel soulèvent des questions «de droit seulement». De fait, il paraît impossible de résoudre ces questions sans avoir procédé à l'examen de la preuve produite par les parties. Toutefois, puisque le pourvoi doit être rejeté, point n'est besoin de trancher cette question.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; arrêts mentionnés: *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *R. v. Haines* (1981), 34 B.C.L.R. 148; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Reference re*

Saskatchewan, [1948] S.C.R. 248; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *R. v. White and Bob* (1965), 52 W.W.R. 193; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. Hill* (1908), 15 O.L.R. 406; *R. v. Martin* (1917), 41 O.L.R. 79; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *R. v. Jack and Charlie* (1982), 139 D.L.R. (3d) 25; *Poitras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.
Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305, s. 114.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1) [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5], (3).
Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433, ss. 3(1), 8(1).

Authors Cited

Lysyk, K. "The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 513.
Jordan A. "Government, Two — Indians, One" (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 709.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 3 C.C.C. (3d) 481, 41 B.C.L.R. 173, [1983] 2 C.N.L.R. 134, dismissing the accused's appeal from his conviction by Andrews Co. Ct. J., *sub nom. R. v. Tenale* (1982), 66 C.C.C. (2d) 180, 134 D.L.R. (3d) 654, [1982] 3 C.N.L.R. 167, of killing a deer out of season contrary to s. 3(1) of the British Columbia *Wildlife Act*. Appeal dismissed.

Arthur Pape, Edward John and *Richard Salter*, for the appellant.

Peter D. Messner, for the respondent.

John Rook and *Peter K. Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Minimum Wage Act of Saskatchewan, [1948] R.C.S. 248; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Letter Carriers' Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 R.C.S. 178; *R. v. White and Bob* (1965), 52 W.W.R. 193; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. v. Hill* (1908), 15 O.L.R. 406; *R. v. Martin* (1917), 41 O.L.R. 79; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *R. v. Jack and Charlie* (1982), 139 D.L.R. (3d) 25; *Poitras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1) [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5], (3).
Offence Act, R.S.B.C. 1979, chap. 305, art. 114.
Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1), 8(1).

Doctrine citée

Lysyk, K. «The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian» (1967), 45 *R. du B. can.* 513.
Jordan, A. «Government, Two — Indians, One» (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 709.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 3 C.C.C. (3d) 481, 41 B.C.L.R. 173, [1983] 2 C.N.L.R. 134, rejetant l'appel interjeté par l'accusé contre la décision du juge Andrews de la Cour de comté, *sub nom. R. v. Tenale* (1982), 66 C.C.C. (2d) 180, 134 D.L.R. (3d) 654, [1982] 3 C.N.L.R. 167, qui l'a déclaré coupable d'avoir tué un cerf hors saison contrairement au par. 3(1) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Arthur Pape, Edward John et *Richard Salter*, pour l'appelant.

Peter D. Messner, pour l'intimée.

John Rook et *Peter K. Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Lutes, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—

I The facts

The facts are not in dispute. They are summarized by Lambert J.A., dissenting in the British Columbia Court of Appeal whose reasons for judgment are reported: *R v. Dick* (1982), 3 C.C.C. (3d) 481. At pages 484-85, Lambert J.A. related the facts:

> Arthur Dick is a member of the Alkali Lake Band of the Shuswap people. He lives on the Alkali Lake Reserve in the Chilcotin District of the County of Cariboo. He is a non-treaty Indian.
>
> The Alkali Lake Band is comprised of about 10 families, or approximately 350 people, all told. They subsist in large measure by foraging. They catch fish for food and they kill deer and moose for food and other uses.
>
> The Shuswap word for May is "Pellcwewlemten". It means "time to go fishing". In response to this imperative Arthur Dick and two other band members, with two members of the Canoe Creek Band, set off on May 4, 1980, for Gustafsen Creek, where they intended to catch fish. On the way they passed Holdon Lake. There Arthur Dick killed a deer with a rifle. His purpose was to provide food for the members of the foraging party and for other band members. The carcass, cut up in pieces, was taken on to Gustafsen Creek where a provincial conservation officer and four R.C.M.P. constables found the five Indians in possession of dip nets, a number of rainbow trout, and the deer meat.

One precision should perhaps be added. The killing of the deer occurred in the traditional hunting grounds of the Alkali Lake Band but outside a reserve. I now return to the recital of the facts by Lambert J.A.:

> The *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, c. 433, said it was a closed season for hunting for deer. So Arthur Dick was charged under the Act with two counts; first, with killing wildlife, to wit; one deer, at a time not within the open season, contrary to s. 3(1); and, secondly, with

Robert E. Lutes, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—

I Les faits

Les faits, qui ne font l'objet d'aucune contestation, ont été résumés par le juge Lambert, dissident en Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'arrêt de la Cour d'appel a été publié à *R. v. Dick* (1982), 3 C.C.C. (3d) 481. L'exposé des faits du juge Lambert figure aux pp. 484 et 485:

> [TRADUCTION] Arthur Dick est membre de la bande d'Alkali Lake du peuple Shuswap. Il vit sur la réserve d'Alkali Lake dans le district de Chilcotin du comté de Cariboo. Il n'est pas un Indien visé par un traité.
>
> La bande d'Alkali Lake comprend une dizaine de familles, soit un total d'environ 350 personnes. Pour leur subsistance, elles dépendent dans une large mesure de la chasse et de la pêche. Elles vivent du poisson qu'elles prennent et elles chassent le cerf et l'orignal pour se nourrir et pour d'autres fins.
>
> Dans la langue Shuswap, l'équivalent de «mai» est «*Pellcwewlemten*» qui signifie «le temps d'aller à la pêche». Obéissant à cet impératif, Arthur Dick et deux autres membres de la bande ainsi que deux membres de la bande de Canoe Creek sont partis le 4 mai 1980 pour le ruisseau Gustafsen où ils voulaient prendre du poisson. Leur chemin les menait par le lac Holdon. Là, Arthur Dick a tué un cerf avec une carabine. Son but était de pourvoir à l'alimentation des membres du groupe et d'autres membres de la bande. L'animal, dépecé, a été transporté au ruisseau Gustafsen. C'est là qu'un agent provincial préposé à la conservation et quatre agents de la G.R.C. ont trouvé les cinq Indiens qui avaient en leur possession des épuisettes, plusieurs truites arc-en-ciel et de la viande de cerf.

Il convient peut-être de préciser que le cerf a été abattu sur le terrain de chasse traditionnel de la bande d'Alkali Lake, mais hors d'une réserve. Cela dit, je reviens à l'exposé des faits du juge Lambert:

> [TRADUCTION] Suivant la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 433, la chasse au cerf était fermée à ce moment-là. En conséquence, deux accusations ont été portées contre Arthur Dick en vertu de cette loi. Premièrement, on l'a accusé d'avoir enfreint le par. 3(1) en

possession of wildlife that was dead, to wit: parts of one deer, during a closed season, contrary to s. 8. It was also a closed season for fishing in Gustafsen Creek. All five Indians were charged with respect to the fishing, and those charges are the subject-matter of a separate appeal by the Crown, raising quite different issues from those raised in this appeal.

The trial took place before His Honour Judge Gilmour, a judge of the provincial court. The evidence was extensive. The accused was convicted on the first count and sentenced to a fine of $50. No conviction was entered on the second count. The accused appealed. His appeal was heard by His Honour Judge Andrews, sitting as a judge of the County Court of the County of Cariboo. The appeal was dismissed. Both Judge Gilmour and Judge Andrews reserved judgment and each of them prepared full and carefully considered written reasons.

An application has now been made to this court, under s. 114 of the *Offence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 305, for leave to appeal on a ground or grounds involving a question or questions of law alone.

Leave to appeal was granted by the Court of Appeal but the appeal was dismissed, Lambert J.A. dissenting.

Appellant further appealed to this Court by leave of this Court.

II The issues

Appellant and respondent appear to agree in substance as to the issues raised by this appeal, save one. But they express them differently and I find it preferable to rephrase them as follows:

1. Is the practice of year-round foraging for food so central to the Indian way of life of the Alkali Lake Shuswap that it cannot be restricted by ss. 3(1) and 8(1) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, c. 433, without impairment of their status and capacity as Indians, and invasion of the federal field under s. 91 (24) of the *Constitution Act, 1867*?

tuant un animal sauvage, savoir un cerf, à une époque où la chasse n'était pas ouverte; et, deuxièmement, d'avoir eu en sa possession, contrairement à l'art. 8, du gibier abattu, savoir des parties d'un cerf, à une époque où la saison de la chasse n'était pas ouverte. De plus, la pêche était fermée dans le ruisseau Gustafsen. En ce qui concerne la pêche illégale, des accusations ont été portées contre chacun des cinq Indiens. Ces accusations font l'objet d'un appel distinct, formé par le ministère public, qui soulève des questions tout à fait différentes de celles dont nous sommes saisis ici.

Au cours de l'instruction devant le juge Gilmour de la Cour provinciale, une preuve abondante a été produite. Reconnu coupable relativement au premier chef d'accusation, l'accusé a été condamné à une amende de 50 $. Sur le second chef, aucun verdict de culpabilité n'a été inscrit. L'accusé a formé un appel qu'a entendu le juge Andrews siégeant en sa qualité de juge de la Cour de comté du comté de Cariboo. Il a rejeté l'appel. Le juge Gilmour et le juge Andrews ont tous les deux mis le jugement en délibéré et chacun a rédigé soigneusement des motifs détaillés.

Se fondant sur l'art. 114 de l'*Offence Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 305, on demande à cette Cour l'autorisation d'appeler sur une question ou des questions de droit seulement.

La Cour d'appel a accordé l'autorisation d'appel; cependant, l'appel a été rejeté, le juge Lambert étant dissident.

L'appelant a par la suite reçu l'autorisation de former un pourvoi devant cette Cour.

II Les questions en litige

À une seule exception près, l'appelant et l'intimée paraissent être généralement d'accord sur les questions que soulève ce pourvoi. Mais, comme ils ne les formulent pas de la même façon, il me semble préférable de les reformuler ainsi:

1. La pratique de se livrer toute l'année à la chasse et à la pêche pour se nourrir est-elle un élément à ce point fondamental de la vie des Shuswap d'Alkali Lake qu'on ne saurait y apporter de restriction en vertu des par. 3(1) et 8(1) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 433, sans porter atteinte à leur statut et à leurs droits en tant qu'Indiens et sans empiéter sur un domaine qui, aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relève de la compétence fédérale?

2. If the answer to the first question is in the affirmative and, consequently, the *Wildlife Act* cannot apply *ex proprio vigore* to the appellant, then is this Act a law of general application referentially incorporated into federal law by s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, which provides:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

3. Does this appeal raise a question of law alone for the purpose of s. 114 of the *Offence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 305?

The third issue was raised only by respondent.

In addition, a constitutional question was stated by the Chief Justice:

Are ss. 3(1)(*c*) and 8(1) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, c. 433, constitutionally inapplicable in the circumstances of this case on the ground that the restriction imposed by such sections affects the appellant *qua* Indian and therefore may only be enacted by the Parliament of Canada pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*?

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Nova Scotia intervened in support of respondent.

Another issue had been raised by appellant in the Court of Appeal, namely whether the County Court Judge had erred in holding that the manner of administration of the *Wildlife Act* by provincial officials—somewhat misleadingly referred to as the policy of the Act—had not significantly changed since the judgment of this Court in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104. But the Court of Appeal, following *R. v. Haines* (1981), 34 B.C.L.R. 148, unanimously held that this issue was not a "ground that involves a question of law alone". While appellant referred in his factum to the policy of the provincial government

2. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question de sorte que la *Wildlife Act* ne puisse s'appliquer *ex proprio vigore* à l'appelant, s'agit-il là d'une loi d'application générale incorporée par renvoi dans la loi fédérale par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, dont voici le texte:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

3. Ce pourvoi soulève-t-il une question de droit seulement au sens de l'art. 114 de l'*Offence Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 305?

Seule l'intimée a soulevé cette dernière question.

De plus, le Juge en chef a formulé une question constitutionnelle que voici:

L'alinéa 3(1)*c*) et le par. 8(1) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 433, sont-ils constitutionnellement inapplicables dans les circonstances de cette affaire pour le motif que la restriction imposée par ces articles touche l'appelant en sa qualité d'Indien et, par conséquent, ne peut être adoptée que par le Parlement du Canada en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Le procureur général du Canada et le procureur général de la Nouvelle-Écosse sont intervenus à l'appui de l'intimée.

En Cour d'appel, l'appelant a soulevé aussi la question de savoir si le juge de la Cour de comté avait commis une erreur en concluant que le mode d'application de la *Wildlife Act* par les fonctionnaires provinciaux—ce qu'on a appelé, quoique cela ne soit pas tout à fait exact, les principes directeurs de la Loi—n'a pas changé sensiblement depuis que cette Cour a rendu l'arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104. Néanmoins, la Cour d'appel, suivant l'arrêt *R. v. Haines* (1981), 34 B.C.L.R. 148, a conclu à l'unanimité qu'il ne s'agissait pas là d'une [TRADUCTION] «question de droit seulement». Dans son mémoire, l'appelant

not to issue sustenance permits for out of season hunting by Indians who regularly depend on hunting for their food, I did not understand him to press this matter in this Court as a distinct issue.

One issue that does not arise is that of Aboriginal Title or Rights. In its factum, the appellant expressly states that he has "not sought to prove or rely on the Aboriginal Title or Rights in the case at bar". As in the *Kruger* case, the issue will accordingly not be dealt with any more than the related or included question whether the Indians' right to hunt is a personal right or, as has been suggested by some learned authors, is a right in the nature of a *profit à prendre* or some other interest in land covered by the expression "Lands reserved for the Indians", rather than the word "Indians" in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. (See Kenneth Lysyk, "The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 513, at pp. 518-19; Anthony Jordan, "Government, Two—Indians, One" (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 709, at p. 719.) No submission was made on this last point and in this Court, as well apparently as in the courts below, the case has been argued as if the Indians' right to hunt were a personal one.

III The first issue

Appellant's main submission which was apparently presented in the Court of Appeal as an alternative argument, is that the *Wildlife Act* strikes at the core of Indianness, that the question stated in the first issue should accordingly be answered in the affirmative and that the *Wildlife Act*, while valid legislation, should be read down so as not to apply to appellant in the circumstances of the case at bar.

As was noted by Andrews Co. Ct. J., whose reasons for judgment are reported *sub nom. R. v. Tenale* (1982), 66 C.C.C. (2d) 180, at pp. 182-83:

A considerable volume of evidence was called at trial as to Indian culture, habits, history, the significance of

parle de la politique du gouvernement provincial qui consiste à ne pas délivrer de permis de chasse hors saison aux Indiens qui dépendent régulièrement de la chasse pour se nourrir, mais, à ce que j'ai pu comprendre, il n'a pas invoqué ce point à titre de question distincte en cette Cour.

La question du titre ou des droits aborigènes, n'est, quant à elle, pas en litige. En effet, l'appelant précise dans son mémoire qu'il [TRADUCTION] «n'a pas essayé en l'espèce de prouver l'existence d'un titre ou de droits aborigènes ni de les invoquer». Par conséquent, la Cour, pas plus qu'elle ne l'a fait dans l'arrêt *Kruger*, ne se penchera ni sur cette question ni sur la question connexe ou comprise de savoir si le droit qu'ont les Indiens de chasser est un droit personnel ou, comme l'ont affirmé certains auteurs, un droit de la nature d'un droit d'extraction ou quelque autre droit immobilier visé par l'expression «terres réservées aux Indiens», plutôt que par le mot «Indiens», employée au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. (Voir Kenneth Lysyk, «The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian» (1967), 45 *R. du B. can.* 513, aux pp. 518 et 519; Anthony Jordan, «Government, Two—Indians, One» (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 709, à la p. 719.) Ce dernier point n'a pas été débattu et, en cette Cour, comme apparemment dans les cours d'instance inférieure, on a procédé comme si le droit des Indiens de chasser était personnel.

III La première question

Selon l'argument principal de l'appelant, qu'il a selon toute apparence présenté à titre subsidiaire en Cour d'appel, comme la *Wildlife Act* attaque le fondement même de la quiddité indienne, la première question doit en conséquence recevoir une réponse affirmative et la *Wildlife Act*, quoique valide, doit recevoir une interprétation atténuée de manière à la rendre inapplicable à l'appelant dans les circonstances de la présente espèce.

Comme l'a fait remarquer le juge Andrews de la Cour de comté, dont les motifs de jugement ont été publiés *sub nom. R. v. Tenale* (1982), 66 C.C.C. (2d) 180, aux pp. 182 et 183:

[TRADUCTION] Au cours du procès, on a produit une quantité considérable d'éléments de preuve portant sur

hunting and fishing as part of that culture, and specifically as to provincial conservation objectives and methods, sustenance permits, food requirements, traditional claims and so on. This testimony was supported by various maps as to alleged historic hunting areas, policy statements and lengthy opinion evidence of a Dr. M. Asch, an anthropologist who is the author of numerous papers dealing with, *inter alia*, aboriginal rights.

Provincial Court Judge Gilmour stated, in his reasons for judgment:

I have reviewed the evidence in the case at bar and I am not convinced that the policy of either the Fishing or Game legislation as presently expounded by the Provincial and Federal Governments and under review in this case, is such that it was intended to, or does in fact, "impair the status or capacities of Indians".

At page 191 of his reasons, Andrews Co. Ct. J. wrote:

I have reviewed this material and the substantial testimony of trial witnesses. It is apparent therefrom that hunting and fishing forms a significant part of the Indian culture. I do not conclude however, that the trial Judge was in error. I do not find in all of that evidence anything from which I might have reasonably concluded that the policy of the *Wildlife Act* was such as to impair, at least in any substantial way, the status and capacity of the appellants. I do not find in all that evidence anything from which I can reasonably conclude that status and capacity of the appellant was impaired to any greater degree than those Indians involved in the *Kruger and Manuel* and *Haines* cases, *supra*.

As to the argument that the *Wildlife Act* affects this appellant *qua* Indian and thus cannot apply to him because the federal authorities have exclusive jurisdiction over Indians, I do not agree.

In the Court of Appeal, Seaton J.A. concluded as follows at p. 484:

The decisions under attack were primarily decisions of fact. To the extent that there were questions of law alone, I am not persuaded that error has been shown. I would grant leave, but dismiss the appeal.

la culture, les coutumes et l'histoire des Indiens, sur l'importance de la chasse et de la pêche dans cette culture et, plus précisément, sur les objets visés par la province en matière de conservation et sur les méthodes adoptées pour les atteindre, sur les permis de chasse hors saison pour se nourrir, sur les besoins alimentaires des Indiens, sur leurs réclamations traditionnelles, etc. Ces témoignages ont été appuyés par différentes cartes indiquant les terrains de chasse traditionnels, par des énoncés de politique et par le long témoignage d'opinion du professeur M. Asch, anthropologue, auteur de nombreux articles traitant notamment des droits aborigènes.

Le juge Gilmour de la Cour provinciale dit dans ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Ayant examiné la preuve produite en l'espèce, je ne suis pas convaincu que les principes directeurs de la législation en matière de chasse ou de pêche qui est présentement en cause, tels qu'ils sont énoncés par les gouvernements fédéral et provincial, ont pour objet ou pour effet de «porter atteinte au statut ou aux droits des Indiens».

À la page 191 de ses motifs, le juge Andrews a écrit ceci:

[TRADUCTION] J'ai étudié ces documents ainsi que les dépositions volumineuses des témoins cités au procès. Il en ressort nettement que la chasse et la pêche constituent un élément important de la culture indienne. J'estime toutefois que le juge du procès n'a pas commis d'erreur. En fait, je n'ai pu dégager de toute cette preuve aucun élément qui aurait pu m'autoriser à conclure que la *Wildlife Act*, par son objet, porte manifestement atteinte au statut et aux droits des appelants. De plus, rien ne permet de conclure que l'atteinte au statut et aux droits de l'appelant a été plus grave que l'atteinte au statut et aux droits des Indiens en cause dans les affaires *Kruger et Manuel* et *Haines*, précitées.

Pour ce qui est de l'argument selon lequel la *Wildlife Act* touche cet appelant en sa qualité d'Indien et ne peut donc s'appliquer à lui parce que les Indiens relèvent exclusivement de la compétence fédérale, je ne puis le retenir.

En Cour d'appel, le juge Seaton est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 484:

[TRADUCTION] Les décisions attaquées concernent principalement des faits. Dans la mesure où il s'agissait de questions de droit seulement, je ne suis pas convaincu qu'il y a eu erreur. Je suis d'avis d'accorder l'autorisation, mais de rejeter l'appel.

Macdonald J.A. refrained from expressing any views on the merits of the three issues raised in the Court of Appeal. At page 496 he concluded:

My opinion is that none of the three issues involves a question of law alone. I would therefore dismiss the appeal.

The reasons of Lambert J.A., dissenting, are quite elaborate. For the greater part, they expound the similarities and differences between the case at bar and *Kruger* and his understanding of the tests adopted in the latter case to determine whether a law is one of general application, a matter to which I will return in dealing with the second issue. But he used the same tests to answer the question stated in the first issue, namely whether the application of the *Wildlife Act* to appellant would regulate him *qua* Indian. Here is what he wrote at p. 492:

. . . it seems to me that the same tests as are applied to determine whether the application of a provincial law to a particular group of Indians in a particular activity is the application of a law of general application, should also be applied to determine whether the application of a provincial law to a particular group of Indians in a particular activity is legislation in relation to Indians in their Indianness.

So, subject to the question of referential incorporation, which I will come to next, it is my opinion that the evidence and argument which I have set out in Part III of these reasons require the conclusion that the *Wildlife Act* should be "read down" in order to preserve its constitutionality. That "reading down" would prevent it from applying to Arthur Dick in his activity in this case.

It is well worth quoting substantial parts of the evidence and argument set out in Part III of the reasons of Lambert J.A., which, as I just said, were also relied upon by him to resolve the first issue. He wrote, at pages 487, and 489-91:

In *Kruger and Manuel v. The Queen*, *supra*, the two accused were members of the Penticton Indian Band. They shot four deer for food on unoccupied Crown land on the traditional hunting grounds of the Penticton Indian Band. It was the closed season under the *Wildlife*

Le juge Macdonald pour sa part s'est abstenu de tout commentaire sur le bien-fondé des trois moyens soulevés en Cour d'appel. À la page 496, il a conclu:

[TRADUCTION] À mon avis, aucun des trois moyens ne soulève une question de droit seulement. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Les motifs de dissidence du juge Lambert sont très détaillés. Ils sont consacrés en majeure partie à une explication des ressemblances et des différences entre la présente espèce et l'arrêt *Kruger* et à sa façon de voir les critères retenus dans ce dernier arrêt pour déterminer si l'on est en présence d'une loi d'application générale, point sur lequel je reviendrai dans le cadre de mon examen de la deuxième question. Le juge Lambert a toutefois employé les mêmes critères pour répondre à la première question qui est de savoir si l'application de la *Wildlife Act* à l'appelant le toucherait en sa qualité d'Indien. À la page 492, le juge Lambert écrit:

[TRADUCTION] . . . à ce qu'il me semble, les mêmes critères qui sont retenus pour déterminer si une loi provinciale appliquée à une activité particulière menée par un groupe particulier d'Indiens est une loi d'application générale doivent aussi servir à établir si une loi provinciale appliquée à une activité particulière menée par un groupe particulier d'Indiens constitue une législation qui touche les Indiens dans leur quiddité.

Par conséquent, sous réserve de la question de l'incorporation par renvoi, que j'aborderai plus loin, j'estime que les éléments de preuve et les arguments exposés à la Partie III des présents motifs mènent inévitablement à la conclusion que la *Wildlife Act* doit recevoir une «interprétation atténuée», pour préserver sa constitutionnalité. Ainsi interprétée, la Loi ne saurait s'appliquer aux actes accomplis par Arthur Dick en l'espèce.

Il est utile de reproduire certains extraits tirés de l'exposé de preuve et d'arguments qui figure à la Partie III des motifs du juge Lambert, preuves et arguments sur lesquels ce dernier s'est aussi fondé, comme je viens de le dire, pour trancher la première question. Aux pages 487 et 489 à 491, le juge Lambert dit:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Kruger et Manuel c. La Reine*, précité, les deux accusés étaient membres de la bande indienne de Penticton. Pour se nourrir ils ont abattu quatre cerfs sur des terres inoccupées de la Couronne faisant partie du terrain de chasse traditionnel

Act and Kruger and Manuel did not have a sustenance permit which would have allowed them to shoot a deer during the closed season. They were convicted. Their appeal to Judge Washington took the form of a trial *de novo*. It was allowed. The Crown appealed to this court. That appeal was aso allowed and the convictions were restored: 24 C.C.C. (2d) 120, 60 D.L.R. (3d) 144, [1975] 5 W.W.R. 167. Kruger and Manuel appealed to the Supreme Court of Canada. Their appeal was dismissed. Mr. Justice Dickson's reasons were the reasons of the full court of nine.

. . .

The evidence in this appeal goes much further than the agreed facts in *Kruger and Manuel v. The Queen*. Here there is evidence which indicates that the line demarking laws of general application from other enactments has been crossed. In *Kruger and Manuel v. The Queen* the only relevant evidence was the statement in the agreed facts that the accused had hunted deer during the closed season on land that was the traditional hunting grounds of the Penticton Indian Band. There was no evidence that the statutory restrictions on the right to hunt impaired the status and capacities of Kruger and Manuel as Indians. There was no evidence that the Penticton Indian Band depended on hunting for their supply of meat. There was no evidence that it would be impracticable to hunt sufficient meat during the open season. There was no evidence as to the amount of meat obtained through hunting, the amount of meat needed to feed an Indian family for a year, or the amount of meat allowed to Indians under the prevailing hunting quotas. Finally, there was no evidence to indicate that hunting was central to the way of life of the Penticton Indian Band. There was, in the words of Mr. Justice Dickson, an "absence of clear evidence" that the provisions in the *Wildlife Act* crossed the line demarking laws of general application from other enactments.

The situation is entirely different in the present appeal where, in my opinion, the evidence indicates that the line has been crossed.

Nine members of the Alkali Lake Band and three members of the Canoe Creek Band gave evidence. They described their lives and the significance of the rituals of food gathering. They told of their dependence on moose and deer for food and for traditional and valued items of daily clothing and ceremonial clothing. Their evidence

de la bande indienne de Penticton. Or, suivant la *Wildlife Act*, la chasse était fermée et ni Kruger ni Manuel ne détenaient le permis requis pour pouvoir chasser le cerf hors saison. Un verdict de culpabilité ayant été rendu, ils ont interjeté appel par voie de procès *de novo* devant le juge Washington. L'appel a été accueilli. Puis le ministère public en a appelé devant cette Cour qui a accueilli l'appel et rétabli les déclarations de culpabilité: 24 C.C.C. (2d) 120, 60 D.L.R. (3d) 144, [1975] 5 W.W.R. 167. Kruger et Manuel se sont pourvus devant la Cour suprême du Canada, mais leur pourvoi a été rejeté. Les motifs du juge Dickson traduisaient l'avis unanime des neuf juges composant la Cour.

. . .

La preuve en l'espèce est de portée beaucoup plus vaste que l'exposé conjoint des faits dans l'affaire *Kruger et Manuel c. La Reine*. Ici il y a des éléments de preuve d'où il ressort qu'on a franchi la ligne de démarcation entre les lois d'application générale et les autres lois. Dans l'affaire *Kruger et Manuel c. La Reine*, le seul élément de preuve pertinent était la déclaration figurant dans l'exposé conjoint des faits, selon laquelle les accusés avaient chassé le cerf hors saison sur des terres qui étaient le terrain de chasse traditionnel de la bande indienne de Penticton. Rien ne prouvait que les restrictions légales apportées au droit de chasse portaient atteinte au statut et aux droits de Kruger et de Manuel en tant qu'Indiens. Rien ne prouvait que la bande indienne de Penticton dépendait de la chasse pour son approvisionnement en viande. Rien ne prouvait qu'il serait impossible de se procurer suffisamment de viande pendant que la chasse était ouverte. Aucun élément de preuve ne tendait à établir la quantité de viande obtenue par la chasse, ni la quantité requise pour nourrir une famille indienne pendant un an, ni les quantités attribuées aux Indiens en vertu des limites de prises alors en vigueur. Finalement, rien ne prouvait que la chasse était un élément fondamental de la vie de la bande indienne de Penticton. Selon le juge Dickson, il n'y avait pas de «preuve manifeste» que les dispositions de la *Wildlife Act* franchissaient la frontière qui sépare les lois d'application générale des autres.

Il en est tout autrement dans la présente affaire parce que, selon moi, la preuve établit que cette frontière a été franchie.

Neuf membres de la bande d'Alkali Lake et trois de la bande de Canoe Creek ont témoigné. Ils ont décrit leur mode de vie et l'importance que revêtent pour eux la chasse et la pêche. Ils ont parlé de leur dépendance de l'orignal et du cerf pour se nourrir et pour se pourvoir de vêtements traditionnels, prisés tant pour l'usage quoti-

was placed in its cultural framework by Dr. Michael Asch, an anthropologist.

In 1980, the year in which Arthur Dick shot the deer at Holdon Lake, there were 45 active hunters in the Alkali Lake Band. They took 117 deer and 48 moose in the year. That provided a yield of 65 to 70 pounds of meat for every man, woman and child in the Band. The meat was shared out among band members in accordance with the institutional practices of the Shuswap people.

The times of year for hunting animals and for fishing, the places to hunt, and the techniques of hunting are taught to young male members of the band by their fathers and grandfathers.

Some of the meat is smoked, some is salted, some is frozen, and some is eaten fresh. The preservation of the meat and the preparation of food is largely done by the women of the band. Women also tan and treat the hides and make the traditional clothing. The skills and techniques for preserving food and making clothing are handed down from one generation to the next.

When the meat supply runs out the hunters go out for more. They go when it is needed. That happens every spring when the supply of preserved meat, from animals killed in the fall, comes to an end.

The hunters in the Alkali Lake Band do not hunt for trophies; they do not hunt for recreation, nor do they look on hunting as recreation; they do not leave the carcasses of the animals they kill in the woods. If they work for wages it is not as an alternative to hunting but in order to acquire the means to hunt for food.

Ricky Dick, a member of the Alkali Lake Band, and one of the foraging party on May 4, 1980, gave evidence that his own family needs four or five deer each year for food. But the evidence of the conservation officer at 100 Mile House is that the limit for one hunter in one year from Region 5 is one deer. Of course, if you travel from one region to another, as recreational hunters do, then you can shoot deer in other regions to a total kill of three deer in one year. But, for the hunters of the Alkali Lake Band, the *Wildlife Act* and regulations, if they were to apply, would provide a limit of one deer for each

dien que pour les cérémonies. Le professeur Michael Asch, anthropologue, a placé ces témoignages dans leur contexte culturel.

En 1980, l'année où Arthur Dick a tué le cerf au lac Holdon, la bande d'Alkali Lake comptait 45 chasseurs actifs qui, en cette même année, ont pris 117 cerfs et 48 orignaux, soit entre 65 et 70 livres de viande pour chaque homme, femme et enfant de la bande. La distribution de la viande aux membres de la bande se faisait suivant les pratiques instituées par les Shuswap.

Les jeunes hommes membres de la bande apprennent de leur père et de leur grand-père les époques de la chasse et de la pêche, les endroits propices à la chasse et les méthodes de chasse.

Une partie de la viande est fumée, une partie est salée, une partie est congelée et une partie est consommée immédiatement. Ce sont surtout les femmes de la bande qui s'occupent de la conservation de la viande et de la préparation de la nourriture. Ce sont elles aussi qui font le tannage et le traitement des peaux et qui confectionnent les vêtements traditionnels. Le savoir et les techniques nécessaires pour la conservation de nourriture et pour la confection de vêtements sont transmis d'une génération à l'autre.

Lorsque les réserves de viande s'épuisent les chasseurs se chargent du réapprovisionnement. Ils partent à la chasse lorsque le besoin se fait sentir, c.-à-d. à chaque printemps lorsqu'il ne reste plus de viande conservée provenant des animaux tués à l'automne.

Si certains membres de la bande d'Alkali Lake se livrent à la chasse, ce n'est pas pour obtenir des trophées; ils ne chassent pas à titre récréatif et ils ne considèrent pas la chasse comme un sport; ils n'abandonnent pas dans les bois le gibier abattu. Tout travail qu'ils peuvent faire moyennant rémunération, loin de remplacer la chasse, vise à l'acquisition des moyens de se livrer à la chasse pour se nourrir.

Ricky Dick, membre de la bande d'Alkali Lake, était du groupe qui est parti à la pêche le 4 mai 1980. Il a témoigné que sa propre famille a besoin de quatre ou cinq cerfs chaque année pour se nourrir. Mais, selon le témoignage de l'agent de conservation de 100 Mile House, la limite annuelle dans la région 5 est fixée à un cerf par chasseur. Bien sûr, en voyageant d'une région à l'autre comme le font les amateurs de la chasse récréative, on peut tuer des cerfs dans ces autres régions jusqu'à concurrence de trois cerfs dans une année donnée. Mais, si la *Wildlife Act* et son règlement d'application devaient s'appliquer aux chasseurs de la bande d'Alkali Lake, ces derniers seraient assujettis à une

hunter in each year within their hunting grounds.

Dr. Asch drew the relationship between the testimony of the Indian witnesses and the institutions and practices of the traditional way of life of the Alkali Lake Band of the Shuswap people.

In my opinion, it is impossible to read the evidence without realizing that killing fish and animals for food and other uses gives shape and meaning to the lives of the members of the Alkali Lake Band. It is at the centre of what they do and what they are.

In my opinion, this case is distinguishable from *Kruger and Manuel v. The Queen*, (1977), 34 C.C.C. (2d) 377, 75 D.L.R. (3d) 434, [1978] 1 S.C.R. 104, because here the appellant has led evidence which, in my opinion, establishes that the *Wildlife Act* in its application to hunting for food impairs the status and capacities of the Alkali Lake Band members and crosses the line demarking laws of general application from other enactments.

And, before concluding at p. 495, Lambert J.A. wrote:

Indeed, I would add that if the facts in this case do not place the killing of the deer within the central core of Indianness, if there is one, or within the boundary that outlines the status and capacities of the Alkali Lake Band, then it is difficult to imagine other facts that would do so.

In *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695 at p. 706, it had already been held, apart from any evidence, that provincial game laws do not relate to Indians *qua* Indians. In the case at bar, there was considerable evidence capable of supporting the conclusions of Lambert J.A. to the effect that the *Wildlife Act* did impair the Indianness of the Alkali Lake Band, as well as the opposite conclusions of the courts below.

I am prepared to assume, without deciding, that Lambert J.A. was right on this point and that appellant's submission on the first issue is well taken.

I must confess at being strenghtened in this assumption by what Lambert J.A. said at p. 493:

limite annuelle d'un cerf par chasseur à l'intérieur de leur terrain de chasse.

Le professeur Asch a expliqué les dépositions des témoins Indiens à la lumière des institutions et des pratiques traditionnelles des Shuswap de la bande d'Alkali Lake.

Selon moi, il est évident à la lecture de la preuve que le fait de se livrer à la pêche et à la chasse pour se nourrir et pour répondre à d'autres besoins donne sens et substance à la vie de chacun des membres de la bande d'Alkali Lake. Ces activités sont au coeur même de leur existence et de leur être.

J'estime qu'une distinction peut être faite entre la présente espèce et l'arrêt *Kruger et Manuel c. La Reine* (1977), 34 C.C.C. (2d) 377, 75 D.L.R. (3d) 434, [1978] 1 R.C.S. 104, parce qu'ici l'appelant a produit des éléments de preuve qui, me semble-t-il, établissent que la *Wildlife Act*, en tant qu'elle s'applique à la chasse pour se nourrir, porte atteinte au statut et aux droits des membres de la bande d'Alkali Lake et, partant, franchit la ligne de démarcation entre les lois d'application générale et les autres lois.

Puis, avant de conclure, le juge Lambert écrit, à la p. 495:

[TRADUCTION] J'ajouterais d'ailleurs que, si les faits de la présente espèce ne placent pas la chasse au cerf au coeur de la quiddité indienne, à supposer que cela existe, ou dans les limites du statut et des droits de la bande d'Alkali Lake, il est difficile de concevoir dans quelles circonstances ce serait le cas.

Dans l'arrêt *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, à la p. 706, il a déjà été établi que, indépendamment de tout élément de preuve, les lois provinciales en matière de chasse ne visent pas les Indiens en tant qu'Indiens. Dans la présente instance, il y a amplement de preuve à l'appui des conclusions du juge Lambert selon lesquelles la *Wildlife Act* porte atteinte à la quiddité indienne de la bande d'Alkali Lake, mais aussi à l'appui des conclusions contraires des cours d'instance inférieure.

Je suis prêt à tenir pour acquis, sans toutefois me prononcer sur la question, que le juge Lambert a eu raison sur ce point et que l'argument de l'appelant portant sur la première question est bien fondé.

J'avoue que je suis conforté dans cette position par les observations du juge Lambert à la p. 493:

The question of whether provincial legislation affects Indians as Indians, or Indians in their Indianness, to put it another way, is at the root of both arguments that I have considered in this appeal. I think it is worth adding that I have derived some sense of the nature of Indianness from the fact that the Indians in Alberta, Saskatchewan and Manitoba have the right to hunt and fish for food at all seasons of the year (see the Natural Resources Agreements and the *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1970, Appendix No. 25), and the treaty Indians in British Columbia also have that right: see *R. v. White and Bob* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 *n.*, [1965] S.C.R. vi. I think that those rights are characteristic of Indianness, at least for those Indians, and if for those Indians, why not for the Alkali Lake Band of the Shuswap people?

On the basis of this assumption and subject to the question of referential incorporation which will be dealt with in the next chapter, it follows that the *Wildlife Act* could not apply to the appellant *ex proprio vigore*, and, in order to preserve its constitutionality, it would be necessary to read it down to prevent its applying to appellant in the circumstances of this case.

IV The second issue

In holding that the tests adopted by this Court in *Kruger* to determine whether a law is one of general application are the same tests which should be applied to determine whether the application of the *Wildlife Act* to appellant would regulate him in his Indianness, Lambert J.A. fell into error, in my respectful opinion. And this error resulted from a misapprehension of what was decided in *Kruger* as to the nature of a law of general application.

The tests which Lambert J.A. applied in reviewing the evidence in his above quoted reasons are perfectly suitable to determine whether the application of the *Wildlife Act* to the appellant would have the effect of regulating him *qua* Indian, with the consequential necessity of a reading down if it did; but, apart from legislative intent and colourability, they have nothing to do with the question whether the *Wildlife Act* is a law of general application. On the contrary, it is precisely

[TRADUCTION] La question de savoir si une loi provinciale touche les Indiens en tant qu'Indiens ou, en d'autres termes, dans leur quiddité indienne, sous-tend les deux arguments que j'ai examinés dans le cadre de cet appel. Il y a lieu, je crois, d'ajouter que j'ai pu dans une certaine mesure saisir ce qu'est la quiddité indienne en constatant que les Indiens de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba ont le droit de se livrer pendant toute l'année à la chasse et à la pêche pour se nourrir (voir les Conventions relatives aux ressources naturelles et la *Loi constitutionnelle de 1930*, S.R.C. 1970, Appendice nº 25), et que les Indiens de la Colombie-Britannique qui sont visés par un traité jouissent du même droit: voir la décision *R. v. White and Bob* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 *n.*, [1965] R.C.S. vi. Or, j'estime que ces droits définissent la quiddité indienne, du moins dans le cas de ces Indiens-là, et, cela étant, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les Shuswap de la bande d'Alkali Lake?

Si l'on part de cette supposition, il s'ensuit que, sous réserve de la question de l'incorporation par renvoi qui sera abordée dans la rubrique suivante, la *Wildlife Act* ne saurait s'appliquer à l'appelant *ex proprio vigore*, et que, pour en préserver la constitutionnalité, il serait nécessaire de lui donner une interprétation atténuée de manière qu'elle ne s'applique pas à l'appelant dans les circonstances de la présente affaire.

IV La deuxième question

À mon respectueux avis, le juge Lambert a commis une erreur en concluant que les critères que cette Cour a adoptés dans l'arrêt *Kruger* pour décider si une loi donnée est d'application générale doivent également servir à déterminer si l'application de la *Wildlife Act* à l'appelant toucherait ce dernier dans sa quiddité. Cette erreur découle d'une mauvaise interprétation de ce qui a été établi dans l'arrêt *Kruger* quant à la nature d'une loi d'application générale.

Les critères qu'a appliqués le juge Lambert en examinant la preuve dans ses motifs déjà cités conviennent parfaitement lorsqu'il s'agit de déterminer si l'application de la *Wildlife Act* à l'appelant aurait pour effet de le toucher en tant qu'Indien, auquel cas il serait nécessaire de donner à la Loi une interprétation atténuée; mais, mis à part l'intention du législateur et la doctrine de la législation déguisée, ces critères n'ont rien à voir avec la question de savoir si la *Wildlife Act* est une loi

because the *Wildlife Act* is a law of general application that it would have to be read down were it not for s. 88 of the *Indian Act*. If the special impact of the *Wildlife Act* on Indians had been the very result contemplated by the Legislature and pursued by it as a matter of policy, the Act could not be read down because it would be in relation to Indians and clearly *ultra vires*.

The *Wildlife Act* does not differ in this respect from a great many provincial labour laws which are couched in general terms and which, taken literally, would apply to federal works and undertakings. So to apply them however would make them regulate such works and undertaking under some essentially federal aspects. They are accordingly read down so as not to apply to federal works and undertakings: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178. But it has never been suggested, so far as I know, that, by the same token, those provincial labour laws cease to be laws of general application.

In his reasons for judgment, Lambert J.A. relied on two passages of *Kruger* which he quoted and commented. The first passage is to be found at p. 110 of the Supreme Court Reports:

> If the law does extend uniformly throughout the jurisdiction the intention and effects of the enactment need to be considered. The law must not be "in relation to" one class of citizens in object and purpose. But the fact that a law may have graver consequence to one person than to another does not, on that account alone, make the law other than one of general application. There are few laws which have a uniform impact. The line is crossed, however, when an enactment, though in relation to another matter, by its effect, impairs the status or capacity of a particular group.

d'application générale. Au contraire, c'est précisément en raison de son application générale que la *Wildlife Act* devrait, si ce n'était de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, recevoir une interprétation atténuée. Si l'effet spécial de la *Wildlife Act* sur les Indiens avait été exactement ce qu'envisageait le législateur et ce vers quoi elle tendait de par ses principes directeurs, on n'aurait pas pu lui donner une interprétation atténuée parce qu'il se serait agi d'une loi relative aux Indiens et, partant, manifestement inconstitutionnelle.

À cet égard, la *Wildlife Act* n'est pas différente d'un bon nombre de lois provinciales en matière de droit du travail qui sont rédigées en des termes généraux et qui, si elles étaient interprétées littéralement, viseraient les entreprises et les ouvrages fédéraux. Mais, ainsi appliquées, elles auraient pour effet de réglementer ces entreprises et ouvrages sous des aspects essentiellement fédéraux. Par conséquent, on leur donne une interprétation atténuée de manière à y faire échapper les entreprises et les ouvrages fédéraux: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Letter Carriers' Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 R.C.S. 178. Mais, à ma connaissance, on n'a jamais dit que ces lois provinciales en matière de droit du travail cessent pour autant d'être des lois d'application générale.

Dans ses motifs de jugement, le juge Lambert s'est appuyé sur deux passages tirés de l'arrêt *Kruger*, qu'il a cités et commentés. Le premier de ces passages se trouve à la p. 110 du Recueil des arrêts de la Cour suprême:

> Par contre si la loi a une portée uniforme sur tout le territoire, il faut en étudier le but et les effets. L'objet et l'intention de la loi ne doivent pas être «relatifs à» un groupe de citoyens. Mais le fait qu'elle soit plus lourde de conséquences à l'égard d'une personne que d'une autre ne l'empêche pas, pour autant, d'être une loi d'application générale. Très peu de lois ont des effets uniformes. On franchit la frontière lorsqu'un texte législatif, bien que traitant d'un autre sujet, a pour effet de porter atteinte au statut ou aux droits d'un groupe particulier.

The second passage of *Kruger* quoted by Lambert J.A. is at p. 112 of the Supreme Court Reports:

> Game conservation laws have as their policy the maintenance of wildlife resources. It might be argued that without some conservation measures the ability of Indians or others to hunt for food would become a moot issue in consequence of the destruction of the resource. The presumption is for the validity of a legislative enactment and in this case the presumption has to mean that in the absence of evidence to the contrary the measures taken by the British Columbia Legislature were taken to maintain an effective resource in the Province for its citizens and not to oppose the interests of conservationists and Indians in such a way as to favour the claims of the former. If, of course, it can be shown in future litigation that the Province has acted in such a way as to oppose conservation and Indian claims to the detriment of the latter—to "preserve moose before Indians" in the words of Gordon J.A. in *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247—it might very well be concluded that the effect of the legislation is to cross the line demarking laws of general application from other enactments. It would have to be shown that the policy of such an Act was to impair the status and capacities of Indians. Were that so, s. 88 would not operate to make the Act applicable to Indians. But that has not been done here and in the absence of clear evidence the Court cannot so presume.

Lambert J.A. then emphasized the importance of the effect of the legislation as opposed to its purpose. At page 489 of his reasons he wrote:

> . . . evidence about the motives of individual members of the Legislature or even about the more abstract "intention of the legislature" or "legislative purpose of the enactment" is not relevant. What is relevant is evidence about the effect of the legislation. In fact, evidence about its "application".

With all due deference, it seems to me that the correct view is the reverse one and that what Dickson J., as he then was, referred to in *Kruger* when he mentioned laws which had crossed the line of general application were laws which, either overtly or colourably, single out Indians for special treatment and impair their status as Indians. Effect and intent are both relevant. Effect can evidence intent. But in order to determine whether a law is not one of general application, the intent,

Le second passage que cite le juge Lambert se trouve à la p. 112:

> Les lois sur la conservation de la faune ont pour but la protection du gibier. On peut soutenir que sans mesure de protection, l'anéantissement de la faune rendrait théorique la question du droit des Indiens ou d'autres personnes de chasser pour se nourrir. Il faut présumer que le texte législatif en cause est valide. En l'espèce, cela signifie qu'en l'absence d'une preuve à l'effet contraire, il faut aussi présumer que les mesures adoptées par la Législature de la Colombie-Britannique ont pour but la protection efficace de la faune de la province, pour ses habitants, et ne visent pas à opposer les intérêts des écologistes à ceux des Indiens en favorisant les revendications des premiers. Bien sûr, si dans le cadre d'un autre litige, on démontre que la Province a favorisé la protection de la faune par rapport aux revendications des Indiens — pour [TRADUCTION] «protéger l'orignal avant l'Indien» selon les mots du juge d'appel Gordon dans *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247 — il est fort possible que le tribunal décide alors que la législation franchit la frontière qui sépare les lois d'application générale des autres. Il faudrait dans ce cas prouver que l'objet d'une telle loi est de porter atteinte au statut et aux droits des Indiens. Dans ce cas, l'art. 88 n'aurait pas l'effet de rendre cette loi applicable aux Indiens. Cependant, ce n'est pas le cas en l'espèce et en l'absence d'une preuve manifeste, la Cour ne peut présumer qu'il en est ainsi.

Le juge Lambert a ensuite souligné l'importance de l'effet, par opposition à l'objet, de la législation. À la page 489 de ses motifs, on trouve le passage suivant:

> [TRADUCTION] . . . est dénuée de pertinence toute preuve quant aux motifs de chaque député ou, plus abstraitement, quant à «l'intention du législateur» ou à «l'objet de la loi». La seule preuve pertinente est celle concernant l'effet de la législation, c.-à-d. la preuve relative à son «application».

Avec égards, il me semble que c'est le point de vue contraire qui est le bon et que, lorsque le juge Dickson, maintenant Juge en chef, parlait dans l'arrêt *Kruger* de lois qui avaient franchi la frontière de l'application générale, il visait celles qui, directement ou indirectement, portent atteinte au statut des Indiens en leur réservant un traitement spécial. L'effet et l'intention sont tous les deux pertinents. L'effet peut constituer une preuve de l'intention. Mais, en déterminant s'il ne s'agit pas

purpose or policy of the legislation can certainly not be ignored: they form an essential ingredient of a law which discriminates between various classes of persons, as opposed to a law of general application. This in my view is what Dickson J. meant when in the above quoted passage, he wrote:

> It would have to be shown that the policy of such an Act was to impair the status and capacities of Indians.

I am reinforced in this view by the fact that at p. 113, Dickson J. quoted with approval the following passage of Davey J.A. in *R. v. White and Bob* (1965), 52 W.W.R. 193, at p. 198:

> Secs. 8 and 15 of the *Game Act* specifically exempt Indians from the operation of certain provisions of the Act, and from that I think it clear that the other provisions are intended to be of general application and to include Indians. If these general sections are sufficiently clear to show an intention to abrogate or qualify the contractual rights of hunting notoriously reserved to Indians by agreements such as Ex. 8, they would, in my opinion, fail in that purpose because that would be legislation in relation to Indians that falls within parliament's exclusive legislative authority under sec. 91(24) of the *B.N.A. Act, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3, and also because that would conflict with sec. 87 of the *Indian Act* passed under that authority.

I am further confirmed in this view by one of the examples chosen by Dickson J. to illustrate, with an analogy, when a law is not one of general application. At page 110, he mentioned the case of *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, where Ontario, Manitoba and Saskatchewan statutory provisions were held *ultra vires* so far as they paralysed the status and capacities of federal companies. Those provisions generally discriminated between provincially incorporated companies and extra-provincial companies including federal ones. They were clearly not laws of general application and on that ground they were *prima facie* suspicious from a constitutional point of view. I find it significant that Dickson J. abstained from referring to another "company case", that of *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260, where two

d'une loi d'application générale, on ne peut certainement pas faire abstraction de l'intention, de l'objet ou des principes directeurs qui la sous-tendent; il s'agit là de composantes essentielles d'une loi qui fait des distinctions entre différentes catégories de personnes, par opposition à une loi d'application générale. Selon moi, c'est ce qu'avait à l'esprit le juge Dickson lorsqu'il a dit dans le passage précité:

> Il faudrait dans ce cas prouver que l'objet d'une telle loi est de porter atteinte au statut et aux droits des Indiens.

Mon opinion est renforcée par le fait que, à la p. 113, le juge Dickson exprime son approbation du passage suivant tiré des motifs du juge Davey de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. White and Bob* (1965), 52 W.W.R. 193, à la p. 198:

> [TRADUCTION] Les articles 8 et 15 de la *Game Act* excluent expressément les Indiens de l'application de certaines dispositions de la Loi et j'en conclus que manifestement, les autres dispositions de la Loi sont d'application générale et incluent les Indiens. Si ces dispositions générales révèlent clairement une intention d'abroger ou de restreindre les droits de chasse conventionnels reconnus aux Indiens dans des ententes comme la pièce 8, elles sont, à mon avis, invalides à cet égard car il s'agirait alors d'une loi relative aux Indiens, relevant des pouvoirs législatifs exclusifs du Parlement en vertu de l'art. 91(24) de l'*A.A.N.B. de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3, et contrevenant en outre à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* adopté en conformité de ces pouvoirs.

Je suis conforté davantage dans mon point de vue par l'un des exemples choisis par le juge Dickson pour illustrer, par analogie, un cas où il ne s'agit pas d'une loi d'application générale. À la page 110, il fait mention de l'arrêt *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, dans lequel des dispositions législatives de l'Ontario, du Manitoba et de la Saskatchewan ont été jugées inconstitutionnelles dans la mesure où elles portaient atteinte au statut et aux droits de sociétés constituées en vertu de la loi fédérale. D'une manière générale, les textes en cause accordaient aux sociétés constituées sous le régime de la loi provinciale un traitement différent de celui accordé aux autres sociétés, y compris celles constituées sous le régime de la loi fédérale. Comme il ne s'agissait manifestement pas de lois d'application générale, elles étaient à première vue suspec-

Manitoba statutes prohibiting companies from selling their own shares within the province without the consent of a provincial commissioner or board were held not to apply to federal companies. Unlike the provisions considered in the *Great West Saddlery Co.* case, these two Manitoba statutes were clearly laws of general application and they were in fact "read down" although this is not what was explicitly said since the expression does not seem to have then been in use and the case was a reference stating a specific constitutional question.

Reference should also be made to a later "company case", *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, where it was held, *inter alia* that ss. 113 and 114 of *The Securities Act* of Ontario, R.S.O. 1970, c. 426, applied to federally incorporated companies. Dickson J. as he then was, delivered the reasons of the majority. (But there was no division on this point.) At page 183 Dickson J. wrote:

> It is well established that the provinces have the power, as a matter of property and civil rights, to regulate the trade in corporate securities in the province, provided the statute does not single out federal companies for special treatment or discriminate against them in any way. There must be no impairment of status or of the essential power to raise capital for corporate purpose. But federal incorporation does not render a company immune from securities regulation of general application in a province.

It has already been held in *Kruger* that on its face, and in form, the *Wildlife Act* is a law of general application. In the previous chapter, I have assumed that its application to appellant would have the effect of regulating the latter *qua* Indian. However, it has not been demonstrated, in my

tes sur le plan constitutionnel. À mon avis, il est digne de remarque que le juge Dickson a passé sous silence un autre «arrêt relatif aux compagnies», savoir *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260, dans lequel il a été décidé que les sociétés constituées sous le régime de la loi fédérale échappaient à deux lois manitobaines interdisant aux sociétés de vendre leurs propres actions dans la province sans avoir obtenu le consentement d'un commissaire ou d'une commission provinciale. À la différence des textes en cause dans l'arrêt *Great West Saddlery Co.*, ces deux lois manitobaines étaient manifestement d'application générale. En fait, elles ont reçu une «interprétation atténuée», bien qu'on ne l'ait pas dit explicitement parce que l'expression ne semble pas avoir été courante à l'époque et parce qu'il s'agissait d'un renvoi portant sur une question constitutionnelle précise.

Il convient de mentionner en outre un arrêt plus récent «relatif aux compagnies», *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, dans lequel on a conclu notamment que les art. 113 et 114 de *The Securities Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 426, s'appliquent aux sociétés constituées sous le régime de la loi fédérale. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a rédigé les motifs de la majorité. À la page 183, et sur ce point il n'y a pas eu de dissidence, le juge Dickson a écrit:

> Il est bien établi que les provinces ont le pouvoir, en matière de propriété et de droits civils, de réglementer le commerce des actions des compagnies dans la province, pourvu que la loi ne distingue pas les compagnies constituées en vertu d'une loi fédérale en prévoyant à leur égard des mesures particulières ou discriminatoires. On ne doit pas porter atteinte au statut de la compagnie ni au pouvoir essentiel de réunir des fonds aux fins de la compagnie. Mais la constitution d'une compagnie en vertu de la loi fédérale n'immunise pas la compagnie contre les règlements provinciaux d'application générale relatifs aux valeurs mobilières.

Dans l'arrêt *Kruger*, il a déjà été établi que, selon la forme et les apparences, la *Wildlife Act* est une loi d'application générale. Sous la rubrique précédente, j'ai tenu pour acquis que son application à l'appelant toucherait celui-ci en tant qu'Indien. J'estime toutefois qu'on n'a pas prouvé que

view, that this particular impact has been intended by the provincial legislator. While it is assumed that the *Wildlife Act* impairs the status or capacity of appellant, it has not been established that the legislative policy of the *Wildlife Act* singles out Indians for special treatment or discriminates against them in any way.

I accordingly conclude that the *Wildlife Act* is a law of general application within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*.

It remains to decide whether the *Wildlife Act* has been referentially incorporated to federal laws by s. 88 of the *Indian Act*.

In *Kruger*, Dickson J. wrote at p. 115:

> There is in the legal literature a juridical controversy respecting whether s. 88 referentially incorporates provincial laws of general application or whether such laws apply to Indians *ex proprio vigore*. The issue was considered by this Court in *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare* (1975), 60 D.L.R. (3d) 148, [1976] 2 S.C.R. 751.

This controversy has so far remained unresolved in this Court.

I believe that a distinction should be drawn between two categories of provincial laws. There are, on the one hand, provincial laws which can be applied to Indians without touching their Indianness, like traffic legislation; there are on the other hand, provincial laws which cannot apply to Indians without regulating them *qua* Indians.

Laws of the first category, in my opinion, continue to apply to Indians *ex proprio vigore* as they always did before the enactment of s. 88 in 1951—then numbered s. 87 (1951 (Can.), c. 29)—and quite apart from s. 88. (*Vide R. v. Hill* (1908), 15 O.L.R. 406, where an Indian was convicted of unlawful practice of medecine contrary to a provincial medical act, and *R. v. Martin* (1917), 41 O.L.R. 79, where an Indian was convicted of unlawful possession of intoxicating liquor, contrary to a provincial temperance act.)

c'était là l'intention du législateur provincial. Malgré la supposition que la *Wildlife Act* porte atteinte au statut ou aux droits de l'appelant, il n'a pas été démontré que cette loi réserve aux Indiens un traitement spécial où qu'elle soit de quelque manière discriminatoire à leur égard.

En conséquence, je conclus que la *Wildlife Act* est une loi d'application générale au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Reste donc à déterminer si la *Wildlife Act* a été incorporée par renvoi dans la législation fédérale par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Dans l'arrêt *Kruger*, le juge Dickson dit, à la p. 115:

> Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine une controverse juridique quant à savoir si l'art. 88 introduit par renvoi les lois provinciales d'application générale ou si ces lois s'appliquent aux Indiens *ex proprio vigore*. Cette Cour a étudié la question dans l'arrêt *Les parents naturels c. Superintendent of Child Welfare* (1975), 60 D.L.R. (3d) 148, [1976] 2 R.C.S. 751.

Jusqu'à présent la controverse n'a pas été tranchée en cette Cour.

Je crois qu'il faut différencier deux catégories de lois provinciales. Il y a d'une part les lois provinciales qui peuvent être appliquées aux Indiens sans qu'il soit porté atteinte à leur quiddité indienne, telles les lois régissant la circulation routière. Il y a d'autre part les lois provinciales qui ne peuvent pas s'appliquer aux Indiens sans les toucher en tant qu'Indiens.

Selon moi, les lois qui tombent dans la première catégorie continuent à s'appliquer aux Indiens *ex proprio vigore*, comme cela avait toujours été le cas avant l'adoption de l'art. 88, que l'on trouve à 1951 (Can.), chap. 29, sous l'art. 87, et indépendamment de cet article. (Voir l'affaire *R. v. Hill* (1908), 15 O.L.R. 406, dans laquelle un Indien a été reconnu coupable de l'exercice illégal de la médecine contrairement à une loi provinciale en matière médicale, et l'affaire *R. v. Martin* (1917), 41 O.L.R. 79, dans laquelle un Indien a été déclaré coupable de la possession de spiritueux contrairement à une loi provinciale en matière de tempérance.)

I have come to the view that it is to the laws of the second category that s. 88 refers. I agree with what Laskin C.J. wrote in *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, at p. 763:

When s. 88 refers to "all laws of general application from time to time in force in any province" it cannot be assumed to have legislated a nullity but, rather, to have in mind provincial legislation which, *per se*, would not apply to Indians under the *Indian Act* unless given force by federal reference.

I am fully aware of the contention that it is enough to give force to the several opening provisions of s. 88, which, respectively, make the "provincial" reference subject to the terms of any treaty and any other federal Act and subject also to inconsistency with the *Indian Act* and orders, rules, regulations or by-laws thereunder. That contention would have it that s. 88 is otherwise declaratory. On this view, however, it is wholly declaratory save perhaps in its reference to "the terms of any treaty", a strange reason, in my view, to explain all the other provisions of s. 88. I think too that the concluding words of s. 88, "except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act" indicate clearly that Parliament is indeed effecting incorporation by reference.

I also adopt the suggestion expressed by Professor Lysyk, as he then was, *op. cit.*, at p. 552:

Provincial laws of general application will extend to Indians whether on or off reserves. It has been suggested that the constitution permits this result without the assistance of section 87 of the Indian Act, and that the only significant result of that section is, by expressly embracing *all* laws of general application (subject to the exceptions stated in the section), to contemplate extension of particular laws which otherwise might have been held to be so intimately bound up with the essential capacities and rights inherent in Indian status as to have otherwise required a conclusion that the provincial legislation amounted to an inadmissible encroachment upon section 91(24) of the British North America Act.

The word "all" in s. 88 is telling but, as was noticed by the late Chief Justice, the concluding words of s. 88 are practically decisive: it would not be open to Parliament in my view to make the

Or, je suis arrivé à la conclusion que l'art. 88 vise les lois relevant de la seconde catégorie. Je partage l'avis exprimé par le juge en chef Laskin à la p. 763 de l'arrêt *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751:

Lorsque l'art. 88 parle de «toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province», on ne peut présumer qu'il se reporte à des lois sans effet, mais plutôt à des lois provinciales qui, en tant que telles, sont inapplicables aux Indiens aux termes de la *Loi sur les Indiens* à moins qu'un renvoi fédéral ne décrète le contraire.

Je n'ignore pas la prétention selon laquelle il suffit de donner effet aux dispositions initiales de l'art. 88 qui subordonnent le renvoi «provincial» aux dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale et à l'incompatibilité avec la *Loi sur les Indiens* ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime. Selon cette prétention, l'art. 88 serait pour le surplus déclaratoire, et même entièrement, sauf peut-être lorsqu'il parle «des dispositions de quelque traité». À mon avis, ce serait une explication étrange des autres dispositions de l'art. 88. J'estime également que la fin de l'art. 88, «sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant», dénote clairement l'intention du Parlement d'effectuer l'incorporation par renvoi.

De plus, je retiens la suggestion formulée par le professeur Lysyk (c'était alors son titre), *op. cit.*, à la p. 552:

[TRADUCTION] Les lois provinciales d'application générale visent tous les Indiens, qu'ils se trouvent ou non dans des réserves. D'aucuns prétendent que la Constitution autorise ce résultat indépendamment de l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* et que cet article n'est notable que par le fait qu'il englobe expressément *toutes* les lois d'application générale (sous réserve des exceptions prévues par l'article lui-même), de manière à étendre la portée de certaines lois qui, sans cela, pourraient être considérées comme si intimement liées aux pouvoirs et devoirs essentiels inhérents au statut d'Indien qu'elles mènent irrésistiblement à la conclusion que la législation provinciale constitue un empiétement inadmissible sur le par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Le mot «toutes» à l'art. 88 est lourd de conséquences, mais, comme l'a fait remarquer le regretté juge en chef Laskin, ce sont les derniers mots de cet article qui, du point de vue pratique,

Indian Act paramount over provincial laws simply because the *Indian Act* occupied the field. Operational conflict would be required to this end. But Parliament could validly provide for any type of paramountcy of the *Indian Act* over other provisions which it alone could enact, referentially or otherwise. (It is true that the paramountcy doctrine may not have been as precise in 1951 as it has become, at a later date, but it is desirable to adopt a construction of s. 88 which accords with established constitutional principles.)

In a supplementary factum, appellant argues that a prospective incorporation into the *Indian Act* of future provincial laws which would regulate the appellant *qua* Indian, involves interdelegation of powers of a type held unconstitutional in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31. In my opinion *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137, and *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, provide a complete answer to this objection.

I accordingly conclude that, in view of s. 88 of the *Indian Act*, the *Wildlife Act* applies to appellant even if, as I have assumed, it has the effect of regulating him *qua* Indian.

V The third issue

I entertain grave doubts as to whether the first two issues on which an appeal was taken to the Court of Appeal were founded "on any ground that involves a question of law alone".

The first issue was whether the *Wildlife Act* affects appellant *qua* Indian. The same issue arose on an alternative basis in *R. v. Jack and Charlie* (1982), 139 D.L.R. (3d) 25 and, at p. 41, Craig J.A. like Macdonald J.A., and, semble, also like Seaton J.A. in the case at bar, held that it did not involve a question of law alone. It does not appear possible to resolve that issue without weighing the abundant evidence adduced by the parties. To quote Dickson J., as he then was, speaking for the

sont décisifs: à mon avis, ce n'est pas parce que la *Loi sur les Indiens* occupe déjà le domaine que le législateur fédéral pourrait invoquer la prépondérance de celle-ci sur les lois provinciales. Il faudrait à cet égard un conflit d'application. Toutefois, le législateur fédéral pourrait légitimement prévoir la prépondérance de la *Loi sur les Indiens* sur d'autres dispositions que lui seul est en mesure d'adopter, que ce soit par renvoi ou de quelque autre manière. Il se peut bien que la doctrine de la prépondérance ait été moins précise en 1951 qu'elle ne l'est devenue, mais il est souhaitable d'adopter une interprétation de l'art. 88 qui soit en harmonie avec les principes établis en matière constitutionnelle.

Dans un mémoire supplémentaire, l'appelant fait valoir que l'incorporation dans la *Loi sur les Indiens* de lois provinciales futures qui s'appliqueraient à l'appelant en tant qu'Indien, constituerait une interdélégation de pouvoirs d'un type jugé inconstitutionnel dans l'arrêt *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31. À mon avis, cet argument est réfuté par les arrêts *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] R.C.S. 137, et *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569.

Par conséquent, je conclus que, compte tenu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, la *Wildlife Act* s'applique à l'appelant, même si, comme je l'ai supposé, elle le touche en tant qu'Indien.

V La troisième question

Je suis loin d'être certain que les deux premiers moyens invoqués en Cour d'appel soulevaient des questions «de droit seulement».

La première question était de savoir si la *Wildlife Act* touche l'appelant en tant qu'Indien. La même question a été soulevée subsidiairement dans l'affaire *R. v. Jack and Charlie* (1982), 139 D.L.R. (3d) 25, et, à la p. 41, le juge Craig de la Cour d'appel, tout comme le juge Macdonald et aussi, semble-t-il, le juge Seaton en l'espèce, a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une question de droit seulement. Il paraît impossible de trancher cette première question sans avoir procédé à l'exa-

majority in *Poitras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649 at p. 653, it does seem to be a question which

> . . . can be asked, and answered, without reference to the detail of the particular case.

The first issue would appear to raise a question of mixed law and fact.

The second issue comprises two questions namely whether the *Wildlife Act* is a law of general application and whether s. 88 of the *Indian Act* referentially incorporates provincial laws of general application. The second question is probably one of law alone but it constitutes only one half of the problem. The other half cannot be resolved without a consideration of whether it has been established that, in enacting the *Wildlife Act*, the legislator intended to single out Indians for special treatment, again a matter of evidence, at least in part.

Even the constitutional question, referring as it does to "the circumstances of this case", sounds like a question of mixed law and fact, which is not unusual for constitutional questions: see for instance *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733.

The matter is further complicated by s. 41(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 and amendments, which must be read in the context of s. 41(1):

> **41.** (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other

men de la preuve abondante produite par les parties. Comme l'a dit le juge Dickson, maintenant Juge en chef, parlant au nom de la majorité dans l'arrêt *Poitras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649, à la p. 653, il me semble bien que l'on

> . . . peut poser cette question, et y répondre, sans se reporter aux détails de l'affaire.

La première question paraît être une question mixte de fait et de droit.

La deuxième question comporte deux volets. Le premier volet est de savoir si la *Wildlife Act* est une loi d'application générale et le second, si l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* opère l'incorporation par renvoi de lois provinciales d'application générale. Ce second volet est probablement une question de droit seulement, mais il ne représente que la moitié du problème. L'autre moitié ne peut être résolue indépendamment d'un examen de la question de savoir s'il a été établi que, par l'adoption de la *Wildlife Act*, le législateur a visé à réserver aux Indiens un traitement spécial, ce qui est aussi une question de preuve, du moins en partie.

Même la question constitutionnelle, qui parle des «circonstances de cette affaire», a tout l'air d'une question mixte de fait et de droit, chose qui n'est guère inusitée dans le cas des questions constitutionnelles: voir, par exemple, l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733.

Le paragraphe 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, qui est à rapprocher du par. 41(1), complique l'affaire davantage. Ces deux paragraphes sont ainsi conçus:

> **41.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel

reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

. . .

(3) No appeal to the Supreme Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

If the issues on which the appeal was taken to the Court of Appeal do not involve questions of law alone, it is arguable that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in entertaining the appeal, in which case we could have granted leave to appeal on this question of jurisdiction, while being precluded from reviewing the merits. But since the Court of Appeal and the County Court have reached the same result, it becomes unnecessary to decide whether the Court of Appeal has exceeded its jurisdiction.

It may seem anomalous that this Court and even a Court of Appeal be cut off from a constitutional question of some importance, but it is not unheard of: thus, *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, *supra*, was a reference ordered because, in that case, no appeal lay to this Court from a decision of the Saskatchewan Court of Appeal.

These doubts, I would have to resolve if I thought that, on the merits, the appeal should succeed. But since I have reached the conclusion that the appeal should be dismissed in any event, I believe I can leave my doubts unresolved.

VI The constitutional question

I would answer the constitutional question as follows:

Sections 3(1) and 8(1) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, c. 433, being laws of general application in the Province of British Columbia, are applicable to the appellant either by referential incorporation under s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, or of their own force.

de ce jugement.

. . .

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Si les moyens soulevés en Cour d'appel ne sont pas des questions de droit seulement, on peut soutenir que la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en entendant l'appel, auquel cas il nous aurait été possible d'accorder l'autorisation de pourvoi sur cette question de compétence, mais nous n'aurions pu à ce moment-là étudier le fond du litige. Toutefois, puisque la Cour d'appel et la Cour de comté sont arrivées à la même conclusion, point n'est besoin de déterminer si la Cour d'appel a excédé sa compétence.

Quoiqu'il puisse paraître anormal que cette Cour ou même une cour d'appel soit incompétente pour statuer sur une question constitutionnelle assez importante, cela n'est pas inouï. Dans *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, précité, par exemple, un renvoi avait été ordonné parce que, dans cette affaire, aucun pourvoi ne pouvait être interjeté devant cette Cour d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan.

Or, il faudrait que je dissipe ces doutes si je croyais qu'il y avait lieu d'accueillir le pourvoi sur le fond. Ayant conclu cependant que le pourvoi doit en tout état de cause être rejeté, j'estime que je peux les laisser subsister.

VI La question constitutionnelle

Je suis d'avis de donner à la question constitutionnelle la réponse suivante:

Les paragraphes 3(1) et 8(1) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 433, étant des dispositions d'application générale dans la province de la Colombie-Britannique, s'appliquent à l'appelant soit par suite de l'incorporation par renvoi opérée par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, soit *ex proprio vigore*.

VII Conclusions

I would dismiss the appeal and make no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Arthur Pape, Richard Salter and Edward John, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Peter D. Messner, Mile House.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Robert E. Lutes, Halifax.

VII Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans adjuger de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Arthur Pape, Richard Salter et Edward John, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Peter D. Messner, Mile House.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Robert E. Lutes, Halifax.

Anderson Jack and George Louie Charlie *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17358.

1984: October 29, 30; 1985: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil rights — Freedom of religion — Charge of hunting deer out of season — Raw meat needed for ancient Indian religious ceremony — Whether or not prohibition on hunting interferes with Indians' freedom of religion — Wildlife Act, 1966 (B.C.), c. 55, s. 4(1)(c), now R.S.B.C. 1979, c. 433, s. 3(1)(c).

Indians — Hunting — Closed season — Deer killed for use in religious ceremony — Whether or not prohibition interferes with an essential part of Indian culture — Whether or not Act impairing Indian status and hence inapplicable.

Criminal law — Game laws — Indians charged with hunting in closed season — Meat for use in traditional religious ceremony — Whether or not game laws interfering with essential part of Indian culture — Whether or not these laws impairing Indian status and hence inapplicable.

Appellants, Coast Salish Indians, were charged with hunting deer out of season contrary to the British Columbia *Wildlife Act*. The deer had been killed for use in an ancient religious ceremony involving the burning of raw deer meat. Appellants were convicted at trial and their appeals, first to the County Court and then to the Court of Appeal, were dismissed. At issue is whether or not the *Wildlife Act* was inapplicable in that it interfered with appellants' freedom of religion, and with their aboriginal religion or hunting as a way of life such that it regulated appellants *qua* Indians. The incident occurred before the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

The prohibition of killing deer by the *Wildlife Act* raised no question as to freedom of religion or the

Anderson Jack et George Louie Charlie *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17358.

1984: 29, 30 octobre; 1985: 31 octobre.

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

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

Libertés publiques — Liberté de religion — Inculpation de chasse au cerf hors saison — Cérémonie religieuse indienne ancestrale exigeant de la viande crue — L'interdiction de chasse porte-t-elle atteinte à la liberté de religion des Indiens? — Wildlife Act, 1966 (C.-B.), chap. 55, art. 4(1)c), maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1)c).

Indiens — Chasse — Hors saison — Cerf abattu et destiné à une cérémonie religieuse — L'interdiction porte-t-elle atteinte à un aspect essentiel de la culture indienne? — La Loi porte-t-elle atteinte au statut d'Indien et est-elle donc inapplicable?

Droit criminel — Lois sur la protection de la faune — Indiens accusés d'avoir chassé hors saison — Viande destinée à une cérémonie religieuse traditionnelle — Les lois sur la protection de la faune touchent-elles à un aspect essentiel de la culture indienne? — Ces lois portent-elles atteinte au statut d'Indien et sont-elles donc inapplicables?

Les appelants, des Indiens Salish de la Côte, ont été accusés d'avoir chassé le cerf hors saison en infraction à la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique. Le cerf tué était destiné à une cérémonie religieuse ancestrale au cours de laquelle on brûle de la viande de cerf crue. Les appelants ont été reconnus coupables en première instance et les appels qu'ils ont formés, d'abord à la Cour de comté, puis à la Cour d'appel, ont été rejetés. Il échet d'examiner si la *Wildlife Act* est inapplicable parce qu'elle touche à la liberté de religion des appelants et à leur religion aborigène ou à la chasse, considérée comme un mode de vie, de sorte qu'elle régit les appelants en leur qualité d'Indiens. L'incident s'est produit avant la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'interdiction de chasser le cerf prévue dans la *Wildlife Act* ne soulève aucune question de liberté de religion

practice of an aboriginal religion. Killing the deer itself formed no part of the ceremony and no evidence supported the contention that it was sacrilegious to use other than fresh meat. The intention that the raw deer meat be used for burning in this religious ceremony was the "motive", and as such, was irrelevant to legal responsibility for the commission of the offence, notwithstanding the *bona fides* of the motive itself. The argument that hunting went to the root of Indian culture and that the prohibition against hunting was therefore inapplicable in that it regulated Indians *qua* Indians should be dismissed for reasons given in *Dick v. The Queen*.

Cases Cited

Kruger v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 104; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, followed; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Chabot v. Commissaires d'écoles de Lamorandière*, [1957] Que. Q.B. 707; *Reference re Accurate News and Information Act*, [1938] S.C.R. 100; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. v. Harrold* (1971), 3 C.C.C. (2d) 387; *R. v. Beales*, (unreported, decision No. 760-71, November 1, 1971 (B.C.C.A.)); *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Freedom of Worship Act, R.S.Q. 1941, c. 307.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6.
Wildlife Act, 1966 (B.C.), c. 55, s. 4(1)(*c*), now R.S.B.C. 1979, c. 433, s. 3(1)(c).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 139 D.L.R. (3d) 25, dismissing an appeal from a judgment of Tyrwhitt-Drake Co. Ct. J. (1982), 139 D.L.R. (3d) 25, dismissing an appeal from conviction by Allan P.C.J. (1979), 50 C.C.C. (2d) 337. Appeal dismissed.

Louise Mandell and *Leslie Pinder*, for the appellants.

E. Robert A. Edwards, Q.C., and *R. Nicholas Long*, for the respondent.

ni de religion autochtone. La mise à mort du cerf ne fait pas partie de la cérémonie et il n'y a aucune preuve qu'il ait été sacrilège d'utiliser autre chose que de la viande fraîche. L'intention d'utiliser de la viande de cerf crue et de la brûler au cours de cette cérémonie religieuse était le «mobile» et, en tant que tel, cela n'était pas pertinent quant à la responsabilité juridique liée à la perpétration de l'infraction, si sincère qu'ait été ce motif lui-même. Le moyen de défense, que la chasse constitue le fondement de la culture indienne et que son interdiction est donc inapplicable parce qu'elle régirait les Indiens en leur qualité d'Indiens, doit être rejeté pour les raisons données dans l'arrêt *Dick c. La Reine*.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; arrêts mentionnés: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Chabot v. Commissaires d'écoles de Lamorandière*, [1957] B.R. 707; *Reference re Accurate News and Information Act*, [1938] R.C.S. 100; *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. v. Harrold* (1971), 3 C.C.C. (2d) 387; *R. v. Beales*, (arrêt non publié, nº 760-71, 1er novembre 1971 (C.A.C.-B.)); *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits.
Loi de la liberté des cultes et du bon ordre dans les églises, S.R.Q. 1941, chap. 307.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6.
Wildlife Act, 1966 (C.-B.), chap. 55, art. 4(1)*c*), maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1)c).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 139 D.L.R. (3d) 25, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Tyrwhitt-Drake de la Cour de comté (1982), 139 D.L.R. (3d) 25, qui rejetait l'appel formé contre une déclaration de culpabilité du juge Allan de la Cour provinciale (1979), 50 C.C.C. (2d) 337. Pourvoi rejeté.

Louise Mandell et *Leslie Pinder*, pour les appelants.

E. Robert A. Edwards, c.r., et *R. Nicholas Long*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—

I—The Proceedings

Provincial Court Judge Allan convicted the appellants of hunting and killing a deer at a time not within the open season contrary to s. 4(1)(*c*) of the *Wildlife Act*, 1966 (B.C.), c. 55, now R.S.B.C. 1979, c. 433, s. 3(1)(c), and granted each of them an absolute discharge: *R. v. Jack and Charlie* (1979), 50 C.C.C. (2d) 337. The appellants had also been charged with a count of unlawful possession of wildlife, to wit, a deer, at a time not within the open season but, as indicated by the trial judge at p. 338 of his reasons, just before his judgment was delivered, the Crown elected to proceed with the hunting charge only.

The appellants appealed to the County Court. Tyrwhitt-Drake Co. Ct. J. dismissed their appeal: *R. v. Jack and Charlie* (1982), 139 D.L.R. (3d) 25, at p. 27. The appellants were granted leave to appeal to the British Columbia Court of Appeal but their appeal was dismissed, Hutcheon J.A. dissenting: *R. v. Jack and Charlie*, *supra*, at p. 30.

II—The Facts

For the most part, the facts are not in dispute. They can be read in the judgments of the courts below, all of which have now been reported.

At pages 30-31, Taggart J.A. thus begun the recital of the facts:

The appellants are both members of the Tsartlip Band of Indians and live on the Tsartlip Indian Reserve in Saanich, British Columbia. The Tsartlip Band is one of the bands making up the Coast Salish people. Elizabeth Jack is the wife of the appellant Anderson Jack and the sister of the appellant George Louie Charlie. She was present when her brother shot a deer on Pender Island at a place which is not within an Indian reserve. Anderson Jack helped George Louie Charlie load the dead deer into the trunk of their car. The three then drove to the place where they had been staying on Pender Island and there cleaned and dressed the deer. Later as they were

Version française du jugement de la Cour prononcé par

LE JUGE BEETZ—

I—L'instance

Le juge Allan de la Cour provinciale a reconnu les appelants coupables d'avoir chassé et tué un cerf en dehors de la saison de chasse, en infraction à l'al. 4(1)*c*) de la *Wildlife Act*, 1966 (C.-B.), chap. 55, maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 433, al. 3(1)c) et il a accordé à chacun d'eux une libération inconditionnelle: *R. v. Jack and Charlie* (1979), 50 C.C.C. (2d) 337. Les appelants avaient aussi été accusés de possession illicite de gibier, soit un cerf, alors que la saison de chasse n'était pas ouverte mais, comme l'a indiqué le juge de première instance, à la p. 338 de ses motifs, juste avant que son jugement ne soit prononcé, la poursuite a choisi de ne procéder qu'à l'inculpation de chasse illicite.

Les appelants ont interjeté appel à la Cour de comté. Le juge Tyrwhitt-Drake de la Cour de comté a rejeté leur appel: *R. v. Jack and Charlie* (1982), 139 D.L.R. (3d) 25, à la p. 27. Les appelants ont obtenu autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais leur appel fut rejeté, le juge Hutcheon étant dissident: *R. v. Jack and Charlie*, précité, à la p. 30.

II—Les faits

Pour la plupart, les faits ne sont pas contestés. Ils sont exposés dans les décisions des tribunaux d'instance inférieure, qui toutes ont été publiées.

Aux pages 30 et 31, le juge Taggart de la Cour d'appel commence ainsi l'exposé des faits:

[TRADUCTION] Les appelants sont tous deux membres de la bande indienne Tsartlip et ils vivent sur la réserve indienne Tsartlip à Saanich en Colombie-Britannique. La bande Tsartlip est l'une des bandes du peuple des Salish de la Côte. Elizabeth Jack est la femme de l'appelant Anderson Jack et la sœur de l'appelant George Louie Charlie. Elle était présente lorsque son frère a tué le cerf sur l'île Pender, en dehors d'une réserve indienne. Anderson Jack a aidé George Louie Charlie à charger le cerf mort dans le coffre de leur voiture. Ils se sont alors tous les trois rendus en voiture au lieu où ils s'étaient installés, sur l'île Pender et,

driving to the ferry which would take them to Saanich they were stopped by police officers who found the deer carcass in the trunk of the car.

At page 341, the trial judge said:

The two accused testified they had committed the act in order to help Elizabeth Jack obtain raw deer meat for a burning ceremony for her great-grandfather.

At page 27, the County Court judge wrote:

They freely admitted to the killing and possession; their plea before the provincial court, and here, is one of confession and avoidance. The deer, they contend (and the evidence on this point is accepted in its entirety by the Crown) was killed in preparation for a religious ceremony, in which the meat thereof would be burned to satisfy the requirements of an ancestor by means of a sort of reverse transubstantiation.

The religious ceremony and its meaning were described by several defence witnesses. Here is what Taggart J.A. wrote about this at pp. 31-32:

The religious ceremony was described by witnesses who were members of the Tsartlip Band and by Dr. Barbara Lane. Dr. Lane is an anthropologist who since 1948 has studied the Coast Salish people and especially their religious beliefs and practices. She said that the Coast Salish people were believed to have lived in British Columbia for about 20,000 years. The Coast Salish believe that members of their people who die do not go to another world but that their spirits remain close to where they lived. The belief is that the spirits have the same kinds of needs and desires as living people. Dr. Lane explained the belief in this way:

> They become lonely and want to visit their relatives, they become hungry and want to have the kind of foods that they had before, and they have desires for other things that they've left behind here, and they transmit these desires to their close relatives through dreams and other kinds of experiences, and these needs are satisfied and the desires of the deceased relatives are met by the living providing to them the things that they request.

. . .

rendus là, ils ont nettoyé et apprêté le cerf. Plus tard, comme ils se rendaient au bac qui devait les ramener à Saanich, ils ont été interceptés par des agents de police qui ont découvert la carcasse du cerf dans le coffre de la voiture.

À la page 341, le juge de première instance dit:

[TRADUCTION] Les deux prévenus ont dit dans leur témoignage avoir commis l'acte incriminé pour aider Elizabeth Jack à obtenir de la viande de cerf crue dans le but de la brûler au cours d'une cérémonie en l'honneur de son arrière-grand-père.

À la page 27, le juge de la Cour de comté écrit:

[TRADUCTION] Ils ont librement reconnu avoir tué le cerf et l'avoir eu en leur possession; leur plaidoyer devant la Cour provinciale comme en l'instance est un aveu complexe. Le cerf, soutiennent-ils (et la poursuite a accepté en son entier leur témoignage à cet égard) a été tué en vue d'une cérémonie religieuse au cours de laquelle la viande de celui-ci devait être brûlée pour satisfaire aux exigences d'un ancêtre par une sorte de transsubstantiation inversée.

La cérémonie religieuse et sa signification ont été décrites par plusieurs témoins de la défense. Voici ce que le juge Taggart écrit à ce sujet aux pp. 31 et 32:

[TRADUCTION] La cérémonie religieuse a été décrite par des témoins, membres de la bande Tsartlip, et par M^me^ Barbara Lane. M^me^ Barbara Lane est titulaire d'un doctorat en anthropologie; depuis 1948 elle étudie le peuple Salish de la Côte et tout particulièrement leurs croyances et pratiques religieuses. D'après elle, on croit que les Salish de la Côte vivent en Colombie-Britannique depuis 20 000 ans environ. Les Salish de la Côte croient qu'après la mort ils ne vont pas dans un autre monde, mais que les esprits de leurs morts ne s'éloignent pas des lieux où ils vivaient. Ils croient que les esprits ont les mêmes besoins et désirs que les vivants. M^me^ Lane a expliqué cette croyance comme suit:

> Ils se sentent seuls et veulent aller rendre visite à leurs proches; ils ont faim et veulent manger la nourriture à laquelle ils étaient habitués, et les autres choses qu'ils ont laissé derrière eux leur manquent; ils transmettent ces désirs à leurs proches par des rêves et d'autres formes de visions et ce sont les vivants qui pourvoient à ces besoins et satisfont les désirs de leurs parents décédés en leur fournissant ce qu'ils demandent.

. . .

As I was attempting to suggest earlier, the entire world view of Coast Salish Indian people is quite different from that which those of us who are raised in the Judaeo-Christian tradition have. Coast Salish Indian people perceive of the world as an intimately inter-related phenomenon in which the living and the dead animals and humans, all things are intimately connected and belong together in this place and do not leave it. And the function of burning food for the dead is to carry on the mutual responsibilities and respect that Indian people here try to accord to all of the other parts of the world as they see it. One of the things that always seems to be incomprehensible to Indian people is how the rest of us can pick ourselves up from one part of the world and move to another and abandon and cut themselves off from our dead relatives because they perceive of themselves as being in continuous association with and having ongoing responsibilities to the dead.

Dr. Lane described the practice of serving the spirits of the dead by burning food.

A. Well, this is a very ancient traditional practice among all Coast Salish people and the essence of the ceremony is to provide food for deceased relatives by burning it and the essence of the food, as I understand it, is transmitted through the smoke to the essence of the deceased person.

Dr. Lane said that the practice of burning food for the dead had been described in articles by other anthropologists who had studied the practices of the Coast Salish people.

The religious practices described by Dr. Lane were also spoken of by elders of the Tsartlip Band and by the appellants and Elizabeth Jack. The latter said she had been visited by the spirit of her great grandfather who had asked that she burn raw meat for him. She sought the assistance of her husband and her brother to obtain raw deer meat for the burning ceremony.

There can be no doubt about the sincerity of the appellants' religious beliefs. Here is what the trial judge held on this subject, at pp. 339 and 341:

That evidence was interesting, revealing the religious beliefs and practices of the Coast Salish Indians and of the Saanich people, part of the Coast Salish tribe or culture, to which people the two accused and Mrs. Elizabeth Jack belong, as well as the witnesses for the

Comme j'ai déjà tenté de le montrer, toute la conception du monde du peuple indien Salish de la Côte est fort différente de celle de ceux d'entre nous qui avons été élevés dans la tradition judéo-chrétienne. Le peuple indien Salish de la Côte perçoit le monde comme un phénomène intimement inter-relié dans lequel les vivants et les morts, animaux et humains, toutes choses, sont dans un rapport intime et, ensemble, appartiennent au monde d'ici-bas qu'ils ne quittent pas. Et brûler de la nourriture pour les morts constitue l'accomplissement des responsabilités mutuelles et la marque de respect que le peuple indien d'ici-bas montre envers toutes les autres parties du monde tel qu'ils le conçoivent. Une des choses qui a toujours paru incompréhensible aux Indiens, c'est comment le reste d'entre nous pouvons prétendre quitter une partie du monde pour nous rendre dans une autre, en abandonnant nos parents défunts et en nous coupant d'eux, car ils se perçoivent comme en association perpétuelle avec les morts, dont ils s'estiment en tout temps responsables.

M^me^ Lane a décrit la pratique qui consiste à rendre hommage aux esprits des morts en brûlant de la nourriture.

R. Et bien, c'est-là une pratique traditionnelle très ancienne de l'ensemble du peuple indien Salish de la Côte; essentiellement la cérémonie consiste à fournir de la nourriture aux parents décédés en la brûlant et l'essence de la nourriture, si je comprends bien, est transmise par la fumée à l'essence du défunt.

M^me^ Lane a déclaré que la pratique consistant à brûler de la nourriture pour les morts avait été décrite dans les écrits d'autres anthropologues qui avaient étudié les pratiques du peuple Salish de la Côte.

Les Anciens de la bande Tsartlip ainsi que les appelants et Elizabeth Jack ont aussi parlé des pratiques religieuses décrites par M^me^ Lane. Elizabeth Jack a dit qu'elle avait été visitée par l'esprit de son arrière-grand-père qui lui avait demandé de brûler de la viande crue pour lui. Elle a requis l'aide de son mari et de son frère pour obtenir de la viande de cerf crue pour la cérémonie.

La sincérité des croyances religieuses des appelants ne fait aucun doute. Voici ce que le juge de première instance a conclu à ce sujet, aux pp. 339 et 341:

[TRADUCTION] La preuve produite a été fort intéressante, révélant les croyances et pratiques religieuses des Indiens salish de la Côte et du peuple saanich, qui font parties de la tribu ou de la culture des Salish de la Côte, peuple auquel appartiennent les deux prévenus et M^me^

defence Louie Charlie, David Elliott, Tom Sampson, Samuel Sam, Louie Charlie and Philip Paul. I should also say at the outset that I believe the defence is put forward sincerely by these people and that they are, so far as appears, quite law abiding persons who committed the act rather fearfully, but apparently in the *bona fide* effort to obtain deer meat for a religious ceremony. The impression I obtained from the evidence was that they were fearful of breaking this law, because they are law abiding persons usually.

I must say, also, that I found the elders of the Saanich people impressive. Some of those who spoke in English are very articulate, although they are naturally inclined to use few words, but ingenuously poetic in a manner which obviously springs from deep sincerity.

III—The Defences Offered by the Appellants

The submissions made by counsel for the appellants to this Court appear to have been substantially the same as those made to the courts below. They can be summarized in three propositions:

1. The *Wildlife Act* interferes with the appellants' freedom of religion and ought to be read down so as not to apply to them in the circumstances of this case.
2. In interfering with aboriginal religion, the *Wildlife Act* goes to the root of Indianness, and purports to regulate the appellants *qua* Indians; it accordingly should be held inapplicable to them.
3. Apart from religion, hunting is at the root of the culture and way of life of the Coast Saalish people so that its prohibition attains the appellants *qua* Indians and ought to be held inapplicable to them.

I must observe however that the reading of the reasons given by the courts below does not clearly disclose whether the third proposition was advanced there as distinct from the second one.

More should be also said about the legal basis relied upon for the freedom of religion invoked in the first proposition.

Elizabeth Jack, de même que les témoins de la défense Louie Charlie, David Elliott, Tom Sampson, Samuel Sam, Louie Charlie et Philip Paul. Je m'empresse de dire tout de suite que je crois que ces gens font valoir cette défense en toute sincérité et qu'il s'agit, d'après ce qu'on peut constater, de gens fort respectueux des lois, qui ont commis l'acte incriminé dans la crainte, mais apparemment en cherchant réellement à se procurer de la viande de cerf pour une cérémonie religieuse. Les témoignages m'ont donné l'impression qu'ils craignaient d'avoir à enfreindre cette loi parce qu'il s'agit de gens qui d'habitude respectent les lois.

. . .

Je dois dire aussi que les Anciens du peuple saanich m'ont fait une forte impression. Certains se sont exprimés en anglais avec aisance, bien qu'ils soient naturellement enclins à parler peu, en des termes naïvement poétiques ayant, de toute évidence, tous les accents de la plus profonde sincérité.

III—Les moyens de défense offerts par les appelants

Les arguments qu'ont fait valoir les avocats des appelants devant nous paraissent avoir été, en substance, les mêmes que ceux avancés devant les tribunaux d'instance inférieure. Ils peuvent être résumés en trois propositions:

1. La *Wildlife Act* porte atteinte à la liberté de religion des appelants et devrait être interprétée comme ne s'appliquant pas à eux vu les faits de l'espèce.
2. En portant atteinte à une religion aborigène, la *Wildlife Act* s'attaque au fondement de la quiddité indienne et cherche à réglementer les appelants en tant qu'Indiens; on devrait en conséquence juger qu'elle leur est inapplicable.
3. Mis à part la religion, la chasse est à la base de la culture et du mode de vie du peuple saalish de la Côte, de sorte que son interdiction porte atteinte aux appelants en tant qu'Indiens, et on devrait juger qu'elle leur est inapplicable.

Je dois dire cependant qu'à la lecture des motifs des tribunaux d'instance inférieure, on ne voit pas clairement si la troisième proposition a été avancée séparément de la seconde.

Il y a plus long à dire sur le fondement juridique sur lequel s'appuie la liberté de religion invoquée dans la première proposition.

This basis is not a statutory one such as the *Freedom of Worship Act*, R.S.Q. 1941, c. 307, referred to in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, and in *Chabot v. Commissaires d'écoles de Lamorandière*, [1957] Que. Q.B. 707, 12 D.L.R. (2d) 796; there was no such statutory provision relating to the freedom of worship or religion in force in British Columbia at the time the offence was committed.

This basis is not either a paramount constitutional or quasi-constitutional instrument. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been enacted at the time the offence was committed. As for the *Canadian Bill of Rights*, counsel for the appellants expressly declined to rely upon it on the ground that it applied only to federal legislation whereas the *Wildlife Act* was a provincial statute. The trial judge alludes to this at p. 342 of his reasons. Neither before the trial judge, nor before the other courts below, nor before this Court was it considered whether the *Canadian Bill of Rights* might govern the *Wildlife Act* if the latter Act applied to Indians not *ex proprio vigore* but by referential adoption under s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6.

The legal basis relied upon for the freedom of religion invoked by the appellants, as I understand it, is a fundamental principle of law, recognized by judges such as Rand and Kellock JJ. in the *Saumur* case, *supra*, of the same nature as the freedom of the press also recognized by this Court in the *Reference re Accurate News and Information Act*, [1938] S.C.R. 100, and in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435. This fundamental freedom, while not absolute and subject to some legal restrictions, possesses, it is claimed, a degree of paramountcy over or exempting force from provincial law of general application, provided certain conditions are satisfied in what is called a balancing test. Here is how counsel for the appellants express themselves on this point in their factum:

Ce fondement n'est pas d'ordre législatif, telle la *Loi de la liberté des cultes et du bon ordre dans les églises*, S.R.Q. 1941, chap. 307, citée dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299 et dans l'arrêt *Chabot v. Commissaires d'écoles de Lamorandière*, [1957] B.R. 707; 12 D.L.R. (2d) 796; il n'y avait pas de disposition législative semblable concernant la liberté de culte ou de religion en vigueur en Colombie-Britannique au moment de la perpétration de l'infraction.

Ce fondement n'est ni un instrument constitutionnel prépondérant ni un instrument quasi constitutionnel. La *Charte canadienne des droits et libertés* n'avait pas été adoptée à l'époque de la perpétration de l'infraction. Quant à la *Déclaration canadienne des droits*, les avocats des appelants ont expressément refusé de se fonder sur elle, au motif qu'elle ne s'applique qu'à la législation fédérale alors que la *Wildlife Act* est une loi provinciale. Le juge de première instance fait une allusion à cet égard à la p. 342 de ses motifs. Ni devant le juge de première instance, ni devant les autres tribunaux, ni devant nous, s'est-on demandé si la *Déclaration canadienne des droits* pouvait régir la *Wildlife Act*, si cette dernière loi s'appliquait aux Indiens, non pas *ex proprio vigore*, mais par renvoi en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6.

Le fondement juridique de la liberté de religion qu'invoquent les appelants, si je comprends bien, serait le principe de droit fondamental, reconnu par des juges tels les juges Rand et Kellock dans l'arrêt *Saumur*, précité, de même nature que la liberté de la presse, aussi reconnue par notre Cour dans *Reference re Accurate News and Information Act*, [1938] R.C.S. 100 et *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435. Cette liberté fondamentale, quoique non absolue et assujettie à certaines restrictions juridiques, possède, prétend-on, un degré de prépondérance ou a force d'exception par rapport aux lois provinciales d'application générale, pourvu que certaines conditions de ce qu'on désigne comme un critère de pondération soient remplies. Voici comment les avocats des appelants se sont exprimés sur ce point dans leur mémoire:

That in construing the application of a valid Provincial law of general application against a fundamental freedom, the Courts should apply a balancing test. The balancing test may be stated as follows: where the religious belief is held to be in good faith, and where the conduct is held to be justified to the practice of the religion, and where no compelling state interest is found to justify the curtailment of the religious practice, the general legislation must be applied so as to preserve the fundamental freedom.

It will readily be seen that this balancing test resembles closely the one which would be required if s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were applicable. In their factum, counsel for the appellants concede that there is no direct authority for their submission but argue that, even prior to the coming into force of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the balancing test has been used implicitly as the framework for analysis in some cases which need not be reviewed in these reasons, given the view I take of the case at bar.

IV—The Judgment of the Courts Below

The trial judge reviewed and distinguished the authorities relied upon by counsel for the appellants. Then at page 343 he wrote:

It was suggested that . . . the *Wildlife Act* here could not prohibit the free exercise of one's religious practices, but as I shall say I do not think their religious practices are interferred with or prohibited.

At pages 344-45, he relied upon the decision of this Court in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, and thereafter made what in my opinion are crucial findings:

In *Kruger and Manuel v. The Queen* (1977), 34 C.C.C. (2d) 377, 75 D.L.R. (3d) 434, [1978] 1 S.C.R. 104, the Supreme Court of Canada considered the very statute which is said to have been breached here, and decided unanimously that it was a statute of general application and a valid enactment, having as its object the conservation and management of provincial wildlife resources and that the accused, who were Indians, were subject to its provisions so long as the Act, in its policy, did not seek to impair the status and capacities of the accused

[TRADUCTION] Que, dans l'interprétation de l'application d'une loi provinciale d'application générale valide allant à l'encontre d'une liberté fondamentale, les tribunaux devraient appliquer un critère de pondération. Ce critère de pondération peut être énoncé comme suit: lorsqu'on juge qu'il s'agit d'une croyance religieuse sincère et qu'il s'agit d'un comportement justifié par une pratique religieuse et lorsqu'on ne peut invoquer aucun intérêt supérieur de l'État pour justifier de porter atteinte à cette pratique religieuse, la législation générale doit être appliquée de façon à protéger cette liberté fondamentale.

On voit tout de suite que ce critère ressemble fort à celui qui serait requis si l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquait. Dans leur mémoire, les avocats des appelants reconnaissent qu'aucune jurisprudence n'appuie directement leur argument, mais ils soutiennent que, même avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le critère a été utilisé tacitement comme schéma d'analyse dans certains cas qui n'ont pas à être examinés dans les présents motifs vu l'opinion que j'ai de l'espèce.

IV—Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge de première instance a examiné la jurisprudence qu'invoquaient les avocats des appelants et l'a écartée. Puis à la p. 343, il écrit:

[TRADUCTION] On a fait valoir que . . . la *Wildlife Act* en l'espèce ne pouvait interdire le libre exercice des pratiques religieuses de chacun mais, comme je vais l'exposer, je ne pense pas qu'on porte atteinte à leurs pratiques religieuses ni qu'on les interdise.

Aux pages 344 et 345, il s'est fondé sur notre arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, puis a fait des constatations qui, à mon avis, sont cruciales:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Kruger et Manuel c. La Reine* (1977), 34 C.C.C. (2d) 377, 75 D.L.R. (3d) 434, [1978] 1 R.C.S. 104, la Cour suprême du Canada a examiné la loi même qui aurait été violée en l'espèce et a jugé, à l'unanimité, qu'il s'agissait d'une loi valide d'application générale, ayant pour objet la conservation et la gestion des ressources fauniques de la province, et que les prévenus, des Indiens, étaient assujettis à ses dispositions dans la mesure où la loi, par son objet, ne cherchait pas à porter atteinte au statut et aux droits des prévenus

as Indians. It is here contended that the effect of the provision which is sought by the Crown to be enforced is to impair the status of the accused *as Indians* by preventing them from exercising their *bona fide* religious practices. I am unable to accept that contention .... If Indians wish to exercise their historic religious practices there are ways within the bounds of the provincial statute in which to exercise those religious practices. They can, for example, retain a supply of deer meat in storage for such purposes. Section 9 [rep. & sub. 1971, c. 69, s. 9] of the *Wildlife Act* makes provision for that. The purpose of the Act is what matters. This Act has been held to be and is, clearly, I think, of general application and was certainly not aimed at preventing the Coast Salish from exercising any religious practice, and the act of burning food as an offering to the spirit of an ancestor is not prohibited. If it is exercised within the limits of the general law it may be freely carried out by the Saanich people.

In appeal, the County Court judge distinguished between religious belief and religious practices and said he was concerned with the latter. At page 28 he wrote:

It is safe to say, I think, that generally speaking a practice arising from a sincerely held religious belief may be restrained if it is a breach of the peace, or interferes with public or private rights or otherwise amounts to an illegal act.

He turned to the question of the impact of the *Wildlife Act* upon the status and capacity of the appellants. He quoted a passage of the *Kruger* case in this Court and, at p. 30, concluded as follows:

There was no evidence before the learned judge from which it could be inferred that the *Wildlife Act* was directed against native persons in any unfair or discriminatory way. There was no evidence of a legislative policy, expressed in the *Wildlife Act*, to impair the native status and capacity of the appellants as "Indians", nor can it be said that the effect of the Act is to do so.

In the British Columbia Court of Appeal, Taggart and Craig JJ.A. both referred to the adoption by this Court, in *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651, of a statement by Frankfurter J. in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 653:

en tant qu'Indiens. On soutient en l'espèce que la disposition que la poursuite veut voir appliquer a pour effet de porter atteinte au statut des prévenus *en tant qu'Indiens*, en leur interdisant l'exercice de leurs pratiques religieuses sincères. Je ne puis accepter cet argument ... Si les Indiens veulent conserver leurs pratiques religieuses historiques, il existe des moyens, dans les limites de la loi provinciale, de s'adonner à ces pratiques religieuses. Ils peuvent, par exemple, conserver de la viande de cerf en entrepôt à cette fin. L'article 9 [abr. et rempl. par 1971, chap. 69, art. 9] de la *Wildlife Act* le prévoit. C'est l'objet de la loi qui compte. Cette loi a été jugée être, et, je pense, est clairement d'application générale; elle n'avait certainement pas pour but d'interdire aux Salish de la Côte de s'adonner à leurs pratiques religieuses, et brûler de la nourriture en offrande à l'esprit d'un ancêtre n'est pas interdit. Dans les limites de la loi générale, le peuple saanich peut s'y adonner librement.

En appel, le juge de la Cour de comté a distingué entre croyances et pratiques religieuses et a dit que c'était ces dernières qui l'intéressaient. À la page 28, il écrit:

[TRADUCTION] On peut affirmer sans risque, je pense, que, d'une manière générale, une pratique découlant d'une croyance religieuse sincère peut être limitée si elle viole la paix ou porte atteinte à des droits publics ou privés, ou si elle équivaut de quelque autre manière à un acte illégal.

Il en est alors venu à la question des répercussions qu'aurait la *Wildlife Act* sur le statut et les droits des appelants. Ayant cité un passage de l'arrêt *Kruger* de cette Cour, à la p. 30, il a conclu comme suit:

[TRADUCTION] Le savant juge n'était saisi d'aucune preuve d'où l'on pouvait déduire que la *Wildlife Act* visait particulièrement les autochtones de manière injuste ou discriminatoire. On n'avait rapporté aucune preuve de politique législative, qu'exprimerait la *Wildlife Act*, visant à porter atteinte au statut d'autochtone et aux droits des appelants en tant qu'«Indiens», ni ne pouvait-on dire que c'était là l'effet de la Loi.

Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, les juges Taggart et Craig se sont tous deux référés à l'adoption par notre Cour, dans son arrêt *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651, d'un commentaire du juge Frankfurter dans l'arrêt *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) à la p. 653:

The constitutional protection of religious freedom terminated disabilities, it did not create new privileges. It gave religious equality, civil immunity. Its essence is freedom from conformity to religious dogma, not freedom from conformity to law because of religious dogma.

Both justices of appeal held, in effect, as Taggart J.A. put it at p. 35, that

> ... freedom of religion must be exercised within the limits permitted by validly enacted legislation.

On the issue of the impact of the *Wildlife Act* on the status and capacity of the appellants, Taggart J.A. quoted a passage of Dickson J., as he then was, in the *Kruger* case, emphasizing certain parts and then concluded, at p. 37:

> I have added the emphasis because in my opinion, in order to succeed on this second argument the appellants must show that the policy of the Act is to impair the capacity of Indians to practise their religion. It is conceded that the Act does not affect the status of Indians. In my opinion, there is no evidence before us of a legislative policy to impair the capacity of Indians in the manner contended for by the appellants. That being the case the second argument fails.

Craig J.A. held that this second argument did not raise a question of law alone and he would have refused leave to appeal on this issue.

Hutcheon J.A. dissented on the merits of the main issue. Essentially, he accepted the submission made on behalf of the appellants with respect to a balancing test which he concluded resolved the case in favour of the appellants. He wrote, at p. 41:

> The issue in this case is whether Anderson Jack and George Louie Charlie were guilty of an offence when they hunted and killed deer out of season. The hunting and killing was a part of a religious ritual of the Coast Salish people of 20,000 years' duration. The ritual is not harmful to society, is not opposed to the common good and is not in violation of the rights of any other individual. I have concluded that they were not guilty of an offence and that this appeal should be allowed. The law

[TRADUCTION] La protection constitutionnelle de la liberté de religion a mis fin à des incapacités, mais elle n'a pas créé de nouveaux privilèges. Elle a accordé l'égalité religieuse devant la loi mais non l'immunité devant la loi. En substance, on n'oblige personne à se conformer à une religion donnée, ce qui ne veut pas dire qu'on puisse invoquer sa religion pour échapper à la loi.

Les deux juges de la Cour d'appel ont conclu, en fait, pour reprendre les termes du juge Taggart à la p. 35, que:

> [TRADUCTION] ... la liberté de religion doit être exercée dans les limites permises par la législation validement promulguée.

Sur la question des répercussions de la *Wildlife Act* sur le statut et les droits des appelants, le juge Taggart a cité un passage de l'avis du juge Dickson, maintenant juge en chef, dans l'arrêt *Kruger*, en soulignant certains points, puis il a conclu, à la p. 37:

> [TRADUCTION] J'ai souligné ce passage parce qu'à mon avis, pour avoir gain de cause sur ce second moyen, les appelants doivent démontrer que la Loi a pour objet de porter atteinte au droit des Indiens de pratiquer leur religion. Il est admis que la Loi n'affecte pas le statut des Indiens. À mon avis, on ne nous a rapporté aucune preuve d'une politique législative qui chercherait à porter atteinte aux droits des Indiens comme le prétendent les appelants. Cela étant, le second moyen est mal fondé.

Le juge Craig a conclu que ce second moyen ne soulevait pas une question de droit seulement et il aurait refusé l'autorisation d'en appeler à cet égard.

Le juge Hutcheon a exprimé sa dissidence au fond sur le point principal. Essentiellement, il a accepté l'argument, avancé au nom des appelants relativement au critère de pondération qui, a-t-il conclu, résolvait l'espèce en faveur des appelants. Il écrit, à la p. 41:

> [TRADUCTION] Le point litigieux en l'espèce est de savoir si Anderson Jack et George Louie Charlie se sont rendus coupables d'une infraction lorsqu'ils ont chassé et tué un cerf hors saison. La chasse et l'abattage faisaient partie d'un rituel religieux du peuple salish de la Côte remontant à 20 000 ans. Ce rituel n'est pas dommageable à la société, il ne fait pas obstacle au bien commun ni ne viole les droits de quelque autre individu. J'ai conclu qu'ils ne sont pas coupables d'une infraction et que

is aimed at wildlife conservation. There is no suggestion that the loss of one deer for the purpose of the ritual would impair the legislative purpose. I think that the freedom of religion of Jack and Charlie ought not to be taken away by the application of an enactment of general application in the absence of evidence of some compelling justification.

And then, at p. 42:

The question that concerns me is whether a religious practice is to be prohibited by an Act of general application. More precisely, it is whether Jack and Charlie are guilty of an offence because they took part in a centuries-old religious ritual that harmed no person.

. . .

Thus, we have a law that is not directed in any way at religion. According to the Crown it has the effect of prohibiting a religious practice that has been followed by the Coast Salish people for 20,000 years—a religious practice affecting only those involved in its exercise and one not touching issues of public well-being or morals.

He then distinguished two cases, *R. v. Harrold* (1971), 3 C.C.C. (2d) 387, and *R. v. Beales* (unreported, decision No. 760-71, November 1, 1971 (B.C.C.A.)), relied upon by the Crown. At page 44, he analogized the situation of the case at bar to the drinking of wine for sacramental purposes:

In my opinion, neither the *Harrold* case nor the *Beales* case support the broad proposition put forward by Mr. Lang. Taken to its logical conclusion such a view may require the conviction of a minister of religion who drinks British Columbian wine for sacramental purposes in a public building such as a church. I find no exemption in the *Liquor Control and Licensing Act*, R.S.B.C. 1979, c. 237, for that religious practice.

Hutcheon J.A. then proceeded to his conclusions:

There is, however, high authority for the reading down of a statute to preserve a fundamental freedom. In *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun* (1979), 97 D.L.R. (3d) 577, [1979] 2 S.C.R. 435, [1979] 4 W.W.R. 118, the Supreme Court of Canada by its majority read s. 3 of the *Human Rights Code*:

3(1) No person shall

(*a*) deny to any person . . . any . . . service,

l'appel doit être accueilli. La Loi vise la conservation du gibier. On ne prétend pas que la perte d'un seul cerf, dans un but rituel, porterait atteinte à l'objet de la Loi. Je pense que la liberté de religion de Jack et de Charlie ne devrait pas être supprimée par l'application d'un texte d'application générale en l'absence de preuve de quelque justification irrésistible.

Et alors, à la p. 42:

[TRADUCTION] La question qui m'intéresse est de savoir si une pratique religieuse doit être prohibée par une loi d'application générale. Plus précisément, si Jack et Charlie sont coupables d'une infraction parce qu'ils ont pris part à un rituel religieux séculaire qui ne faisait de mal à personne.

. . .

Ainsi, nous avons une loi qui ne vise en aucune manière la religion. D'après la Couronne, elle a pour effet d'interdire une pratique religieuse du peuple salish de la Côte remontant à 20 000 ans — une pratique religieuse n'affectant que ceux qui s'y adonnent et une pratique qui ne touche aucun point d'ordre public ou moral.

Il a alors distingué l'espèce d'avec deux autres affaires, *R. v. Harrold* (1971), 3 C.C.C. (2d) 387 et *R. v. Beales* (non publiée n° 760-71, 1er novembre 1971 (C.A.C-B.)), sur lesquelles s'appuyait la poursuite. À la page 44, il a comparé la situation en l'espèce au vin bu à des fins sacramentelles:

[TRADUCTION] À mon avis, ni l'affaire *Harrold* ni l'affaire *Beales* n'appuient le principe général avancé par Me Lang. Poussée à sa conclusion logique, une telle opinion pourrait exiger la condamnation d'un ministre du culte qui boirait du vin de la Colombie-Britannique à des fins sacramentelles dans un édifice public tel qu'une église. Je constate qu'il n'y a aucune exemption dans la *Liquor Control and Licensing Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 237, concernant cette pratique religieuse.

Le juge Hutcheon en vient alors à ses conclusions:

[TRADUCTION] Il existe cependant une jurisprudence du plus haut niveau autorisant l'interprétation atténuée d'une loi pour protéger une liberté fondamentale. Dans l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun* (1979), 97 D.L.R. (3d) 577, [1979] 2 R.C.S. 435, [1979] 4 W.W.R. 118, la Cour suprême du Canada, à la majorité, a interprété l'art. 3 du *Human Rights Code*:

3(1) Nul ne doit

a) priver une personne . . . de services . . .

(*b*) . . . customarily available to the public,

so as to acknowledge the right of a newspaper to refuse to publish material that was contrary to the views of the newspaper. This was done to preserve an essential ingredient of freedom of the press.

In my opinion, the *Wildlife Act* ought to be read so as to acknowledge the right to Jack and Charlie on these facts to practise their religion where no competing interest of society exists.

I would grant leave to appeal and allow the appeals.

V—The Submissions of the Crown

The reasons I said earlier I did not feel it was necessary to review the authorities relied upon by the appellants is that they fail to answer two submissions made by the Crown which are fatal to the position of the appellants and which, in my view, are clearly well founded. These two submissions may have been made in this Court for the first time, since they are not discussed in the reasons of the courts below; and they may have been made in response to the reasons of the dissenting justice of appeal.

The fundamental issue in this case, says the Crown, is "whether hunting by Indians for the propitiation of the dead enjoys higher constitutional protection than hunting for the sustenance of the living". If it does not, then the judgment of this Court in the *Kruger* case is indistinguishable and conclusive. It was decided in that case that Indians hunting for food had no constitutional defence to a charge under s. 4(1)(*c*) of the *Wildlife Act*—hunting in close season—the very section at issue in the case at bar.

The Crown submits that, for two reasons, the *Kruger* case cannot be distinguished on the basis that s. 4(1)(*c*) of the *Wildlife Act* interferes with the appellants' freedom of religion. The two reasons are that:

(a) the hunting itself was not a religious practice;

(b) the intended use of the deer meat in a religious ceremony amounts merely to "motive" and is therefore irrelevant to legal culpability.

b) . . . habituellement offerts au public,

de façon à reconnaître à un journal le droit de refuser de publier ce qui allait à l'encontre de ses vues. On l'a fait afin de protéger un aspect essentiel de la liberté de presse.

À mon avis, la *Wildlife Act* devrait être interprétée de façon à reconnaître à Jack et à Charlie le droit, selon les faits, de pratiquer leur religion lorsque la société n'a aucun intérêt à s'y opposer.

J'accorderais l'autorisation d'interjeter appel et ferais droit aux appels.

V—Les arguments de la poursuite

Si j'ai dit auparavant que je n'estimais pas nécessaire d'examiner la jurisprudence invoquée par les appelants, c'est qu'elle ne répond pas à deux arguments de la poursuite qui portent un coup fatal à la position des appelants et qui, à mon avis, sont manifestement bien fondés. Ces deux arguments ont peut-être été plaidés devant nous pour la première fois, puisqu'ils ne sont pas examinés dans les motifs des tribunaux d'instance inférieure; ils peuvent être présentés en réponse aux motifs du juge dissident de la Cour d'appel.

Le point fondamental en l'espèce, dit la poursuite, est le suivant: [TRADUCTION] «la chasse par les Indiens pour l'apaisement des morts jouit-elle d'une protection constitutionnelle supérieure à la chasse pour assurer la subsistance des vivants?» Si ce n'est pas le cas, alors notre arrêt *Kruger* ne peut être distingué de l'espèce et est concluant. Cet arrêt établit que les Indiens qui chassent pour leur subsistance n'ont pas de défense constitutionnelle à une inculpation en vertu de l'al. 4(1)*c*) de la *Wildlife Act*—chasse hors saison—l'article même en cause en l'espèce.

La poursuite fait valoir que, pour deux raisons, l'arrêt *Kruger* ne peut faire l'objet d'une distinction sur le fondement que l'al. 4(1)*c*) de la *Wildlife Act* porterait atteinte à la liberté de religion des appelants. Ces deux raisons sont:

a) la chasse elle-même n'est pas une pratique religieuse;

b) le rôle que la viande de cerf est destinée à jouer dans une cérémonie religieuse n'est que le «motif» et est donc sans pertinence relativement à la culpabilité en droit.

In my opinion, which I express with the greatest of respect, the learned dissenting judge erred in stating [at p. 41] that "The hunting and killing was a part of a religious ritual". And the appellants' counsel are also in error in writing in their factum that there was an undisputed and unchallenged finding of fact to that effect at trial. There is no such finding in the reasons of the trial judge. In fact he expressly found that the *Wildlife Act* did not interfere with or prohibit appellants' religious practices which could be carried out with deer meat retained in storage and he referred to a section of the *Wildlife Act* which makes provision for that. The trial judge wrote at p. 345 that

> ... the fact that the deer was killed to obtain deer meat for use in a religious ceremony, as here, is no defence.

This was confirmed in appeal by the County Court judge who, in the above quoted passage, at p. 27, accepted appellants' contention, unchallenged by the Crown, that the deer had been killed "in preparation for a religious ceremony". There is no suggestion that the deer was killed as part of the ceremony.

These conclusions are entirely consistent with the evidence which is detailed and precise in the description of the ceremony itself but bare and perfunctory in the description of the killing.

There was some evidence that the type of food to be burned was of significance and that raw deer meat was required in this case but no evidence as to the circumstances or methods of obtaining it, except by theft, which would render the meat unsuitable. There was no evidence that the use of defrosted raw deer meat was sacrilegious as is alleged in appellants' factum. There was evidence that the food had to be disposed in several plates to provide for the guests of the honoured spirit, that the shaman presiding over the ceremony pronounced a name over each plate, that attendants had to remain at a certain distance from the fire, that cedar wood was preferred for the burning.

À mon avis, que j'exprime avec les plus grands égards, c'est à tort que le savant juge dissident a dit [à la p. 41] que [TRADUCTION] «la chasse et l'abattage faisaient partie d'un rituel religieux». Et les avocats des appelants sont aussi dans l'erreur quand ils écrivent dans leur mémoire qu'une conclusion de fait incontestable et incontestée en ce sens a été tirée en première instance. Il n'y a aucune conclusion de ce genre dans les motifs du juge de première instance. En fait, il a expressément constaté que la *Wildlife Act* ne portait pas atteinte aux pratiques religieuses des appelants, ni ne les interdisait, et qu'elles pouvaient être respectées avec de la viande de cerf entreposée; il a d'ailleurs cité l'article de la *Wildlife Act* qui le prévoit. Le juge de première instance écrit, à la p. 345:

> [TRADUCTION] ... le fait que le cerf ait été tué pour obtenir de la viande de cerf pour une cérémonie religieuse, comme en l'espèce, ne constitue pas un moyen de défense.

C'est ce qu'a confirmé en appel le juge de la Cour de comté qui, dans le passage déjà cité, à la p. 27, a accepté la prétention des appelants, non contestée par la poursuite, que le cerf avait été tué «en vue d'une cérémonie religieuse». On ne dit pas que le cerf a été tué au cours de la cérémonie.

Ces conclusions sont parfaitement compatibles avec les éléments de preuve fort détaillés et précis lorsqu'il s'agit de la description de la cérémonie elle-même, mais minimes et superficiels dans la description de l'abattage.

Il existe des preuves que le genre de nourriture qu'il faut brûler avait son importance et que c'était de la viande de cerf crue qui était requise dans ce cas, mais il n'y a aucune preuve sur les circonstances ou les méthodes à employer pour l'obtenir, le vol excepté, lequel rendrait la viande impropre à cet usage. Il n'y a aucune preuve que l'emploi de viande de cerf crue dégelée soit un sacrilège, comme cela est allégué dans le mémoire des appelants. Certaines preuves montrent que la nourriture doit être disposée dans plusieurs assiettes pour les invités de l'esprit qu'on veut honorer, que le shaman qui préside la cérémonie prononçait un nom sur chaque plat, que les assistants devaient demeurer à une certaine distance du feu, qu'il était préférable d'utiliser du cèdre comme combustible.

By contrast, there was no evidence that the killing of the deer was part of the religious ceremony. Mrs. Jack had previously hired two men to get her a deer. Since they failed to do so, she asked her husband and her brother for assistance. When the three of them saw the deer, her brother came out of the car and shot the deer five or six times with an automatic rifle. If he had shot two deer on the same spot, in the same manner, at the same time, one deer for a burning and one for food, there is no indication that any one of them was more suitable for one purpose than for the other.

As to the analogy drawn by the dissenting justice of appeal with the drinking of wine for sacramental purposes, here is what the Crown has to say in its factum:

> The offence in question relates to the circumstances of obtaining meat for the ceremony, not the conduct of the ceremony itself, hence the analogy of a clergyman committing an offence under the *Liquor Act* by conducting the sacrament of Holy Communion, drawn by Hutcheon, J.A. in the Court of Appeal (in dissenting reasons relied upon by the Appellants) is inapt.
>
> The *Wildlife Act* does not in any way prohibit or regulate the burning ceremony, it regulates the killing of deer, meat from which may be used for such a ceremony.
>
> To draw the parallel analogy, the obtaining of wine for sacramental purposes is not part of the sacrament of Holy Communion, and regulation of the sale of wine does not, therefore, prohibit the exercise of that religious ceremony. Such regulation cannot, therefore, be said to affect religious freedom.
>
> No clergyman could raise a defence based on religious freedom, to a charge of obtaining wine illegally while liquor stores were closed, simply because it was intended to use the wine for the sacrament of Holy Communion. Similarly a defence based on "freedom of religion" must fail the Appellants in this case, where the charge is killing a deer in the closed season. Since killing the deer is not, in itself, ceremonial, the *actus reus* of the offence cannot be regarded as a religious observance. If it is not such an observance, then logically, its prohibition by the *Wildlife Act* raises no question of religious freedom.

I agree with this statement and with its conclusion that the prohibition of deer killing by the *Wildlife Act* raises no question of religious freedom.

Par opposition, il n'y a aucune preuve que l'abattage du cerf ait fait partie de la cérémonie religieuse. M^me^ Jack avait d'abord engagé deux hommes pour qu'ils lui ramènent un cerf. Comme ils ne l'avaient pas fait, elle a demandé de l'aide à son mari et à son frère. Lorsque tous les trois ont aperçu le cerf, son frère est sorti de la voiture et a tiré sur le cerf cinq ou six fois avec une carabine à répétition. S'il avait tué deux cerfs au même endroit, de la même manière, au même moment, un pour le brûler et l'autre pour se nourrir, rien n'indique que l'un aurait été plus propre à un usage que l'autre.

Quant à l'analogie faite par le juge dissident avec la consommation de vin à des fins sacramentelles, voici ce qu'en dit la poursuite dans son mémoire:

> [TRADUCTION] L'infraction en question porte sur la façon dont on s'est procuré la viande pour la cérémonie, non pas sur la cérémonie elle-même, donc l'analogie avec un ecclésiastique qui commettrait une infraction à la *Liquor Act* en célébrant le sacrement de la Sainte Communion, faite par le juge Hutcheon de la Cour d'appel (dans son opinion dissidente invoquée par les appelants), n'est pas appropriée.
>
> La *Wildlife Act* n'interdit nullement ni ne réglemente cette cérémonie, elle réglemente la chasse au cerf, dont la viande peut servir à une telle cérémonie.
>
> Pour faire un parallèle, se procurer du vin à des fins sacramentelles ne fait pas partie du sacrement de la Sainte Communion; et la réglementation de la vente du vin n'interdit donc pas cette cérémonie religieuse. On ne peut donc dire que cette réglementation porte atteinte à la liberté de religion.
>
> Aucun ecclésiastique ne pourrait opposer une défense fondée sur la liberté de religion à une inculpation d'obtention illégale de vin, après la fermeture des points de vente d'alcool, simplement parce que le vin était destiné à servir au sacrement de la Sainte Communion. De même, une défense fondée sur «la liberté de religion» ne peut profiter aux appelants en l'espèce, alors que l'inculpation est d'avoir tué un cerf hors saison. Comme tuer un cerf n'est pas, en soi, rituel, l'*actus reus* de l'infraction ne saurait être considéré comme l'observation d'une pratique religieuse. Si ce n'est pas le cas alors, logiquement, son interdiction par la *Wildlife Act* ne soulève aucune question de liberté de religion.

Je suis d'accord avec ce raisonnement et avec sa conclusion selon laquelle l'interdiction de la *Wildlife Act* de chasser le cerf ne soulève aucune question de liberté de religion.

It follows that appellants' main defence, relating to freedom of religion, as well as their second defence, relating to aboriginal religion, are without substance and must be dismissed.

In addition, I find no error in the Crown's second submission which is presented as follows in its factum:

> The intention of the Appellants that the deer meat be used for the burning ceremony was their "ulterior intention" or "motive". As such, it is irrelevant to legal responsibility for the commission of the offence: *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at 833.
>
> This can be illustrated as follows: if the two men hired by Mrs. Jack to "get [her] a deer" had killed a deer without knowledge of Mrs. Jack's intended use of it, the defence raised by the Appellants would be unavailable to them, even if the deer had actually been ceremonially burned. The ultimate, actual or intended "end" of killing the deer is ulterior to the *mens rea* of the offence, and is therefore irrelevant.
>
> Since the "ulterior intention" of the Appellants is irrelevant as an element of the offence, the fact it is based on a religious belief, however *bona fide*, must logically be irrelevant as well, and can therefore provide no basis for the defence advanced by the Appellants.

VI—The Third Defence Offered by the Appellants

That defence to the effect that, apart from religion, hunting is at the root of the culture and way of life of the Coast Salish people so that its prohibition attains the appellants *qua* Indians is indistinguishable from the defence dismissed in *Dick v. The Queen* [[1985] 2 S.C.R. 309], in which judgment is being delivered today. It should accordingly be dismissed for the same reasons in the case at bar.

VII—Conclusions

I would dismiss the appeal and make no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Louise Mandell and Leslie Pinder, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Il s'ensuit que le principal moyen de défense des appelants, lié à la liberté de religion, ainsi que leur second moyen, lié à la religion aborigène, sont sans fondement et doivent être rejetés.

En outre, je ne constate aucune erreur dans le second argument de la poursuite, présenté comme suit dans son mémoire:

> [TRADUCTION] L'intention des appelants d'utiliser la viande de cerf dans cette cérémonie était une «intention ultérieure», un «mobile». En tant que tel, cela n'est pas pertinent quant à la responsabilité juridique, liée à la perpétration de l'infraction: *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, à la p. 833.
>
> On peut illustrer cela comme suit: si les deux hommes engagés par M^me^ Jack pour «[lui] ramener un cerf» avaient tué un cerf sans savoir ce que M^me^ Jack voulait en faire, ils ne pourraient se prévaloir du moyen de défense avancé par les appelants même si le cerf avait effectivement été brûlé au cours de la cérémonie. La «fin» ultime, véritable ou voulue, pour laquelle on a tué le cerf, est ultérieure à la *mens rea* de l'infraction, et donc non pertinente.
>
> Comme «l'intention ultérieure» des appelants n'a pas de pertinence en tant qu'élément de l'infraction, le fait qu'elle soit fondée sur une croyance religieuse, si sincère soit-elle, doit aussi logiquement être sans pertinence et ne peut donc servir de fondement au moyen de défense avancé par les appelants.

VI—Le troisième moyen de défense des appelants

Ce moyen de défense que, mis à part toute question religieuse, la chasse constitue le fondement de la culture et du mode de vie du peuple salish de la Côte, de sorte que son interdiction porte atteinte aux appelants en tant qu'Indiens, ne peut être distinguée du moyen de défense rejeté dans l'arrêt *Dick c. La Reine*, [[1985] 2 R.C.S. 309] prononcé aujourd'hui. Il doit en conséquence être rejeté pour les mêmes raisons en l'espèce.

VII—Conclusions

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans adjuger de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Louise Mandell et Leslie Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

IN THE MATTER OF Section 55 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19;

AND IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning certain language rights under Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, and Section 133 of the *Constitution Act, 1867* and set out in Order-in-Council P.C. 1984-1136 dated the 5th day of April 1984;

AND IN THE MATTER OF a Special Hearing to establish the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing of:

1. unilingual Acts of the Legislature of Manitoba which would be currently in force were it not for their constitutional defect; and

2. the unilingual repealed and spent Acts of the Legislature of Manitoba;

pursuant to the opinion of the Supreme Court of Canada dated the 13th day of June 1985.*

File No.: 18606.

1985: November 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.

ORDER

Constitutional law — Language guarantees — Manitoba statutes to be enacted, printed and published in both English and French — Temporary validity for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication — Commitment by the Province to publish in bilingual, parallel column format the Statutes and Regulations, and Rules of Court and Administrative Tribunals — Determination of minimum period.

ORDER to give effect to the consent agreement reached by the parties and interveners, October 30, 1985.

Tanner Elton and *Stuart Whitley*, for the Attorney General of Manitoba.

* [1985] 1 S.C.R. 721.

DANS L'AFFAIRE de l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19;

ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé par le gouverneur en conseil au sujet de certains droits linguistiques garantis par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tel qu'énoncé dans le décret C.P. 1984-1136 en date du 5 avril 1984;

ET DANS L'AFFAIRE d'une audition spéciale visant à l'établissement du délai minimum requis pour la traduction, la réadoption, l'impression et la publication:

1. des lois unilingues de la Législature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'était-ce le vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel,

2. des lois unilingues abrogées et périmées de la Législature du Manitoba;

conformément à l'opinion de la Cour suprême du Canada datée du 13 juin 1985.*

N° du greffe: 18606.

1985: 4 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Wilson et Le Dain.

ORDONNANCE

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Obligation d'adopter, d'imprimer et de publier en français et en anglais les lois du Manitoba — Validité temporaire pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier — Engagement de la province de publier dans un format bilingue sur deux colonnes les lois, les règlements, les règles de cour et celles des tribunaux administratifs — Fixation du délai minimum.

ORDONNANCE pour donner effet à l'entente intervenue entre les parties et les intervenants le 30 octobre 1985.

Tanner Elton et *Stuart Whitley*, pour le procureur général du Manitoba.

* [1985] 1 R.C.S. 721.

Roger Tassé, Q.C., and *Martin Lowe*, for the Attorney General of Canada.

Michel Bastarache, for the Société franco-manitobaine.

Vaughan Baird, for Roger Bilodeau.

Stephen A. Scott and *Kathleen Weil*, for Alliance Québec.

Gérald Beaudoin, Q.C., for the Fédération des francophones hors Québec.

Réal Forest and *Robert Décary*, for the Attorney General for Quebec.

This special hearing having come on this date for the determination of the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing, and publishing of:

1. unilingual Acts of the Legislature of Manitoba which would be currently in force were it not for their constitutional defect; and

2. the unilingual repealed and spent Acts of the Legislature of Manitoba;

pursuant to the opinion of this Court dated the 13th day of June 1985.

And after hearing from the applicant (the Province of Manitoba) that the Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba and Regulations, and Rules of Court and Administrative Tribunals will appear in bilingual, parallel column format when printed and published.

And after hearing from the parties hereto.

THE COURT

1. GIVES EFFECT to the commitment of the Province of Manitoba that the Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba, and Regulations, and Rules of Court and Administrative Tribunals will appear in bilingual, parallel column format when printed and published.
2. ORDERS THAT the period of temporary validity for the laws of Manitoba will continue as follows:
   (a) to December 31, 1988 for:

Roger Tassé, c.r., et *Martin Lowe*, pour le procureur général du Canada.

Michel Bastarache, pour la Société franco-manitobaine.

Vaughan Baird, pour Roger Bilodeau.

Stephen A. Scott et *Kathleen Weil*, pour Alliance Québec.

Gérald Beaudoin, c.r., pour la Fédération des francophones hors Québec.

Réal Forest et *Robert Décary*, pour le procureur général du Québec.

La présente audition spéciale ayant eu lieu à la date mentionnée ci-dessus aux fins de la fixation du délai minimum requis pour la traduction, la réadoption, l'impression et la publication:

1. des lois unilingues de la Législature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'était-ce le vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel;
2. des lois unilingues abrogées et périmées de la Législature du Manitoba;

conformément à l'opinion de la Cour datée du 13 juin 1985.

Après avoir entendu le requérant (la province du Manitoba), qui s'est engagé à imprimer et publier en format bilingue et sur deux colonnes la codification permanente des lois du Manitoba, les règlements, les règles de cour et celles des tribunaux administratifs.

Et après avoir entendu les parties à la présente.

LA COUR

1. DONNE EFFET à l'engagement de la Province du Manitoba d'imprimer et de publier dans un format bilingue et sur deux colonnes la codification permanente des lois du Manitoba, les règlements, les règles de cour et celles des tribunaux administratifs.
2. ORDONNE que la période de validité temporaire des lois du Manitoba continue comme suit:
   a) jusqu'au 31 décembre, 1988 en ce qui concerne:

(i) the Continuing Consolidation fo the Statutes of Manitoba; and

(ii) the Regulations of Manitoba; and

(iii) Rules of Court and Administrative Tribunals;

(b) to December 31, 1990 for all other laws of Manitoba.

3. Any of the parties hereto, may, in the case of necessity upon further application, supported by such evidence as may be required, return to this Court for such further determination as this Court may decide.

Order.

Solicitor for the Attorney General of Manitoba: Assistant Deputy Attorney General, Winnipeg.

Solicitor for the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General, Ottawa.

Solicitor for the Société franco-manitobaine: Michel Bastarache, Ottawa.

Solicitors for Roger Bilodeau: Newman, Maclean, Winnipeg.

Solicitor for Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

Solicitors for the Fédération des francophones hors Québec: Beaudoin & Michon, Hull.

Solicitor for the Attorney General of Quebec: Deputy Attorney General, Ste-Foy.

(i) la Consolidation permanente des lois du Manitoba,

(ii) les règlements du Manitoba,

(iii) les règles de cour et celles des tribunaux administratifs;

b) jusqu'au 31 décembre, 1990 en ce qui concerne toutes les autres lois du Manitoba.

3. Toute partie à la présente peut, en cas de nécessité, sur demande appuyée sur la preuve nécessaire, se présenter de nouveau devant la Cour afin d'obtenir qu'elle statue de la façon qu'elle jugera appropriée.

Ordonnance.

Procureur du procureur général du Manitoba: Le sous-procureur général adjoint, Winnipeg.

Procureur du procureur général du Canada: Le sous-procureur général, Ottawa.

Procureur de la Société franco-manitobaine: Michel Bastarache, Ottawa.

Procureurs de Roger Bilodeau: Newman, Maclean, Winnipeg.

Procureur d'Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

Procureurs de la Fédération des francophones hors Québec: Beaudoin & Michon, Hull.

Procureur du procureur général du Québec: Le sous-procureur général, Ste-Foy.

Daniel Dubois *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 18608.

1984: October 25; 1985: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial — First trial taking place prior to proclamation of Charter — Incriminating evidence given by accused at first trial not admissible against him at second trial — Protection against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Self-incrimination — Retrial — Accused's evidence at first trial not admissible against him at second trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

Appellant was convicted by a jury of second degree murder but the Court of Appeal granted a new trial on grounds of misdirection to the jury. At the second trial, held after the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Crown introduced as evidence appellant's testimony given voluntarily at his first trial. Defence counsel objected arguing that it was contrary to s. 13 of the *Charter* which provided that "A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings ...." The trial judge ruled that the protection against self-incrimination guaranteed by s. 13 did not apply as the *Charter* came into force after appellant had testified in his first trial. Appellant was again convicted. His appeal, on the sole ground that his first trial testimony should have been excluded, was dismissed. The Court of Appeal held that the second trial was not "any other proceedings" within the meaning of the section and therefore appellant could not invoke s. 13 under these circumstances.

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Dickson C.J. and Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: Section 13 of the *Charter*

Daniel Dubois *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 18608.

1984: 25 octobre; 1985: 21 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 constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès — Premier procès antérieur à la proclamation de la Charte — Témoignage incriminant de l'accusé au premier procès inadmissible contre lui au second procès — Protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Auto-incrimination — Nouveau procès — Témoignage de l'accusé au premier procès inadmissible contre lui au second procès — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au second degré par un jury, mais la Cour d'appel a accordé un nouveau procès au motif que le jury avait reçu des directives erronées. Au cours du second procès qui a eu lieu après la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la poursuite a produit en preuve le témoignage que l'appelant avait donné volontairement à son premier procès. L'avocat de la défense a fait opposition et allégué que c'était contraire à l'art. 13 de la *Charte* aux termes duquel «Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures ...» Le juge du procès a décidé que la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 13 ne s'appliquait pas car la *Charte* est entrée en vigueur après le témoignage de l'appelant à son premier procès. L'appelant a été de nouveau condamné. Son appel, sur le moyen unique que son témoignage au premier procès devait être exclu, a été rejeté. La Cour d'appel a décidé que le second procès ne constituait pas «d'autres procédures» au sens de l'article et, partant, que l'appelant ne pouvait pas invoquer l'art. 13 dans ces circonstances.

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain: L'article 13 de la *Charte*

precludes the admission at the second trial of the evidence given by the appellant at his first trial. The purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(*c*) and (*d*) — the right of non-compellability and the presumption of innocence — is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves. This protection inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize previous testimony to incriminate him. The time at which the previous testimony is given is irrelevant. Thus, no issue of retrospectivity arises in this case since the attempt to use appellant's testimony occurred after the coming into force of the *Charter*.

The fact that s. 13 is framed in the present tense, does not preclude it from applying in a situation where the witness in question was the accused and when the testimony in issue had been given previously. The phrase "A witness who testifies . . ." merely clarifies that the word "witness" includes a voluntary witness.

Although s. 13 refers twice to the notion of incrimination, the evidence in issue need not be incriminating in the first proceeding in which it was given and in the second where the Crown attempts to use it. The purpose of the section clearly indicates that the incriminating nature of the evidence must be evaluated only in the second proceeding. Any evidence the Crown tenders as part of its case against the accused is, for the purpose of s. 13, incriminating evidence.

A retrial of the same offence falls within the meaning of the words "any other proceedings". The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others. Here, to allow the Crown to use, as part of its case, the accused's previous testimony would in effect allow the Crown to do indirectly what it is estopped from doing directly by s. 11(*c*), *i.e.*, to compel the accused to testify. It would also permit an indirect violation of the right of the accused to be presumed innocent and remain silent until proven guilty by the Crown, as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*. Such a result should be avoided.

Finally, assuming that s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* can apply to a *Charter* violation and to a remedy under s. 24, given the nature of the evidence, this would not be a proper case for applying the proviso.

Per McIntyre J., *dissenting*: Where a court of appeal quashes a conviction and orders a new trial, s. 13 of the *Charter* does not preclude the admission at the second trial of the evidence given by the accused at his first

empêche l'admission au second procès de la preuve donnée par l'appelant à son premier procès. L'objet de l'art. 13 lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11*c*) et *d*) — le droit de ne pas être contraint de témoigner et la présomption d'innocence — est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer. Cette protection s'applique à un individu dès le moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer. La date du témoignage antérieur n'est pas pertinente. Ainsi, étant donné qu'en l'espèce on a tenté d'utiliser le témoignage de l'appelant après l'entrée en vigueur de la *Charte*, la question de la rétroactivité ne se pose pas.

Le fait que l'art. 13 soit rédigé au présent ne l'empêche pas de s'appliquer au cas où le témoin est l'accusé et où le témoignage a été donné antérieurement. L'expression «*A witness who testifies* . . .» dans la version anglaise précise simplement que le terme *witness* englobe un témoin volontaire.

Bien que l'art. 13 mentionne deux fois la notion d'incrimination, il n'est pas nécessaire que le témoignage en cause ait été incriminant dans la première procédure où il a été donné et dans la seconde procédure où la poursuite cherche à l'utiliser. L'objet de l'article indique clairement que la nature incriminante du témoignage doit seulement être évaluée dans la seconde procédure. Tout témoignage que la poursuite soumet dans le cadre de sa preuve à charge est, pour les fins de l'art. 13, un témoignage incriminant.

Un nouveau procès pour la même infraction constitue une «autre procédure». Les tribunaux doivent interpréter les articles de la *Charte* les uns par rapport aux autres. En l'espèce, autoriser la poursuite à utiliser dans le cadre de sa preuve principale le témoignage antérieur de l'accusé lui permettrait en fait de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11*c*), c.-à-d. contraindre l'accusé de témoigner. Ce serait de plus permettre une violation indirecte du droit de l'accusé d'être présumé innocent et de garder le silence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la poursuite, droit que lui garantit l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il faut éviter un tel résultat.

Enfin, en présumant que le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* peut s'appliquer à une violation de la *Charte* et à la réparation prévue à l'art. 24, vu la nature du témoignage, ce n'est pas une affaire où il y a lieu d'appliquer cette disposition.

Le juge McIntyre, *dissident*: Lorsqu'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité et ordonne un nouveau procès, l'art. 13 de la *Charte* n'empêche pas l'admission à un second procès de la preuve donnée par

trial. A new trial cannot, on a fair reading of s. 13, be considered as another proceeding. The word "proceedings" in s. 13, means, in a criminal case, all judicial steps taken upon one charge to resolve and reach a final conclusion of the issue therein raised between the same party and the Crown. This would include the preliminary hearing, the trial, and an appeal and a new trial. Therefore, while s. 13 provides a wider protection against self-incrimination than that provided by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, the section does not apply to evidence voluntarily given at a different stage in the same proceedings.

Although appellant cannot be compelled to give evidence at his second trial, this protection, provided by s. 11(*c*) of the *Charter*, does not extend to bar the use in evidence of earlier voluntarily statements that he has made which are clearly relevant to the issues.

Cases Cited

By the majority

R. v. Brown (No. 2) (1963), 40 C.R. 105 (S.C.C.), rev'g (1963), 40 C.R. 90 (N.W.T.C.A.), distinguished; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, considered; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 S.C.R. 589; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54; *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481; *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1, referred to.

By the minority

R. v. Brown (No. 2) (1963), 40 C.R. 105 (S.C.C.), rev'g (1963), 40 C.R. 90 (N.W.T.C.A.); *R. v. Sophonow (No. 1)* (1983), 6 C.C.C. (3d) 394 (Man. Q.B.), approved (1984), 12 C.C.C. (3d) 272 (C.A.); *R. v. Mannion* (1983), 6 C.C.C. (3d) 161 (Alta. Q.B.), approved (1984), 11 C.C.C. (3d) 503 (C.A.); *R. v. Yakeleya* (1985), 20 C.C.C. (3d) 193; *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *R. v. Erdheim*, [1896] 2 Q.B. 260; *Eddy v. Stewart*, [1932] 3 W.W.R. 71; *R. v. McGregor*, [1967] 2 All E.R. 267; *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *R. v. Wilson* (1982), 67 C.C.C. (2d) 481.

l'accusé à son premier procès. Une interprétation juste de l'art. 13 ne permet pas de considérer un nouveau procès comme une autre procédure. Le mot «procédures» à l'art. 13 signifie, dans un procès criminel, toutes les étapes judiciaires relatives à une accusation pour résoudre et trancher définitivement la question alors soulevée par la même partie et la poursuite. Ceci inclut l'enquête préliminaire, le procès, l'appel et le nouveau procès. Par conséquent, même si l'art. 13 offre une protection plus large contre l'auto-incrimination que celle offerte par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, il ne s'applique pas au témoignage donné volontairement à une étape différente des mêmes procédures.

Bien qu'on ne puisse pas contraindre l'appelant de témoigner à son second procès, cette protection, accordée par l'al. 11*c*) de la *Charte*, ne va pas jusqu'à empêcher d'utiliser en preuve ses déclarations antérieures volontaires qui touchent clairement aux questions en litige.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Distinction faite avec l'arrêt: *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 105 (C.S.C.), infirmant (1963), 40 C.R. 90 (C.A.T.N.W.); arrêts examinés: *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; arrêts mentionnés: *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 R.C.S. 589; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54; *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481; *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1.

Citée par la minorité

R. v. Brown (No. 2) (1963), 40 C.R. 105 (C.S.C.), infirmant (1963), 40 C.R. 90 (C.A.T.N.W.); *R. v. Sophonow (No. 1)* (1983), 6 C.C.C. (3d) 394 (B.R. Man.), approuvé (1984), 12 C.C.C. (3d) 272 (C.A.); *R. v. Mannion* (1983), 6 C.C.C. (3d) 161 (B.R. Alb.), approuvé (1984), 11 C.C.C. (3d) 503 (C.A.); *R. v. Yakeleya* (1985), 20 C.C.C. (3d) 193; *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909; *R. v. Erdheim*, [1896] 2 Q.B. 260; *Eddy v. Stewart*, [1932] 3 W.W.R. 71; *R. v. McGregor*, [1967] 2 All E.R. 267; *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *R. v. Wilson* (1982), 67 C.C.C. (2d) 481.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 2, 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(*c*), (*d*), 13, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 469, 613(1)(*b*)(iii).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979 "proceeding".
Côté, P. A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1984.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 37, London, Butterworths, 1982.
Kaufman F. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed., Toronto, Carswells, 1979.
Phipson on Evidence, 13th ed. by J. H. Buzzard, R. May and M. N. Howard, London, Sweet & Maxwell, 1982.
Ratushny, E. "The Role of the Accused in the Criminal Process" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, W. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin (eds.), Toronto, Carswells, 1982.
Ratushny, E. *Self-incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswells, 1979.
Wigmore on Evidence, vol. 8, rev. by J. T. McNaughton, Boston, Little, Brown and Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594, dismissing the accused's appeal from his conviction for murder. Appeal allowed and new trial ordered, McIntyre J. dissenting.

Peter Lamont, for the appellant.

Bruce Duncan, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

LAMER J.—When a new trial is ordered on the same charge or on an included offence by a court of appeal, can the Crown adduce as evidence-in-chief the testimony given by an accused at the former trial? That question was addressed by this Court prior to the coming into force of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Constitution Act, 1982*, as enacted by the *Canada Act 1982*, 1982 (U.K.), c. 11), in a different legal

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11*c*), *d*), 13, 24.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 469, 613(1)*b*)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 2, 5.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979 «proceeding».
Côté, P. A. *Interprétation des lois*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1982.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 37, London, Butterworths, 1982.
Kaufman F. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed., Toronto, Carswells, 1979.
Phipson on Evidence, 13th ed. by J. H. Buzzard, R. May and M. N. Howard, London, Sweet & Maxwell, 1982.
Ratushny, E. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle» dans *Charte canadienne des droits et libertés*, G.-A. Beaudoin et W. Tarnopolsky (éd.), Toronto, Carswells, 1982.
Ratushny, E. *Self-incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswells, 1979.
Wigmore on Evidence, vol. 8, rev. by J. T. McNaughton, Boston, Little, Brown and Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge McIntyre est dissident.

Peter Lamont, pour l'appelant.

Bruce Duncan, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

LE JUGE LAMER—Lorsqu'une cour d'appel ordonne un nouveau procès à l'égard d'une même accusation ou d'une infraction comprise, la poursuite peut-elle présenter à titre de preuve principale le témoignage donné par un accusé au cours du premier procès? Cette Cour a examiné cette question dans l'arrêt *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 105, avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi cons-*

setting, in *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 105, and answered affirmatively. It now comes back to us because of s. 13 of the *Charter*.

The Facts

The appellant was charged in Alberta with second degree murder. At his trial before Rowbotham J. sitting with a jury, the appellant gave evidence in his defence, admitting that he had killed the deceased but also alleging certain circumstances of justification. The appellant did not invoke the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. The appellant was convicted, but successfully appealed the conviction to the Alberta Court of Appeal and was granted a new trial on grounds of misdirection to the jury: (1982), 69 C.C.C. (2d) 494. At the new trial, the Crown read in the appellant's testimony from the first trial over the objection of appellant's counsel, such objection based on s. 13 of the *Charter*. The appellant chose not to testify nor did he call any evidence. He was again convicted. He appealed again to the Alberta Court of Appeal on the sole ground that the trial judge erred in admitting into evidence, as part of the Crown's case, the testimony of the appellant from his former trial. The appeal was dismissed: (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594. The accused now comes to this Court.

The *Charter* had not come into force at the time the appellant testified in his first trial but was in force when Crown counsel adduced his evidence-in-chief in the second trial.

The Statutes

Canadian Charter of Rights and Freedoms

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceed-

titutionnelle de 1982, adoptée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (U.K.), chap. 11), dans un contexte juridique différent et y a répondu par l'affirmative. Cette question nous est posée de nouveau à cause de l'art. 13 de la *Charte*.

Les faits

L'appelant a été accusé de meurtre au deuxième degré en Alberta. Au cours de son procès devant le juge Rowbotham siégeant avec un jury, l'appelant a témoigné pour sa défense, admettant qu'il avait tué la victime mais alléguant également certaines circonstances justificatives. L'appelant n'a pas invoqué la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10. L'appelant a été déclaré coupable mais a interjeté appel avec succès de cette déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Alberta et a obtenu un nouveau procès à cause de directives erronées au jury: (1982), 69 C.C.C. (2d) 494. Au nouveau procès, la poursuite a lu le témoignage que l'appelant avait donné à son premier procès, en dépit de l'opposition de l'avocat de l'appelant; cette opposition était fondée sur l'art. 13 de la *Charte*. L'appelant a choisi de ne pas témoigner et n'a cité aucun témoin. Il a encore une fois été déclaré coupable. Il a de nouveau interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta invoquant comme seul moyen que le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve, dans le cadre de la preuve à charge, le témoignage que l'appelant avait donné à son premier procès. L'appel a été rejeté: (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594. L'accusé se pourvoit maintenant devant cette Cour.

La *Charte* n'était pas entrée en vigueur au moment où l'appelant a témoigné à son premier procès, mais elle l'était lorsque l'avocat de la poursuite a présenté sa preuve principale dans le deuxième procès.

Les lois

Charte canadienne des droits et libertés

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure

ings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Canada Evidence Act

5. (1) No witness shall be excused from answering any question upon the ground that the answer to such question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer upon the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering such question, then although the witness is by reason of this Act, or by reason of such provincial Act, compelled to answer, the answer so given shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of such evidence.

The Judgments

Alberta Court of Queen's Bench

Moshansky J. admitted into evidence the appellant's previous testimony, holding that s. 13 of the *Charter* did not apply as the *Charter* did not come into force until after the appellant had testified in his first trial: (1983), 5 C.C.C. (3d) 273, 6 C.R.R. 125. He stated that since s. 13 is framed in the present tense, it is intended to apply to a witness who testifies rather than to one who has testified on some previous occasion.

The trial judge then went on to say that regardless of the retrospectivity question, s. 13 would still not apply as the section is intended to apply to a witness rather than to an accused. He did not find it necessary to deal with the argument concerning the meaning of the words "other proceedings" in s. 13.

ou pour témoignages contradictoires.

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Loi sur la preuve au Canada

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi, ou sans la loi de quelque législature provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale, forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

Les jugements

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Le juge Moshansky a admis en preuve le témoignage antérieur de l'appelant, concluant que l'art. 13 de la *Charte* ne s'appliquait pas car la *Charte* n'était entrée en vigueur qu'après le témoignage de l'appelant à son premier procès: (1983), 5 C.C.C. (3d) 273, 6 C.R.R. 125. Il a conclu que, comme l'art. 13 est rédigé au présent, il doit s'appliquer à un témoin qui dépose plutôt qu'à celui qui a déposé précédemment.

Le juge du procès a alors ajouté que, même si on ne tenait pas compte du caractère rétroactif, l'art. 13 ne s'appliquerait toujours pas car l'article doit s'appliquer à un témoin plutôt qu'à un accusé. Il n'a pas jugé nécessaire de traiter de l'argument portant sur la signification des termes «autres procédures» à l'art. 13.

Alberta Court of Appeal

The court ruled that the evidence was admissible, although it disagreed with the trial judge's finding that s. 13 did not apply because of the retrospectivity argument. The court held that s. 13 did apply in a situation where the witness in question was the accused and when the testimony in question had been given previously. The court stated that s. 13 in effect sets forth "the right to have the testimony not used". However, the court ruled that the second trial is not "any other proceedings" and therefore the accused could not invoke s. 13 under these circumstances.

Respondent Crown takes the view that s. 13 could not be invoked by the accused at his second trial because it applied only to testimony given after the advent of the *Charter*, that in any event the evidence in this case when given was not "incriminating", and furthermore, that a retrial is not "any other proceedings". Finally, the respondent invokes, as a subsidiary argument, s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

As I am of the view that this appeal should succeed, I will address all of the issues raised by the respondent in support of the Court of Appeal's conclusion to dismiss the accused's appeal.

Nature and Purpose of s. 13

A plain reading of s. 13 indicates that the guarantee it provides is directed against self-incrimination through the use of one's previous testimony. It is a very specific form of protection against self-incrimination and must therefore be viewed in the light of two closely related rights, the right of non-compellability and the presumption of innocence, set forth in s. 11(*c*) and (*d*) of the *Charter*:

> **11.** Any person charged with an offence has the right
>
> . . .
>
> (*c*) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

Cour d'appel de l'Alberta

La Cour d'appel a jugé que la preuve était admissible, bien qu'elle ne fût pas d'accord avec la conclusion du juge du procès que l'art. 13 ne s'appliquait pas à cause de l'argument fondé sur la rétroactivité. La cour a conclu que de fait l'art. 13 s'appliquait dans une situation où le témoin en question était l'accusé et lorsque le témoignage en question avait été donné à une date antérieure. La cour a dit qu'en effet, l'art. 13 établissait le «droit à ce qu'aucun témoignage ne soit utilisé». Toutefois, la cour a statué que le second procès n'était pas visé par l'expression «d'autres procédures» et que par conséquent l'accusé ne pouvait invoquer l'art. 13 dans de telles circonstances.

Sa Majesté intimée adopte la position que l'art. 13 ne pouvait être invoqué par l'accusé à son second procès parce qu'il ne s'applique qu'aux témoignages donnés après l'entrée en vigueur de la *Charte*, que de toute façon le témoignage en l'espèce, lorsqu'il a été donné, n'était pas «incriminant» et qu'en outre, un nouveau procès n'est pas visé par l'expression «d'autres procédures». Enfin, l'intimée invoque, à titre subsidiaire, le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

Comme je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, j'examinerai toutes les questions soulevées par l'intimée à l'appui de la conclusion de la Cour d'appel de rejeter l'appel de l'accusé.

Nature et but de l'art. 13

L'article 13 correctement interprété indique que la garantie qu'il accorde vise à empêcher l'auto-incrimination par l'utilisation d'un témoignage antérieur. C'est une forme de protection très précise contre l'auto-incrimination et elle doit par conséquent être interprétée dans le contexte de deux droits intimement liés, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et la présomption d'innocence établis aux al. 11*c*) et *d*) de la *Charte*:

> **11.** Tout inculpé a le droit:
>
> . . .
>
> *c*) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

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

Section 11(*d*) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence. As Laskin J. (as he then was) wrote in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, at p. 317:

The "right to be presumed innocent" ... is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

The Crown's "burden of establishing guilt" and the "right of silence", *i.e.*, the concept of a "case to meet", which are essential elements of the presumption of innocence, also underlie the non-compellability right. For, as Professor Ratushny has written,

In many ways, it is the principle of a 'case to meet' which is the real underlying protection which the 'non-compellability' rule seeks to promote. The important protection is not that the accused need not testify, but that the Crown must prove its case before there can be any expectation that he will respond, whether by testifying himself, or by calling other evidence. However, even where a 'case to meet' has been presented, the burden of proof remains upon the Crown to the end.

("The Role of the Accused in the Criminal Process", in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), at pp. 358-59.)

The accused need only respond once. The Crown must present its evidence at an open trial. The accused is entitled to test and to attack it. If it does not reach a

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

L'alinéa 11*d*) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins. Comme le juge Laskin (plus tard Juge en chef) l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, à la p. 317:

Le «droit à la présomption d'innocence» ... signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à la p. 452.

Le fardeau qui incombe à la poursuite «d'établir la culpabilité», et le «droit au silence», c.-à-d. l'obligation de présenter une «preuve complète» qui constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, sont également sous-jacents au droit de ne pas être obligé de témoigner. Ainsi comme l'a écrit le professeur Ratushny:

À plusieurs égards, l'obligation pour la Couronne de présenter une «preuve complète» constitue au fond, la véritable protection que veut atteindre la règle interdisant de contraindre l'accusé à témoigner. Ce n'est pas le fait que l'accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de sa part, soit qu'il témoigne lui-même, qu'il fasse entendre d'autres témoins ou qu'il présente toute autre preuve. Même lorsque la Couronne a présenté une «preuve complète» elle conserve jusqu'à la fin le fardeau de la preuve.

(«Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 448.)

[TRADUCTION] L'accusé n'est tenu de répondre à l'accusation qu'une seule fois. La Couronne doit présenter sa preuve à un procès public. L'accusé a le droit d'éprou-

certain standard, the accused is entitled to an acquittal. If it does reach that standard, then and only then is the accused required to respond or to stand convicted.

(*Self-incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 180.)

As such, the concept of the "case to meet" is common to ss. 11(*c*), (*d*) and 13. In the context of ss. 11(*c*) and 13, it means specifically that the accused enjoys "the initial benefit of a right of silence" (*R. v. Appleby*, *supra*) and its corollary, protection against self-incrimination. Section 13, like s. 11(*c*), is a recognition of the principle that,

> . . . the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), para. 2251, at p. 318.)

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(*c*) and (*d*), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(*c*) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

The consequences which flow from the nature and purpose of the right enunciated in s. 13 touch upon the following issues:

1. Whether the section applies to a witness who testifies or to a person who has testified on a previous occasion, that is, the determination of the beneficiary of the right;
2. the interpretation of the terms "incriminating evidence" and "used to incriminate";
3. the interpretation of the terms "any other proceedings".

For reasons hereinafter stated, while s. 11(*c*) and (*d*) both have a bearing on the determination of these three issues, s. 11(*c*) (non-compellability)

ver cette preuve et de la contester. Si cette preuve ne satisfait pas à certains critères, l'accusé a le droit d'être acquitté. Ce n'est que si la preuve satisfait à certains critères que l'accusé sera tenu d'y répondre ou de courir le risque d'une déclaration de culpabilité.

(*Self-incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 180.)

Comme tel, le principe de l'obligation de présenter une «preuve complète» est commun aux al. 11*c*), *d*) et à l'art. 13. Dans le contexte de l'al. 11*c*) et de l'art. 13, il signifie précisément que l'accusé jouit de «l'avantage initial du droit au silence» (*R. c. Appleby*, précité) et de son corollaire, la protection contre l'auto-incrimination. L'article 13, tout comme l'al. 11*c*), constitue la reconnaissance du principe selon lequel

> [TRADUCTION] . . . l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un individu, celui-ci ne doit être inquiété que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), par. 2251, à la p. 318.)

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11*c*) et *d*), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11*c*) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

Les conséquences qui découlent de la nature et de l'objet du droit énoncé à l'art. 13 touchent aux points suivants:

1. La question de savoir si l'article s'applique à un témoin qui dépose ou à une personne qui a témoigné précédemment, c'est-à-dire la détermination du bénéficiaire du droit;
2. l'interprétation des expressions «témoignage incriminant» et «utilisé pour l'incriminer»;
3. l'interprétation de l'expression «d'autres procédures».

Pour les motifs énoncés ci-dessous, bien que les al. 11*c*) et *d*) portent tous deux sur la détermination de ces trois questions, l'al. 11*c*) (interdiction

is determinative as regards the first two, whilst s. 11(*d*) (the burden of proof and the concept of the case to meet) is determinative of the third question, the meaning of "any other proceedings".

I shall address each in turn.

The Beneficiary of the Right

In my view, s. 13 is not being given in this case a retrospective effect. As I have indicated earlier, s. 13 guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings. That right came into force on April 17, 1982, the date of the coming into force of the *Charter*. However, given the nature and purpose of the right, it inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize previous testimony to incriminate him or her. The time at which the previous testimony was given is irrelevant for the purpose of determining who may or may not claim the benefit of s. 13. As of April 17, 1982, all persons acquired the right not to have evidence previously given used to incriminate them. The protection accorded by the right is related not to the moment the testimony is given, but to the moment at which an attempt is made to use that evidence in an incriminating fashion.

The fact of having given previous testimony is no more than a requisite for the operation of s. 13. To quote Martin J.A. in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 at pp. 102-03:

> An enactment does not, however, operate retrospectively because a part of the requisites for its operation is drawn from a time antecedent to its coming into force, nor because it takes into account past events: see *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; affirmed [1978] 2 S.C.R. 391, 39 C.C.C. (2d) 479*n*, [1978] 2 W.W.R. 478 (S.C.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (Ont. C.A.).

As section 13 guarantees the right of a person against self-incrimination, rather than the rights of a witness giving testimony, it inures to an individu-

de contraindre l'accusé de témoigner) apporte une réponse en ce qui a trait aux deux premières alors que l'al. 11*d*) (le fardeau de la preuve et le principe de la preuve complète) apporte une réponse à la troisième question, la signification de l'expression «d'autres procédures».

J'examinerai successivement chacune de ces questions.

Le bénéficiaire du droit

À mon avis, l'art. 13 ne reçoit pas en l'espèce une interprétation lui donnant un effet rétroactif. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'art. 13 garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Ce droit s'applique depuis le 17 avril 1982, date de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Toutefois, étant donné la nature et le but du droit, il s'applique à un individu dès le moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer. La date du témoignage antérieur n'est pas pertinente aux fins de déterminer qui peut ou non réclamer la protection de l'art. 13. Le 17 avril 1982, toutes les personnes ont acquis le droit de ne pas voir les témoignages donnés antérieurement utilisés pour les incriminer. La protection accordée par le droit ne se rapporte pas au moment où le témoignage est donné, mais au moment où l'on tente d'utiliser ce témoignage d'une manière incriminante.

L'existence d'un témoignage antérieur n'est rien de plus qu'une condition requise pour l'application de l'art. 13. Pour citer le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 aux pp. 102 et 103:

> [TRADUCTION] Toutefois, une disposition législative ne s'applique pas rétroactivement parce qu'une partie des conditions requises pour son application est tirée d'une période précédant son entrée en vigueur ni parce qu'elle tient compte d'événements passés: voir *R. v. Johnston* (1977), 34 C.C.C. (2d) 325, [1977] 2 W.W.R. 613, 37 C.R.N.S. 234; confirmé par [1978] 2 R.C.S. 391, 39 C.C.C. (2d) 479*n*, [1978] 2 W.W.R. 478 (C.S.C.); *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304, 17 C.R. (3d) 14, 6 M.V.R. 255 (C.A. Ont.).

Comme l'article 13 garantit le droit d'une personne contre l'auto-incrimination, plutôt que les droits d'un témoin qui dépose, il ne s'applique à un

al only at the moment an attempt is made to use previous testimony to incriminate its author. Since in this case the attempt to use Dubois' previous testimony occurred after the coming into force of the *Charter*, there arises here no issue of retrospectivity.

The Crown has argued that the right expressed in s. 13 accrues only to an individual who is a "witness", that the right is given "to an individual *qua* witness and not *qua* accused". The Crown seeks support for this position in the fact that the section speaks in the present tense. The protection, it is argued, is given to "a witness who testifies and not to a witness who has testified". That argument was answered in part by Kerans J.A. of the Alberta Court of Appeal in the present case reported at (1984), 11 C.C.C. (3d) 453 where he stated at p. 455:

> It is argued correctly for the Crown that, on the day on which the Charter came into force, the accused was a witness who had testified, and not a witness who was yet to testify. But the expression 'a witness who testifies' was inserted in the Charter in substitution of the draft words 'a witness ... when compelled to testify' in order to remove doubt whether a technically voluntary witness, such as an accused, can assert the protection of the section. The words 'who testifies' merely clarify that 'witness' includes a voluntary witness: see the analysis by Grotsky J. in *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138, [1983] 2 W.W.R. 145, 45 C.B.R. (N.S.) 200 (overruled on other grounds 8 C.C.C. (3d) 150, 3 D.L.R. (4th) 574, [1983] 6 W.W.R. 729). I therefore accept the contention for the accused that the right to prevent incriminating use of previous testimony extends to all witnesses, and whenever they testify.

Section 13, unlike s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, does not require any objection on the part of the person giving the testimony, nor does it refer to any compulsion to answer. Indeed, as noted by Kerans J.A. in the passage quoted above, the "compulsion to answer" requirement, which was set forth in a previous draft of s. 13, was ultimately removed from the final version of the section. Thus, the legislative history of the provision indicates that " 'witness' includes a voluntary witness".

individu qu'au moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour incriminer son auteur. Étant donné qu'en l'espèce on a tenté d'utiliser le témoignage antérieur de Dubois après l'entrée en vigueur de la *Charte*, la question de la rétroactivité ne se pose pas.

La poursuite soutient que le droit exprimé à l'art. 13 ne s'applique qu'à l'individu qui est un «témoin», que le droit n'est donné [TRADUCTION] «qu'à un individu en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé». La poursuite allègue à l'appui de cette position que l'article est rédigé au présent. Elle soutient que la protection n'est donnée [TRADUCTION] «qu'à un témoin qui dépose et non à un témoin qui a déposé». Dans les motifs maintenant publiés à (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, le juge Kerans de la Cour d'appel de l'Alberta a répondu en partie à cet argument, à la p. 455:

> [TRADUCTION] La poursuite soutient à juste titre que, le jour de l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'accusé était un témoin qui avait déposé et non un témoin qui était sur le point de déposer. Toutefois l'expression «*a witness who testifies*» a été inscrite dans le texte anglais de la *Charte* pour remplacer le projet de rédaction «*a witness ... when compelled to testify*» afin de dissiper tout doute en ce qui a trait à la question de savoir si un témoin en principe volontaire, comme un accusé, peut réclamer la protection de l'article. L'expression «*who testifies*» dans le texte anglais précise simplement que le terme *witness* englobe un témoin volontaire. Voir l'analyse du juge Grotsky dans *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138, [1983] 2 W.W.R. 145, 45 C.B.R. (N.S.) 200 (infirmé pour d'autres motifs dans 8 C.C.C. (3d) 150, 3 D.L.R. (4th) 574, [1983] 6 W.W.R. 729). Par conséquent, j'accepte l'argument de l'accusé selon lequel le droit d'empêcher l'usage incriminant d'un témoignage antérieur vise tous les témoins, peu importe le moment où ils déposent.

L'article 13, contrairement au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, n'exige pas une opposition de la part de la personne qui témoigne et ne mentionne pas non plus une obligation de répondre. En fait, comme l'a souligné le juge Kerans dans le passage précité, l'exigence relative à «l'obligation de répondre», établie dans un projet de rédaction de l'art. 13, a par la suite été retirée de la version finale de l'article. Ainsi, l'histoire législative de la disposition indique que le terme *witness* englobe un témoin volontaire.

Moreover, given the nature and purpose of the right, which is essentially protection against self-incrimination, the issue of whether the testimony was compulsory or voluntary at the moment it was given is largely irrelevant. The focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given.

For these reasons, s. 13, in my view, applies as much to testimony voluntarily given by an accused as to testimony given by a witness under compulsion.

The Crown has relied upon the case of *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, in support of its position. In that case, Dickson J., (as he then was), speaking for the Court, stated that the privilege against self-incrimination extended to the accused "*qua* witness and not *qua* accused". However, in that case Dickson J. was delineating the scope of the privilege in relation to a refusal by a suspect to participate in an identification line-up and thus contrasting testimonial compulsion with other forms of compulsion. He stated, at pp. 768-69:

> The privilege, historically and comprehensively analyzed in 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, pp. 284 *et seq.*, developed in revulsion from the system of interrogation practised in the old ecclesiastical courts and the Star Chamber, *i.e.* summoning a person, without giving him warning of the charge against him, and examining him on oath. The general rule evolved that no one was bound to answer any question if the answer would tend to expose him to a criminal charge. As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the witness box, *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5. As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness box or to answer incriminating questions. If he chooses to testify, the protective shield, of course, disappears. In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally . . . .

En outre, étant donné la nature et le but du droit, qui est essentiellement la protection contre l'auto-incrimination, la question de savoir si le témoignage était obligatoire ou volontaire au moment où il a été donné est en grande partie non pertinente. Le droit vise principalement les secondes procédures, la date où l'on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné.

Pour ces motifs, l'art. 13 s'applique à mon avis autant au témoignage donné de manière volontaire par un accusé qu'au témoignage donné par une personne qui est obligée de témoigner.

Le ministère public a invoqué l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, à l'appui de sa position. Dans cet arrêt, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), parlant au nom de la Cour, a dit que le privilège contre l'auto-incrimination s'étend à l'accusé «en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé». Toutefois, dans cet arrêt le juge Dickson délimitait la portée du privilège relativement au refus d'un suspect de participer à une séance d'identification et faisait ainsi la comparaison entre la contrainte en matière testimoniale et d'autres formes de contraintes. Il a dit aux pp. 768 et 769:

> Le privilège, dont une analyse historique et globale est faite dans 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, aux pp. 284 sqq., s'est développé par réaction à la méthode d'interrogatoire pratiquée devant les anciens tribunaux ecclésiastiques et devant la Chambre Étoilée, où l'usage consistait à faire comparaître une personne, sans l'aviser de quoi elle était inculpée, et à l'interroger sous serment. La règle générale a évolué jusqu'à ce que personne ne soit obligé de répondre à une question si la réponse pouvait tendre à l'exposer à une inculpation de nature criminelle. Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée, *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 5. Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection. En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général . . .

Marcoux thus stands for the proposition that the protection against self-incrimination is not functionally operative at the pre-trial stage of a police line-up. It in no way shores up the argument advanced by the Crown.

My view, therefore, is that the protection of s. 13 operates at the second proceedings; consequently the time at which the previous testimony was given and the question of whether it was given voluntarily or under compulsion are irrelevant. I am strengthened in this view by a brief analysis of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* in relation to s. 13 of the *Charter*.

At common law, a witness had the privilege of refusing to answer a question where the answer would tend to criminate him or her. That common law privilege has been abolished by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*. Section 5(2) of the Act provides, however, that:

> (2) Where with respect to any question a witness objects to answer ... although the witness is ... compelled to answer, the answer so given shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place ....

This limited form of protection against self-incrimination clearly has no application to the proceedings in which the testimony is taken and applies only to subsequent proceedings (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152 at pp. 219-20). It applies, in other words, in subsequent proceedings in which the former witness has become the accused. Hence section 5(2) has to some extent shifted the focus of the protection against self-incrimination from the proceedings in which the testimony is given to subsequent proceedings in which the witness has become the accused.

The focus on the subsequent proceedings is even more pronounced in s. 13 of the *Charter*, which does not refer to any compulsion to answer at the time of the testimony nor to any objection to answer on the part of the accused. Consequently, although s. 13 refers to "A witness who testifies",

L'arrêt *Marcoux* étaye donc la proposition que la protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas de manière fonctionnelle à l'étape d'une séance d'identification qui est antérieure au procès. Cet arrêt n'appuie aucunement l'argument avancé par la poursuite.

Par conséquent, je suis d'avis que la protection qu'offre l'art. 13 s'applique aux secondes procédures; en conséquence la date à laquelle le témoignage antérieur a été donné et la question de savoir s'il a été donné volontairement ou sous la contrainte ne sont pas pertinentes. Une brève analyse du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'art. 13 de la *Charte* renforce mon opinion.

En *common law*, un témoin avait le privilège de refuser de répondre à une question lorsque cette réponse pouvait tendre à l'incriminer. Ce privilège de *common law* a été aboli par le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, le par. 5(2) de la Loi prévoit:

> (2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre ... bien que ce témoin soit ... forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite ...

De toute évidence, cette forme limitée de protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas aux procédures dans lesquelles le témoignage est recueilli et ne s'applique qu'aux procédures subséquentes (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, aux pp. 219 et 220). En d'autres termes, elle s'applique dans les procédures subséquentes dans lesquelles celui qui était témoin est devenu l'accusé. Par conséquent, le par. 5(2) a, dans une certaine mesure, déplacé le point focal de la protection contre l'auto-incrimination des procédures dans lesquelles le témoignage est donné aux procédures subséquentes dans lesquelles le témoin est devenu l'accusé.

L'accent mis sur les procédures subséquentes est encore plus prononcé dans l'art. 13 de la *Charte*, qui ne mentionne aucune obligation de répondre au moment du témoignage ni aucune opposition à répondre de la part de l'accusé. En conséquence, bien que l'art. 13 mentionne dans le texte anglais

it is, like its predecessor, designed to be operative and to protect the interests of the person in the subsequent proceedings. Indeed, it is even clearer in s. 13 that the right functions at the level of the "other proceedings".

For these reasons, the Crown cannot, in my view, succeed in this portion of its argument.

Incriminating Evidence

The wording of the section refers twice to the notion of incrimination. According to the Crown, this means that the evidence in issue must, (1) have been incriminating in the first proceedings in which it was given, and (2) be incriminating in the second proceedings where the Crown attempts to use it.

Although a literal reading of the section supports the position of the Crown, I am nevertheless of the view that s. 13 does not require that the incriminating character of the evidence be evaluated in the first proceedings as well as in the second. Indeed, the literal approach defeats the nature and purpose of the section and furthermore leads to absurdity. When such is the case, the literal approach should not prevail unless the language used is of "absolute intractability", which is not the case here. The comments of Anglin J. in *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 S.C.R. 589, at p. 624 are, in my view, appropriate to the *Charter* context:

> Only 'absolute intractability of the language used' can justify a construction which defeats what is clearly the main object of a statute.
>
> . . .
>
> It would be contrary to sound construction to permit the use of a term not altogether apt to defeat the intention of the legislature, which must not be assumed to have foreseen every result that may accrue from the use of a particular word.

This Court has already adopted a purposive approach in the context of the *Charter's* interpretation: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2

«*A witness who testifies*», cette expression, comme celle qu'elle remplace, est destiné à s'appliquer et à protéger les intérêts de la personne dans les procédures subséquentes. En réalité, il est même plus clair dans l'art. 13 que le droit fonctionne au niveau des «autres procédures».

Pour ces motifs, la poursuite ne peut, à mon avis, avoir gain de cause dans cette partie de son argumentation.

Témoignage incriminant

Le texte de l'article mentionne deux fois la notion d'incrimination. Selon la poursuite, cela signifie que le témoignage en cause doit (1) avoir été incriminant dans la première procédure au cours de laquelle il a été donné et (2) être incriminant dans la seconde procédure dans laquelle la poursuite cherche à l'utiliser.

Bien que l'interprétation littérale de l'article étaye la prétention de la poursuite, je suis néanmoins d'avis que l'art. 13 n'exige pas que le caractère incriminant du témoignage soit évalué tant dans la première procédure que dans la seconde. En réalité, l'interprétation littérale va contre la nature et l'objet de l'article et aboutit de plus à une absurdité. Lorsqu'il en est ainsi, l'interprétation littérale ne doit pas s'appliquer à moins d'«irréductibilité absolue» du texte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les commentaires du juge Anglin dans l'arrêt *Regina Public School District v. Gratton Separate School District* (1915), 50 R.C.S. 589, à la p. 624 sont, à mon avis, également pertinents dans le contexte de la *Charte*:

> [TRADUCTION] Seule «l'irréductibilité absolue des termes employés» peut justifier une interprétation qui contredit ce qui est manifestement l'objet principal d'une loi.
>
> . . .
>
> Il serait contraire à l'interprétation rationnelle de permettre d'utiliser un terme qui ne soit pas entièrement susceptible de contredire l'intention du législateur, dont il ne faut pas présumer qu'il a prévu toutes les conséquences qui peuvent découler de l'emploi d'un mot particulier.

Cette Cour a déjà adopté une analyse fonctionnelle dans le contexte de l'interprétation de la *Charte*; voir les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2

S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. As elaborated in the preceding pages of this judgment, the purpose of the section indicates that the only moment in time which is relevant to the assessment of the incriminating nature of the evidence is the second proceedings.

As regards absurdity, in a great many cases, whether evidence is incriminating or not can only be properly assessed at the time it is being used in the subsequent proceedings, at the time when the Crown seeks to make use of the evidence. How, for example, could one assess the incriminating nature of evidence at the first proceedings, when the witness is not necessarily the accused and when the crime for which the witness may subsequently be charged may not even yet have been committed.

The decision of this Court in *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, presents additional support for the view that the incriminating nature of the evidence must be evaluated in the second proceedings. In that case, a majority of this Court held that the admission in evidence of statements made by an accused to persons in authority, whether inculpatory or exculpatory at the time they were made, was governed by the same considerations that is, by reference to the use which the Crown sought to make of it rather than by its content.

In the context of s. 13, the use which the Crown seeks to make of the evidence can only be ascertained at the time of the second proceedings.

For all of these reasons, I would reject the Crown's argument that the evidence in issue must be incriminating in both the first and second proceedings.

I am also of the view that any evidence the Crown tenders as part of its case against an accused is, for the purpose of s. 13, incriminating evidence. The Crown tenders evidence to support its case and obtain a conviction; it knows best what is incriminating. In a sense, the Crown could be said to be estopped from arguing that the evidence it tenders to that end is not incriminating. Since in this case, the Crown is tendering the evidence as

R.C.S. 145, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. L'objet de cet article, que j'ai dégagé dans les pages précédentes des présents motifs, indique que le seul moment pertinent relativement à l'appréciation de la nature incriminante du témoignage est celui de la seconde procédure.

Pour ce qui est de l'absurdité, dans un grand nombre d'affaires, ce n'est qu'au moment où le témoignage est utilisé dans la procédure subséquente qu'on peut vraiment déterminer s'il est incriminant ou non, c'est-à-dire au moment où la poursuite cherche à utiliser le témoignage comme preuve. Comment peut-on, par exemple, déterminer la nature incriminante du témoignage à la première procédure, lorsque le témoin n'est pas nécessairement l'accusé et lorsque l'infraction dont le témoin peut plus tard être inculpé n'a peut-être même pas encore été commise.

L'arrêt de cette Cour *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, confirme l'avis que la nature incriminante du témoignage doit s'évaluer dans la seconde procédure. Dans cet arrêt, cette Cour a conclu à la majorité que l'admission en preuve de déclarations faites par un accusé à des personnes en situation d'autorité, qu'elles soient justificatives ou incriminantes au moment où elles ont été faites, est soumise aux mêmes critères, c'est-à-dire qu'elle dépend de l'utilisation que la poursuite cherche à en faire plutôt que de leur teneur.

Dans le contexte de l'art. 13, l'utilisation que la poursuite tente de faire du témoignage ne peut se déterminer qu'au moment de la seconde procédure.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'argument de la poursuite que le témoignage en cause doit être incriminant tant dans la première que dans la seconde procédure.

Je suis également d'avis que tout témoignage que la poursuite soumet dans le cadre de sa preuve à charge est, pour les fins de l'art. 13, un témoignage incriminant. La poursuite soumet des témoignages pour étayer sa preuve et obtenir une déclaration de culpabilité; c'est elle qui sait ce qui est incriminant. En un sens, on pourrait dire que la poursuite n'est pas admise à soutenir que le témoignage qu'elle présente à cette fin n'est pas incrimi-

part of its case, which clearly comes within the meaning of "used to incriminate", we need not here address the question of whether those words include resort to the previous testimony for the purpose of cross-examining the accused, were the latter to choose to take the stand again in his or her own defence.

Any Other Proceedings

Having established that s. 13 is a form of protection against self-incrimination, it is still necessary to consider whether this implies that an accused who has chosen to testify should be protected in a retrial of the same offence or one included therein.

I do not see how the evidence given by the accused to meet the case as it was in the first trial could become part of the Crown's case against the accused in the second trial, without being in violation of s. 11(*d*), and to a lesser extent of s. 11(*c*). For, the accused is being *conscripted* to help the Crown in discharging its burden of *a case to meet*, and is thereby denied his or her right to stand mute until a case has been made out.

To allow the prosecution to use, as part of its case, the accused's previous testimony would, in effect, allow the Crown to do indirectly what it is estopped from doing directly by s. 11(*c*), *i.e.* to compel the accused to testify. It would also permit an indirect violation of the right of the accused to be presumed innocent and remain silent until proven guilty by the prosecution, as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*. Our constitutional *Charter* must be construed as a system where "Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts" (P. A. Côté writing about statutory interpretation in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 236). The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others (see, for example, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (Ont. C.A.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (B.C.C.A.); *Reference re Education Act of*

nant. Puisqu'en l'espèce la poursuite présente le témoignage dans le cadre de sa preuve principale, laquelle est manifestement visée par l'expression «utilisé pour l'incriminer», nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si ces termes font référence à l'utilisation du témoignage antérieur dans le but de contre-interroger l'accusé, si ce dernier choisissait de témoigner pour sa propre défense.

Dans d'autres procédures

Après avoir établi que l'art. 13 confère une forme de protection contre l'auto-incrimination, il est aussi nécessaire de déterminer si cela signifie qu'un accusé qui a choisi de témoigner doit être protégé à l'occasion du nouveau procès relativement à la même infraction ou à une infraction comprise.

Je ne vois pas comment le témoignage donné par l'accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l'al. 11*d*), et à un degré moindre à l'al. 11*c*), faire partie de la preuve présentée par la poursuite contre l'accusé au second procès. En effet, l'accusé serait alors *forcé* d'aider la poursuite à s'acquitter du fardeau de *présenter une preuve complète* et en conséquence privé de son droit de se taire jusqu'à ce que la preuve ait été faite.

Permettre à la poursuite d'utiliser, dans le cadre de sa preuve principale, le témoignage antérieur de l'accusé aurait comme conséquence de lui permettre de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11*c*), c.-à-d. contraindre l'accusé de témoigner. Ce serait de plus permettre une violation indirecte du droit de l'accusé d'être présumé innocent et de garder le silence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la poursuite, droit que lui garantit l'al. 11*d*) de la *Charte*. Notre *Charte* constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où «chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments» (comme l'écrit P.A. Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 257). Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la *Charte* en fonction des autres articles (voir, par exemple, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (C.A. Ont.); *R. v. Konechny*, [1984] 2

Ontario and Minority Language Education Rights (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, *supra*). To hold that a new trial is not "any other proceedings" within the meaning of s. 13 would in fact authorize an interpretation of a *Charter* right which would imply a violation of another *Charter* right. Such a result should be avoided.

A retrial of the same offence or one included therein, ordered by a court of appeal, is therefore "other proceedings" within the meaning of s. 13.

Concern has been expressed as regards the logical extension of this reasoning to the admissibility of evidence given by an accused at the preliminary inquiry under s. 469 of the *Criminal Code*. The matter is not raised on this appeal. But, even assuming without deciding that a preliminary inquiry is another proceeding, the question then to be addressed is whether s. 469 would be, under s. 1 of the *Charter*, an unreasonable limit to the protections afforded by s. 13. Relevant to this determination would, amongst other considerations, be the nature of the jeopardy in which an accused is placed, at that stage, if he chooses not to testify at the preliminary to rebut the "*prima facie* case".

Because of the Crown's great reliance on this Court's endorsement of Johnson J.A.'s remarks in *R. v. Brown (No. 2)*, *supra*, I feel something must be said on the matter before concluding. That was a case where the Northwest Territories Court of Appeal (1963), 40 C.R. 90 had found that when a new trial is ordered because the first trial was a mistrial, the accused's evidence given at the first trial is not admissible in evidence against him at the second trial. Johnson J.A. dissented, and said that it was admissible. This Court reversed the Court of Appeal and adopted Johnson J.A.'s reasons. With respect, Johnson J.A.'s *ratio decidendi* is uncertain. It is difficult to ascertain to what extent the judge's dissent is dependent upon the fact that the accused did not object to answer, assuming he could have under the law, thereby bringing himself within the protection afforded by

W.W.R. 481 (C.A.C.-B.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, précité). Conclure qu'un nouveau procès n'est pas une «autre procédure» au sens de l'art. 13 équivaudrait en fait à permettre une interprétation d'un droit conféré par la *Charte* qui comporte la violation d'un autre droit conféré par la *Charte*. Il faut éviter un tel résultat.

Un nouveau procès ordonné par une cour d'appel, pour la même infraction ou une infraction comprise, est en conséquence une «autre procédure» au sens de l'art. 13.

Certaines craintes ont été exprimées quant aux conséquences logiques de ce raisonnement sur l'admissibilité au procès du témoignage donné à l'enquête préliminaire par un prévenu en vertu de l'art. 469 du *Code criminel*. Cette question n'est pas soulevée en l'espèce. Cependant, même en tenant pour acquis, sans toutefois en décider, qu'une enquête préliminaire constitue une «autre procédure», la question se poserait alors de savoir si l'art. 469 constitue, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une limite déraisonnable aux protections accordées par l'art. 13. Un facteur pertinent à cet égard serait notamment la nature du péril auquel l'accusé s'expose à ce stade s'il décide de ne pas témoigner à l'enquête préliminaire pour réfuter la «preuve *prima facie*».

Parce que la poursuite a accordé beaucoup de poids à l'approbation par cette Cour des remarques du juge Johnson dans l'arrêt *R. v. Brown (No. 2)*, précité, j'estime qu'il est nécessaire d'aborder ce sujet avant de conclure. Il s'agit là d'une affaire dans laquelle la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest (1963), 40 C.R. 90 a conclu que, lorsqu'il y a un nouveau procès parce que le premier a avorté, le témoignage de l'accusé donné au cours du premier procès n'est pas recevable en preuve contre lui au second procès. Le juge Johnson, qui était dissident, a affirmé que le témoignage était recevable. Cette Cour a infirmé la décision de la Cour d'appel et adopté les motifs du juge Johnson. Avec égards, la raison déterminante de la décision du juge Johnson n'est pas évidente. Il est difficile de savoir dans quelle mesure la dissidence du juge dépend de ce que l'accusé ne

s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. The decision in *Brown* would not be an impediment to what I find is the proper construction of s. 13 of the *Charter* were it not for the following passage in Johnson J.A.'s reasons, at p. 101:

This privilege may be waived, and, of course, waiver takes place when a witness voluntarily enters the witness-box and, without claiming the protection afforded by s. 5(2) of the Canada Evidence Act, gives evidence of a criminating nature. In *Chambers v. Chambers (No. 2)*, [(1960), 31 W.W.R. 399], the court held that the privilege once waived could be reclaimed in the second trial between the same parties. Applying that rule to the present case, it is obvious that, because the appellant had waived the privilege of testifying at his first trial, he cannot be compelled by the Crown to enter the witness-box and give the same evidence at the second. But it is said that admitting this evidence in the way it was done here amounts to calling the accused as a Crown witness without allowing him the right of refusing to testify. This argument is best answered in the words of Lord Campbell C.J. in the *Regina v. Scott* case, *supra*, p. 59. Referring to the accused, his Lordship says:

> "The accusation of himself was an accomplished fact, and at the trial he was not called upon to accuse himself. The maxim relied upon (*nemo tenetur seipsum accusare*) applies to the time when the question is put, not to the use which the prosecutor seeks to make of the answer when the answer has been given."

(Emphasis added.)

The *Scott* case (*R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909) concerns a bankrupt who was, under the laws of England, bound by statute to answer all questions touching matters relating to his trade dealings. He did so and was subsequently prosecuted under the same statute for having mutilated his business book and records. This was a clear statutory exception to the protection given under the common law maxim "*nemo tenetur seipsum accusare*". In his judgment, Lord Campbell C.J. said, at p. 59:

Finally, the defendant's counsel relies upon the great maxim of English law "*nemo tenetur se ipsum accusare.*" So undoubtedly says the common law of

s'est pas opposé, dans l'hypothèse où il pouvait le faire en droit, à répondre et ne s'est pas ainsi prévalu du privilège accordé par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'arrêt *Brown* ne constituerait pas un obstacle à ce que je considère comme la bonne interprétation de l'art. 13 de la *Charte* si ce n'était du passage suivant des motifs du juge Johnson, à la p. 101:

[TRADUCTION] Il est possible de renoncer à ce privilège et, bien sûr il y a renonciation lorsque le témoin se présente volontairement à la barre et, sans invoquer le privilège accordé par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, donne un témoignage de nature incriminante. Dans l'arrêt *Chambers v. Chambers (No. 2)*, [(1960), 31 W.W.R. 399], la cour a statué qu'après avoir renoncé au privilège quelqu'un pouvait l'invoquer au second procès entre les mêmes parties. Si l'on applique cette règle à l'espèce, il est évident que, parce que l'appelant a renoncé au privilège quant au témoignage à son premier procès, la poursuite ne peut le contraindre de se présenter et de témoigner au second. On soutient cependant que recevoir cette preuve de la façon dont elle a été reçue en l'espèce équivaut à assigner l'accusé comme témoin de la poursuite sans lui laisser le droit de refuser de témoigner. La meilleure réponse à cet argument se trouve dans les paroles du juge en chef lord Campbell dans l'arrêt *Regina v. Scott*, précité, à la p. 59. À propos de l'accusé, sa Seigneurie dit:

> «L'auto-incrimination était un fait accompli et au procès, il ne se trouvait pas forcé de s'accuser lui-même. La maxime invoquée (*nemo tenetur seipsum accusare*) s'applique au moment où la question est posée et non à l'utilisation que la poursuite cherche à faire de la réponse lorsque celle-ci est donnée.»

(C'est moi qui souligne.)

L'arrêt *Scott* (*R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909) visait un failli qui, en vertu des lois britanniques, était tenu, en droit, de répondre à toutes les questions relatives à ses opérations commerciales. Il l'a fait et fut subséquemment poursuivi en vertu de la même loi pour avoir altéré ses registres de commerce. Il s'agissait d'une exception législative manifeste au privilège reconnu par la maxime de *common law* «*nemo tenetur seipsum accusare*». Dans ses motifs, le juge en chef lord Campbell dit, à la p. 59:

[TRADUCTION] Enfin, l'avocat de l'accusé invoque le grand principe de droit anglais «*nemo tenetur seipsum accusare*». C'est bien un principe de la *common law*

England. But Parliament may take away this privilege, and enact that a party may be bound to accuse himself; that is, that he must answer questions by answering which he may be criminated. This Act of Parliament, 12 & 13 Vict. c. 106, creates felonies and misdemeanors, and compels the bankrupt to answer questions which may shew that he has been guilty of some of those felonies or misdemeanors. The maxim of the common law therefore has been overruled by the Legislature, and the defendant has been actually compelled to give and has given answers, shewing that he is guilty of the misdemeanor with which he is charged. The accusation of himself was an accomplished fact, and at the trial he was not called upon to accuse himself.

d'Angleterre. Mais le législateur peut supprimer ce privilège et édicter qu'une personne peut être tenue de s'accuser elle-même. C'est-à-dire qu'elle doit répondre à des questions dont les réponses peuvent être incriminantes. Cette loi du Parlement, 12 & 13 Vict. chap. 106, définit des félonies (*felonies*) et des délits (*misdemeanors*) et oblige le failli à répondre à des questions qui peuvent démontrer qu'il s'est rendu coupable de certains de ces félonies ou délits. Le législateur a écarté l'application de la maxime de *common law* et l'accusé a été réellement tenu de fournir des réponses, ce qu'il a fait, qui démontraient qu'il était coupable de l'infraction dont il était accusé. L'auto-incrimination était un fait accompli et au procès, il ne se trouvait pas forcé de s'accuser lui-même.

It is immediately after having said this, that his Lordship added the passage later quoted by Johnson J.A.,

The maxim relied upon applies to the time when the question is put, not to the use which the prosecutor seeks to make of the answer when the answer has been given.

Sa Seigneurie ajoute immédiatement le passage cité plus tard par le juge Johnson:

[TRADUCTION] La maxime invoquée s'applique au moment où la question est posée et non à l'utilisation que la poursuite cherche à faire de la réponse lorsque celle-ci est donnée.

Of no little importance when considering the meaning of those words, are those immediately following:

If the party has been unlawfully compelled to answer the question, he shall be protected against any prejudice from the answer thus illegally extorted; but a similar protection cannot be demanded where the question was lawful and the party examined was bound by law to answer it.

Compte tenu du sens de ces mots, le texte qui suit immédiatement a aussi une portée non négligeable:

[TRADUCTION] Si la personne a été obligée de façon illégale de répondre à la question, elle est protégée de toute conséquence préjudiciable due à la réponse ainsi obtenue illégalement; mais elle ne peut prétendre à la même protection lorsque la question était légale et que le témoin était tenu, en droit, d'y répondre.

Therefore, the reference by Lord Campbell C.J. to the time the maxim applies, is in relation to the legality of compelling the answer. It has, with respect, nothing to do with, and is not an answer, let alone the best answer, to the question phrased by Johnson J.A., *i.e.*, whether admitting the evidence in the *Brown* case in the way it was being done then amounts to calling the accused as a Crown witness without allowing him or her the right of refusing to testify.

En conséquence, la mention par le juge en chef lord Campbell de l'époque à laquelle la maxime s'applique se rapporte à la légalité d'obliger à répondre à la question. Avec égards, elle n'a pas de rapport et ne constitue pas une réponse, encore moins la bonne réponse, à la question soulevée par le juge Johnson, celle de savoir si l'admission de la preuve dans l'affaire *Brown*, de la façon dont elle a été faite, équivaut à citer l'accusé comme témoin de la poursuite sans lui permettre de refuser de témoigner.

In any event, whatever may have been the ultimate *ratio decidendi* of the decision of this Court in *R. v. Brown (No. 2)*, *supra*, that decision can be distinguished from the present case on many grounds. First, *Brown* was rendered prior to the coming into force of the *Charter* and the new right

De toute façon, quelle qu'ait été la raison déterminante de l'arrêt de cette Cour *R. v. Brown (No. 2)*, précité, cet arrêt se distingue d'avec l'espèce à plusieurs égards. D'abord, l'arrêt *Brown* a été rendu avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et du nouveau droit que celle-ci énonce à l'art. 13. Puis il

which it sets forth in s. 13. Secondly, it is difficult to ascertain to what extent Johnson J.A.'s dissent, adopted "in substance" by this Court, is dependent upon the fact that the accused did not object to answer, thereby failing to bring himself within the protection afforded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, assuming of course that the protection of the section is available to an accused testifying in his own defence.

In any event, had the common law maxim of "*nemo tenetur seipsum accusare*" and s. 5 of the *Canada Evidence Act* been interpreted in the light of the *Charter*, as they now must be, I would venture to suggest that a different result may well have ensued in *R. v. Brown (No. 2)*, *supra*.

Although the constitutionality of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* was not in issue in the case at bar, it is clear that it must now be interpreted in the light of the *Charter* and, if it is found to be inconsistent therewith, it will be of no force or effect to the extent of the inconsistency.

For these reasons, the protection of s. 13, in my view, covers a retrial.

Section 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*

Both parties to this appeal, when addressing the applicability of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, dealt with the adduction of the testimony as if it were an ordinary error of law and argued pro and con the issue as to whether or not it caused a substantial wrong or miscarriage of justice. No one addressed the question of the relationship, if any, between a *Charter* violation and the available remedy under s. 24 of the *Charter* on the one hand, and the proviso of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* on the other. This important question should be left to be decided in another case. Assuming without deciding that s. 613(1)(*b*)(iii) can apply to a *Charter* violation and to a remedy under s. 24, given the nature of the evidence, I am of the view that this would not, in any event, be a proper case for applying the proviso.

est difficile de savoir dans quelle mesure la dissidence du juge Johnson, que cette Cour a adoptée «pour l'essentiel», dépend de ce que l'accusé ne s'est pas opposé à répondre, et a par conséquent omis d'invoquer la protection accordée par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, en supposant bien sûr que le privilège accordé par le paragraphe est applicable à un accusé qui témoigne pour sa propre défense.

De toute façon, si la maxime de *common law* «*nemo tenetur seipsum accusare*» et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* avaient été interprétés dans le contexte de la *Charte*, comme il faut maintenant le faire, je me risquerais à affirmer que le résultat de l'arrêt *R. v. Brown (No. 2)*, précité, aurait bien pu être différent.

Bien que la constitutionnalité du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'ait pas été mise en cause en l'espèce, il est clair qu'il faut maintenant l'interpréter dans le contexte de la *Charte* et, s'il est jugé incompatible avec celle-ci, il sera inopérant dans la mesure de cette incompatibilité.

Pour ces motifs, la protection conférée par l'art. 13 englobe, à mon avis, un nouveau procès.

Le sous-alinéa 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*

Les parties au présent pourvoi, en débattant de l'applicabilité du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, ont traité la présentation de témoignages comme s'il s'agissait d'une erreur de droit ordinaire et ont plaidé qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas de tort important ou d'erreur judiciaire grave. Ni l'une ni l'autre des parties n'a abordé les rapports qu'il peut y avoir entre une violation de la *Charte* et la réparation possible en vertu de l'art. 24 de celle-ci d'une part, et la disposition du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* d'autre part. Il y a lieu d'attendre une autre affaire pour trancher cette importante question. En présumant, sans en décider, que le sous-al. 613(1)*b*)(iii) peut s'appliquer à une violation de la *Charte* et à la réparation prévue à l'art. 24, vu la nature du témoignage, je suis d'avis que, de toute façon, ce ne serait pas une affaire où il y a lieu d'appliquer la disposition.

I would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—This appeal involves, for the first time in this Court, consideration of the effect of s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is the sole issue raised before us.

The facts may be simply stated. The appellant was charged in an indictment which charged that he:

> ... at Calgary, in the Judicial District of Calgary, in the Province of Alberta, on or about the 6th day of March, A.D. 1980, did unlawfully kill Bruno Williams and did thereby commit second degree murder, contrary to the Criminal Code.

The appellant gave evidence at his trial and was convicted. Although he was represented by counsel he did not in giving his evidence, nor in the cross-examination, object to any questions. Accordingly, the provisions of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* did not come into play to protect him against any later use of his evidence in a criminal trial. He appealed his conviction. The Court of Appeal quashed the conviction and ordered a new trial: (1982), 69 C.C.C. (2d) 494. The Court of Appeal allowed the appellant's appeal on the basis of misdirection or non-direction on the defences raised by the appellant's evidence. At the new trial, the Crown read in as part of its case the evidence the appellant had given at his earlier trial. This evidence consisted of sixty pages of transcript and contained an admission that he, the appellant, had killed the deceased, alleging certain circumstances in justification. The appellant objected to this evidence being received. He based his objection on s. 13 of the *Charter*. The appellant called no evidence at his second trial and was convicted. A further appeal was taken. The Court of Appeal (Laycraft C.J.A., Harradence and Kerans JJ.A.) unanimously dismissed the appeal: (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—En l'espèce, cette Cour est appelée pour la première fois à étudier l'effet de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est là l'unique question dont nous sommes saisis.

Les faits peuvent se résumer facilement. Un acte d'accusation inculpait l'appelant d'avoir:

> [TRADUCTION] ... à Calgary, dans le district judiciaire de Calgary, dans la province de l'Alberta, le 6 mars 1980 ou vers cette date, tué Bruno Williams, commettant ainsi un meurtre au deuxième degré, contrairement au *Code criminel*.

L'appelant, qui a témoigné à son procès, a été reconnu coupable. Bien que représenté par un avocat, il ne s'est opposé à aucune question ni au cours de son interrogatoire principal ni au cours de son contre-interrogatoire. Par conséquent, le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne jouait pas de manière à le protéger contre toute utilisation ultérieure de son témoignage dans le cadre d'un procès criminel. L'appelant en a appelé de sa déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour cause de directives erronées ou absence de directives sur les moyens de défense soulevés par le témoignage de l'appelant: (1982), 69 C.C.C. (2d) 494. Au nouveau procès, le ministère public a produit en preuve le témoignage que l'appelant avait donné à son premier procès. Dans ce témoignage, consigné sur soixante pages de transcription, l'appelant avoue qu'il a tué la victime, mais allègue certaines circonstances justificatives. Invoquant l'art. 13 de la *Charte*, l'appelant s'est opposé à la réception de ce témoignage en preuve. L'appelant n'a cité aucun témoin à son second procès. Ayant été déclaré coupable, il a formé un nouvel appel que la Cour d'appel (le juge en chef Laycraft, les juges Harradence et Kerans) a rejeté à l'unanimité: (1984), 11 C.C.C. (3d) 453, 9 C.R.R. 61, 39 C.R. (3d) 281, 31 Alta. L.R. (2d) 16, 8 D.L.R. (4th) 589, 51 A.R. 210, [1984] 3 W.W.R. 594.

The appellant alleges that the Court of Appeal erred in holding the evidence given by the appellant at his earlier trial was receivable at the second trial as part of the Crown's case. The issue before the Court may be stated in these terms: Where a court of appeal quashes a conviction and orders a new trial, does s. 13 of the *Charter* preclude the admission at the second trial of the evidence given by the accused at his first trial?

Kerans J.A., for the unanimous Court of Appeal, held *inter alia*: the appellant was at the time of the second trial a witness who had testified in a proceeding and therefore s. 13 of the *Charter* was applicable to the accused; the evidence of the accused on his first trial was used to incriminate him on the second; no question of retrospectivity was involved in applying s. 13 to this case. He concluded, however, that s. 13 of the *Charter* could provide no protection to the appellant because the second trial was not "any other proceedings" within the meaning of the section. I am in agreement with the conclusion reached by Kerans J.A. and in general terms with his reasons. I am led to this conclusion, however, by a different approach.

The appellant contended that the second trial was another proceeding under s. 13 of the *Charter*. The effect of the section would therefore be to exclude the evidence from the second trial. The principal argument advanced for the Crown was that s. 13 had no application in the case at bar because the second trial was not another proceeding. It could not therefore be applied to alter the law which has heretofore provided for the admissibility of such evidence.

It has long been settled that relevant out of court statements made by a party to the proceedings would be received in evidence against him but not generally for him. A qualification to this rule required that if the statement had been made to a person in authority it would be admitted only if shown to be voluntary. To protect against self-incrimination, the common law recognized a right to object to incriminating questions in judicial and

L'appelant allègue que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le témoignage qu'il avait donné à son premier procès était recevable au second procès comme partie de la preuve de la poursuite. La question dont nous sommes saisis peut être ainsi formulée: Lorsqu'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité et ordonne un nouveau procès, l'art. 13 de la *Charte* a-t-il pour effet d'empêcher l'admission au second procès du témoignage donné par l'accusé à son premier procès?

Le juge Kerans, au nom d'une Cour d'appel unanime, a conclu notamment qu'au moment du second procès l'appelant était une personne qui avait témoigné dans une procédure et que, par conséquent, l'art. 13 de la *Charte* lui était applicable, que le témoignage donné par l'accusé à son premier procès a été utilisé pour l'incriminer au second procès et que l'application de l'art. 13 en l'espèce ne soulevait aucune question de rétroactivité. Il a conclu toutefois que l'art. 13 de la *Charte* ne bénéficiait pas à l'appelant parce que le second procès ne constituait pas «d'autres procédures» au sens de cet article. Je suis d'accord avec la conclusion du juge Kerans et, d'une manière générale, avec ses motifs. Cependant, j'en arrive à cette conclusion d'une manière différente.

L'appelant a soutenu que le second procès était une autre procédure au sens de l'art. 13 de la *Charte*. Cette disposition avait donc pour effet de rendre le témoignage en question inadmissible au second procès. Quant au ministère public, il a fait valoir principalement que l'art. 13 ne s'applique pas en l'espèce parce que le second procès n'était pas une autre procédure. On ne pouvait en conséquence invoquer cette disposition pour modifier un principe de droit qui jusqu'ici a autorisé la production d'une preuve de ce genre.

Il est établi depuis longtemps que les déclarations extrajudiciaires pertinentes d'une partie aux procédures sont admissibles en preuve contre elle mais, en règle générale, non pas en sa faveur. Cette règle souffre une exception, savoir qu'une telle déclaration faite à une personne en autorité ne sera reçue en preuve que si on en démontre le caractère volontaire. Pour protéger contre l'auto-incrimination, la *common law* reconnaissait aux

quasi-judicial matters. This common law right was abolished by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. This section provides that, where a witness objects to a question upon the ground that the answer might tend to incriminate him or to establish liability in a civil proceeding and if it is a question which but for the passage of s. 5 of the *Canada Evidence Act* he would not have been compellable to answer, the answer which he was required to make could not be used or received in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceedings.

Prior to the adoption of the new Canadian constitution which included the *Charter* the evidence given by the appellant on his first trial would have been receivable as part of the Crown's case in the second trial. Any doubts on this point were settled in this Court in *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 105. This case involved an appeal from the Court of Appeal of the Northwest Territories (1963), 40 C.R. 90 (Smith C.J., Porter, Johnson, Parker and Kane JJ.A.) Smith C.J. writing for the majority (Smith C.J., Porter and Kane JJ.A.), had held that when a new trial is ordered because the first trial was a mistrial the evidence of the accused given at the first trial is not admissible against him at his second trial. He recognized that there was much authority for the admission in judicial proceedings of a prior statement by an accused made under oath. He noted, however, that none of the authorities dealt with the precise question before us, that is, the admissibility against an accused at his second trial of the evidence he had given at his first trial. He said, at pp. 96-97:

> A new trial in the facts of this case to me means a fresh trial and not a trial at which the evidence before the judge and jury consists, in part, of oral evidence and, in part, the evidence of the accused given at the first trial.

justiciables le droit de s'opposer à des questions incriminantes dans des affaires judiciaires et quasi judiciaires. Ce droit conféré par la *common law* a été aboli par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10. Suivant cette disposition, lorsqu'un témoin s'oppose à une question pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à établir sa responsabilité dans une procédure civile et s'il s'agit d'une question à laquelle, sans l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ce témoin n'aurait pas été obligé de répondre, la réponse qu'il a dû fournir ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle.

Avant l'adoption de la nouvelle Constitution canadienne comprenant la *Charte*, le témoignage donné par l'appelant au cours de son premier procès aurait pu être produit en preuve par le ministère public au second procès. Tout doute qui a pu subsister sur ce point a été dissipé par cette Cour dans l'arrêt *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 105. Dans cette affaire, il s'agissait d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest (1963), 40 C.R. 90 (le juge en chef Smith et les juges Porter, Johnson, Parker et Kane). Le juge en chef Smith, qui a rédigé les motifs de la cour à la majorité (le juge en chef Smith, les juges Porter et Kane), avait conclu que lorsqu'un nouveau procès est ordonné parce que le premier a avorté, le témoignage donné par l'accusé au premier procès n'est pas admissible contre lui au second. Il a reconnu qu'un bon nombre d'arrêts appuient l'admission dans des procédures judiciaires d'une déclaration antérieure faite sous serment par un accusé. Il a toutefois fait remarquer qu'aucun arrêt ne traite de la question précise dont nous sommes saisis, c'est-à-dire l'admissibilité contre un accusé à son second procès du témoignage qu'il a donné à son premier procès. Aux pages 96 et 97, il affirme ceci:

> [TRADUCTION] Étant donné les faits de la présente affaire, j'estime qu'un nouveau procès signifie recommencer à zéro; il ne peut pas s'agir d'un procès où la preuve présentée au juge et jury est formée en partie de témoignages oraux et en partie du témoignage donné par l'accusé au premier procès.

The evidence of the appellant given at the first trial was given when he was charged with murder. He saw fit at that time to enter the witness-box and be examined and cross-examined. He did not give evidence at the second trial when he was charged with manslaughter. He was not a compellable witness either at the first trial or the second trial but, nevertheless, he found admitted against him in the second trial upon the charge of manslaughter the evidence he had voluntarily given at the first trial when he was charged with murder. The result, it appears to me, is that the Crown has accomplished indirectly what it cannot do directly, namely, to compel the accused person to give evidence against himself. I appreciate that this argument was put forth unsuccessfully in cases such as *Regina v. Erdheim*, [[1896] 2 Q.B. 260]; *Regina v. Bird*, [(1898), 79 L.T. 359], and *Rex v. Boyle*, [(1904), 20 T.L.R. 192]. But in none of these cases was the trial a new trial.

He concluded that the evidence could not be received on a new trial.

Johnson J.A., with whom Parker J.A. agreed, dissented on this point. He considered that evidence given by an accused upon a former occasion is admissible against him. He relied for this proposition on *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103, and *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599, and he quoted the words of Sir Robert Collier giving judgment of the Privy Council, at p. 607, in the *Coote* case, where he stated the governing rule in these terms:

> From these cases, to which others might be added, it results, in their Lordships' opinion, that the depositions on Oath of a Witness legally taken are evidence against him, should he be subsequently tried on a criminal charge, except so much of them as consist of answers to questions to which he has objected as tending to criminate him, but which he has been improperly compelled to answer. The exception depends upon the principle '*nemo tenetur seipsum accusare*,' but does not apply to answers given without objection, which are to be deemed voluntary.

Johnson J.A., referring to the words quoted above, then stated the ground of his dissent in these terms (at p. 100):

> That case, and others referred to, deal with evidence given either in other proceedings or in proceedings prior

Lorsque l'appelant a témoigné au premier procès, il était accusé de meurtre. Il a cru bon à ce moment-là de se présenter à la barre pour être interrogé et contre-interrogé. Au second procès il était accusé d'homicide involontaire coupable et n'a pas témoigné. Ni au premier procès ni au second n'était-il un témoin contraignable, néanmoins on a produit contre lui au procès relatif à l'accusation d'homicide involontaire coupable le témoignage qu'il avait donné volontairement au premier procès dans lequel il devait répondre à une accusation de meurtre. Il s'ensuit, à ce qu'il me semble, que le ministère public a accompli indirectement ce qu'il ne pouvait faire directement, c'est-à-dire qu'il a forcé l'accusé à témoigner contre lui-même. Je ne suis pas sans savoir que cet argument a été repoussé dans des arrêts comme *Regina v. Erdheim*, [[1896] 2 Q.B. 260]; *Regina v. Bird*, [(1898), 79 L.T. 359], et *Rex v. Boyle*, [(1904), 20 T.L.R. 192]. Toutefois, il ne s'agissait dans aucun de ces arrêts d'un nouveau procès.

Le juge en chef Smith a conclu que le témoignage en question était irrecevable dans le cadre d'un nouveau procès.

Le juge Johnson, à l'avis duquel a souscrit le juge Parker, a exprimé une dissidence sur ce point. Selon lui, le témoignage antérieur d'un accusé est admissible contre lui. Il a fondé cette proposition sur les arrêts *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103, et *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599, puis il a cité sir Robert Collier qui, à la p. 607 des motifs qu'il a rédigés pour le Conseil privé dans l'arrêt *Coote*, formule ainsi la règle applicable:

> [TRADUCTION] De ces arrêts, auxquels on pourrait en ajouter d'autres, il ressort, selon nous, que les déclarations d'un témoin, faites sous serment et recueillies légalement, sont admissibles en preuve contre lui s'il est par la suite inculpé d'une infraction criminelle, à l'exception des réponses aux questions auxquelles il a refusé de répondre, parce qu'elles tendraient à l'incriminer mais auxquelles il a été irrégulièrement contraint de fournir une réponse. Cette exception découle de la maxime «*nemo tenetur seipsum accusare*», mais elle ne couvre pas les réponses données sans objection, qui doivent être considérées comme volontaires.

Se référant à ce passage, le juge Johnson a ensuite exprimé la raison de sa dissidence en ces termes (à la p. 100):

> [TRADUCTION] Cet arrêt et d'autres mentionnés traitent d'un témoignage donné soit au cours d'autres procé-

to trial, and it is argued that those cases do not apply where the evidence taken at a first trial is sought to be used at a second trial of the same offence.

Reviewing the authorities dealing with the point, he expressed the view that the privilege against self-incrimination could be waived and that when a witness voluntarily gave evidence in circumstances which did not invoke the provisions of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* he had waived the privilege. Recognizing that the waived privilege could be reclaimed on his second trial, he found it obvious that the appellant could not be compelled to give evidence at the second trial. However, to the argument that admitting the evidence from the first trial amounted to compelling the accused to testify, he cited the words of Lord Campbell C.J. in *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909, at p. 59:

The accusation of himself was an accomplished fact, and at the trial he was not called upon to accuse himself. The maxim relied upon [*nemo tenetur seipsum accusare*] applies to the time when the question is put, not to the use which the prosecutor seeks to make of the answer when the answer has been given.

He rejected the argument that the evidence given at the first trial was not voluntary insofar as it consisted of answers adduced in cross-examination, and he relied on *R. v. Erdheim*, [1896] 2 Q.B. 260, at p. 267, where Lord Russell C.J. said:

As to the objection that the statements were not voluntary, it was held that such an objection does not apply to a lawful examination in the course of a judicial proceeding . . .

and added (at p. 103):

It is difficult to see logic in saying that although the accused may voluntarily give evidence in his own behalf, his evidence assumes the nature of an admission or confession given under compulsion when cross-examination begins.

Parker J.A. in a short judgment concurring with Johnson J.A. added this comment (at p. 104):

dures ou dans des procédures antérieures au procès et, il est soutenu que ces arrêts ne s'appliquent pas lorsqu'on essaie d'utiliser à un second procès relatif à la même infraction le témoignage recueilli au premier procès.

Ayant passé en revue la jurisprudence pertinente, le juge Johnson a exprimé l'avis qu'il était possible de renoncer à l'immunité contre l'auto-incrimination et qu'il y a renonciation dès lors qu'une personne témoigne volontairement dans des circonstances qui échappent au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Reconnaissant que quelqu'un pouvait invoquer à son second procès l'immunité à laquelle il avait renoncé, il a tenu pour évident que l'appelant ne pouvait être forcé de témoigner à son second procès. Toutefois, en guise de réponse à l'argument selon lequel admettre le témoignage donné au cours du premier procès revient à contraindre l'accusé à témoigner, il a cité les propos du juge en chef lord Campbell dans l'arrêt *R. v. Scott* (1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909, à la p. 59:

[TRADUCTION] L'auto-incrimination était un fait accompli et au procès, il ne se trouvait pas forcé de s'accuser lui-même. La maxime invoquée [*nemo tenetur seipsum accusare*] s'applique au moment où la question est posée et non à l'utilisation que la poursuite cherche à faire de la réponse lorsque celle-ci est donnée.

Il a rejeté l'argument portant que le témoignage donné au premier procès n'a pas été volontaire dans la mesure où il consistait en des réponses fournies au cours du contre-interrogatoire, et il a invoqué l'arrêt *R. v. Erdheim*, [1896] 2 Q.B. 260, à la p. 267, où le juge en chef lord Russell affirme:

[TRADUCTION] Quant à l'objection selon laquelle les déclarations n'étaient pas volontaires, on a décidé qu'elle ne pouvait être soulevée à l'égard d'un interrogatoire légalement tenu dans le cadre d'une procédure judiciaire . . .

Puis il ajoute (à la p. 103):

[TRADUCTION] Quelle logique y a-t-il à dire que, même si l'accusé témoigne volontairement en son nom, son témoignage revêt le caractère d'un aveu ou d'une confession faite sous la contrainte lorsque débute le contre-interrogatoire?

Le juge Parker, qui a partagé l'avis du juge Johnson, a rédigé de brefs motifs de jugement dans lesquels il fait remarquer (à la p. 104):

The essence of the matter is that the accused is not being called upon to testify against himself but that, having voluntarily made a statement under oath in a judicial proceeding, that statement may be used as evidence against him in any other judicial proceeding in the same manner as any other voluntary statement which he may have made. If one has given evidence under oath at a trial, one can hardly be heard to complain when this evidence is put forward by an opposite party in a later proceeding.

It may be observed that this passage is reproduced in Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), at p. 361. While the learned author acknowledged that it was an attractive point of view and probably correct, he expressed concern that the Crown was doing indirectly what it could not do directly. He noted, however, that the dissent of Johnson J.A. had been accepted in the Supreme Court of Canada in a very short judgment:

For the reasons given by Mr. Justice Johnson, of the Court of Appeal for the Northwest Territories, with whom we *substantially* agree, the appeal is allowed and the conviction restored. The record is to be returned to the Court of Appeal for the Northwest Territories to adjudicate upon the question of sentence.

and stated:

It would be foolish to suggest that this judgment, brief though it is, does not state the law as it now exists in Canada.

He was concerned, as is Lamer J., at the use by the court of the word "substantially" in its expression of agreement with Johnson J.A. In my view that word has little, if any, significance here. Whatever qualification it may express, the judgment involves a clear endorsement of the ratio of Johnson J.A. and clearly states the law as it was in pre-*Charter* days. It now remains to consider whether the *Charter* has changed the law in this respect.

Two questions must be answered. Does section 13 of the *Charter* apply in the facts of this case and, if it does, would it be effective to protect the appellant from the use of his earlier evidence in his second trial?

[TRADUCTION] Le point capital est qu'on n'exige pas que l'accusé témoigne contre lui-même, mais que la déclaration sous serment qu'il a faite volontairement dans le cadre d'une procédure judiciaire peut être utilisée comme preuve contre lui dans toute autre procédure judiciaire de la même manière que n'importe quelle autre déclaration volontaire qu'il a pu faire. Si l'on a témoigné sous serment au procès, on n'est guère recevable à s'y opposer lorsque ce témoignage est produit par une partie adverse dans une procédure ultérieure.

On peut souligner que ce passage est reproduit par Kaufman dans *The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), à la p. 361. Le savant auteur reconnaît que ce point de vue est attrayant et probablement correct, mais il dit s'inquiéter de ce que le ministère public a fait indirectement ce qu'il ne pouvait faire directement. Il note toutefois que la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt très bref dans lequel elle a retenu la dissidence du juge Johnson:

[TRADUCTION] Pour les motifs donnés par le juge Johnson de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, avec lequel nous sommes d'accord *pour l'essentiel*, le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie. Le dossier doit être renvoyé à la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest pour qu'elle puisse se prononcer sur la peine.

Puis il ajoute:

[TRADUCTION] Il serait absurde de prétendre que cet arrêt, tout bref qu'il soit, n'énonce pas le principe de droit présentement applicable au Canada.

Tout comme le juge Lamer, Kaufman s'inquiète de l'usage de l'expression «pour l'essentiel» que fait la Cour lorsqu'elle exprime son approbation du point de vue du juge Johnson. À mon avis, cette expression a peu ou point d'importance en l'espèce. Quelle que soit la restriction apportée par cette expression, l'arrêt constitue un acquiescement non équivoque au raisonnement du juge Johnson et exprime clairement l'état du droit antérieur à la *Charte*. Reste maintenant à examiner si la *Charte* a changé cette situation.

À ce propos, il faut répondre à deux questions. L'article 13 de la *Charte* s'applique-t-il aux faits de la présente affaire et, dans l'affirmative, a-t-il pour effet de protéger l'appelant contre l'usage à son second procès du témoignage qu'il a donné antérieurement?

I have no difficulty with the first question. The first trial of the appellant took place before the introduction of the *Charter*. Nevertheless, I agree with my brother Lamer that there is no issue of retrospectivity in this case. All persons who come within the terms of s. 13 of the *Charter* acquired the right to its protection with the adoption of the *Charter* on April 17, 1982. The time at which the evidence in question was given is of no significance. Any protection from s. 13 will apply when it is sought to introduce the challenged evidence. I am also in agreement with Lamer J. that the word "witness" in s. 13 includes and applies to an accused who has given evidence in his own trial. The determination of whether the evidence is incriminating must be made at the time when it is tendered. I would add that I have no difficulty with the proposition that the evidence in question here is incriminating and that the purpose of the Crown in introducing it at the second trial as part of the Crown's case was to incriminate the appellant.

In order to determine whether s. 13 protects the appellant from the use of his earlier evidence at his second trial a general consideration of the impact of s. 13 is necessary. A comparison of s. 13 of the *Charter* with s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* provides a useful starting point.

Section 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* are set out hereunder:

Incriminating Questions

5. (1) ...

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer upon the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering such question, then although the witness is by reason of this Act, or by reason of such provincial Act, compelled to answer, the answer so given shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of such evidence.

La première question ne présente pour moi aucune difficulté. Le procès initial de l'appelant a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Néanmoins, je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer pour dire qu'aucune question de rétroactivité n'est soulevée en l'espèce. Toutes les personnes visées par l'art. 13 de la *Charte* ont acquis le droit d'être protégées par cette disposition dès l'adoption de la *Charte* le 17 avril 1982. Le moment où le témoignage en question a été donné ne revêt aucune importance. Toute protection offerte par l'art. 13 joue aussitôt que l'on cherche à produire le témoignage contesté. Je partage également l'avis du juge Lamer selon lequel le mot *witness* à l'art. 13 englobe un accusé qui a témoigné à son propre procès. Quant à savoir si un témoignage est incriminant, cette question doit être tranchée lorsqu'on le produit en preuve. J'ajoute que je conclus sans hésitation que nous sommes ici en présence d'un témoignage incriminant et que le ministère public l'a soumis en preuve au second procès dans le seul but d'incriminer l'appelant.

Pour établir si l'art. 13 protège l'appelant contre l'usage à son second procès de son témoignage antérieur, il est nécessaire d'entreprendre une analyse générale de l'effet de l'art. 13. Un point de départ utile consiste à comparer l'art. 13 de la *Charte* avec le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte* sont ainsi conçus:

Questions incriminantes

5. (1) ...

(2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi, ou sans la loi de quelque législature provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale, forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

Self-crimination

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Témoignage incriminant

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

A comparison of the two provisions shows that s. 13 of the *Charter* has indeed effected a major change in the law giving much wider protection against self-incrimination than s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. As earlier noted, the common law rule which allowed a witness to claim privilege in respect of any evidence which would expose him to the risk of criminal conviction or the imposition of penalties or forfeitures (see *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), p. 314, para. 15-36) was repealed by the section. In place of the old rule, s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* requires an answer to an incriminating question but provides a safeguard against its future use if an objection was made. Section 13 of the *Charter* provides a much wider protection. In the clearest terms it gives the right to a witness who testifies in any proceeding not to have any incriminating evidence so given used to incriminate him in any other proceedings. This is a protection going far beyond that accorded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. It does not depend on any objection made by the witness giving the evidence. It is applicable and effective without invocation, and even where the witness in question is unaware of his rights. It is not limited to a question in respect of which a witness would have been entitled to refuse to answer at common law and its prohibition against the use of incriminating evidence is not limited to criminal proceedings. It confers a right against incrimination by the use of evidence given in one proceeding in any other proceedings.

Il ressort d'une comparaison de ces deux dispositions que l'art. 13 de la *Charte* a réellement apporté un changement majeur au droit en accordant une protection beaucoup plus étendue contre l'auto-incrimination que ne donne le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme je l'ai déjà fait remarquer, cet article a abrogé la règle de *common law* qui permettait à un témoin d'invoquer l'immunité à l'égard de tout témoignage qui l'exposerait au risque d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle ou de se voir imposer une peine ou une confiscation (voir *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), p. 314, par. 15-36). À la différence de la vieille règle, le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* exige qu'on réponde à une question incriminante, mais interdit l'utilisation ultérieure de cette réponse si on s'est opposé à répondre. L'article 13 de la *Charte* offre une protection beaucoup plus vaste. Dans les termes les plus clairs, l'art. 13 reconnaît à chacun le droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Cela va beaucoup plus loin que la protection accordée par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il s'agit d'une protection qui ne dépend aucunement de la formulation d'une objection par le témoin en question. Cette protection est applicable et opérante sans qu'il soit nécessaire de l'invoquer et même lorsque le témoin en question n'est pas au courant de ses droits. Elle ne se limite pas à une question à laquelle un témoin aurait pu refuser de répondre en *common law* et l'interdiction d'utiliser un témoignage incriminant n'est pas restreinte à des procédures criminelles. L'article 13 confère le droit de ne pas être incriminé par l'utilisation d'un témoignage dans d'autres procédures que celles dans lesquelles il a été donné.

It would follow then that this appellant would be entitled to succeed if the new trial is another proceeding. If, however, it is not another proceeding, but merely part of the proceedings on one

Il s'ensuit donc que l'appelant en l'espèce devrait obtenir gain de cause si le nouveau procès constitue une autre procédure. Si, toutefois il ne constitue pas une autre procédure, mais fait simplement

indictment brought by the Crown, then s. 13 of the *Charter* on its own terms would not apply.

What meaning should be attributed to the words "other proceedings" in s. 13 of the *Charter*? The word "proceedings", while of common usage, is one of uncertain and variable meaning. A search through the texts and authorities, including legal dictionaries, does little more than confirm this proposition. The word has been used in both singular and plural form. It has frequently been used to describe an action or another cause or matter or a step in an action. Proceedings have been said to be still pending "if a final judgment is not satisfied or performed": see *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1982), vol. 37, p. 30, para. 24. *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), p. 1083, offers the same variety of definitions as do such case authorities as have been considered. In the Saskatchewan Court of Appeal in *Eddy v. Stewart*, [1932] 3 W.W.R. 71, in a case involving the construction of ss. 5 and 6 of the *Debt Adjustment Act*, 1932 (Sask.), c. 51, and in relation to a foreclosure action, Martin J. A. said, at p. 74:

> Counsel for the plaintiff contended that the word "proceeding" in sec. 6 means "action;" while counsel for the defendant argued that the word embraced each step in an action. The word "proceeding," in its derivative sense, means, according to *Murray's English Dictionary*, vol. 7, at p. 1407, "the action of going onward; advance, onward movement or course." In its legal sense, it includes the form in which actions are brought and defended; the manner of intervening in suits and of conducting them; it is sometimes used as equivalent to and interchangeable with the word "action," and it is also applied to any step in an action. From the authorities it is clear that the word may be differently construed in different Acts: *Stroud's Judicial Dictionary*, vol. 3, pp. 1561 *et seq.*; *Ratteau v. Ball* (1914) 47 N.S.R. 488, 15 D.L.R. 574—Townshend, C.J., at p. 576.

The meaning of the word "proceeding," therefore, as used in secs. 5 and 6 of the statute, must be gathered from the context.

partie des procédures relatives à un seul acte d'accusation présenté par le ministère public, alors, suivant ses propres termes, l'art. 13 de la *Charte* n'est pas applicable.

Quel est donc le sens qu'il faut donner à l'expression «autres procédures» que l'on trouve à l'art. 13 de la *Charte*? Bien que le terme «procédures» soit d'usage courant, son sens est imprécis et variable. Le dépouillement de la doctrine et de la jurisprudence, y inclus des dictionnaires juridiques, ne fait guère plus que confirmer cette conclusion. Le mot s'emploie et au singulier et au pluriel. Souvent on l'utilise pour décrire une action ou une autre cause ou affaire ou une étape d'une action. On a dit que les procédures sont encore pendantes [TRADUCTION] «si on n'a pas exécuté un jugement définitif»: voir *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1982), vol. 37, p. 30, par. 24. La même variété de définitions se retrouve dans *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) à la p. 1083, et aussi dans la jurisprudence que nous avons examinée. Dans l'arrêt *Eddy v. Stewart*, [1932] 3 W.W.R. 71, portant sur l'interprétation des art. 5 et 6 de la *Debt Adjustment Act*, 1932 (Sask.), chap. 51, dans le cadre d'une action en forclusion, le juge Martin de la Cour d'appel de la Saskatchewan affirme, à la p. 74:

> [TRADUCTION] L'avocat du demandeur a soutenu que le mot *proceeding* à l'art. 6 signifie «action»; l'avocat du défendeur pour sa part a fait valoir que le mot englobe chaque étape d'une action. Le terme *proceeding* en son sens étymologique signifie, d'après *Murray's English Dictionary*, vol. 7, à la p. 1407, «l'action d'aller de l'avant; avance, mouvement ou cheminement en avant». En son sens juridique, ce terme désigne la manière dont les actions sont intentées et la manière dont on se défend contre elles; il désigne la manière d'intervenir dans une action et de la diriger; il est parfois employé comme équivalent du mot «action», les deux étant considérés comme interchangeables, et on l'emploie aussi pour désigner n'importe quelle étape d'une action. Il est clairement établi que le mot peut s'interpréter différemment d'une loi à l'autre: *Stroud's Judicial Dictionary*, vol. 3, aux pp. 1561 et suiv.; *Ratteau v. Ball* (1914), 47 N.S.R. 488, 15 D.L.R. 574—le juge en chef Townshend, à la p. 576.

Le sens du mot *proceeding* employé aux art. 5 et 6 de la Loi doit donc être déterminé en fonction du contexte.

I agree with that learned judge and consider that the meaning to be attributed to the words "other proceedings" in s. 13 of the *Charter* must be gathered from the context.

The appellant contends for an interpretation which would limit the word "proceeding" to a step in the action with the result that the new trial would be another proceeding and, therefore, s. 13 of the *Charter* would prevent the admission at the second trial of the evidence given at the first. The logical extension of this argument would, it seems to me, mean that the judicial process would be fragmented with the result that the preliminary hearing of an indictable offence would also be another proceeding, evidence from which would be excluded from the trial. The appeal would also be a separate proceeding, as would any motions to quash or otherwise seek interlocutory relief and any evidence, probably in affidavit form, in support of such interlocutory motions would not be available for consideration at the trial or other fragment of the proceedings. This would do such violence to the judicial process that it would, in my opinion, be unreasonable to accept such a construction of the *Charter*.

The respondent contends for an interpretation which would attribute a broader meaning to the words in s. 13 that would include all those judicial steps required by law to be taken in effecting a lawful resolution of the issues raised by the charge between the Crown and the accused. This would mean, of course, if accepted, that s. 13 of the *Charter* would not apply since the new trial would not be another proceeding.

This, in my view, is the preferable construction of s. 13 of the *Charter*. To begin with, s. 13 protects the accused from evidence in other proceedings. The word "other" must have some meaning. It must, in my view, mean proceedings other than the one in which the evidence sought to be excluded was given. Why would the word "other" be employed if the protection was to be provided for all proceedings? The use of the word "other" suggests a reference to proceedings involving other issues and other parties and supports the Crown

Je partage l'avis du savant juge et j'estime que le sens des mots «autres procédures» à l'art. 13 de la *Charte* est à déterminer en fonction du contexte.

L'appelant préconise une interprétation du mot «procédure» qui limiterait son sens à une étape de l'action. Il en résulterait que le nouveau procès serait une autre procédure et, par conséquent, l'art. 13 de la *Charte* aurait pour effet d'empêcher l'admission au second procès du témoignage donné au cours du premier. L'aboutissement logique de cet argument, à ce qu'il me semble, serait la fragmentation du processus judiciaire, si bien que l'enquête préliminaire relative à un acte criminel constituerait également une autre procédure, et la preuve qu'on y aurait recueillie serait exclue au procès. L'appel aussi serait une procédure distincte, de même que toute requête en annulation ou toute requête visant à obtenir un redressement interlocutoire, et la preuve, probablement sous forme d'affidavit, produite à l'appui de ces requêtes interlocutoires ne pourrait être examinée ni au procès ni à une autre étape des procédures. Cela ferait tellement violence au processus judiciaire que, selon moi, on ne saurait raisonnablement retenir cette interprétation de la *Charte*.

L'intimée donnerait aux termes de l'art. 13 un sens plus large qui comprendrait l'ensemble des étapes judiciaires par lesquelles il faut, selon la loi, passer pour arriver à une résolution régulière des questions découlant de l'accusation qu'ont à débattre le ministère public et l'accusé. Évidemment, si cette interprétation était retenue, cela signifierait que l'art. 13 de la *Charte* ne s'appliquerait pas étant donné que le nouveau procès ne constituerait pas une autre procédure.

À mon avis, cette interprétation de l'art. 13 de la *Charte* est préférable. En premier lieu, l'art. 13 protège l'accusé contre l'utilisation de son témoignage dans d'autres procédures. Or, le mot «autres» doit signifier quelque chose. Il doit, selon moi, désigner des procédures autres que celle au cours de laquelle a été donné le témoignage dont on cherche à obtenir l'exclusion. Pourquoi a-t-on utilisé le mot «autres» si la protection devait être accordée pour toutes les procédures? L'emploi du mot «autres» suggère des procédures portant sur

position. Secondly, and of more importance, is the proposition that, while s. 13 of the *Charter* was clearly intended to provide, and does provide, a wider protection against self-incrimination than that provided by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, it was not nor could it be asserted in argument that either s. 13 of the *Charter* or s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* could operate to protect against self-incrimination respecting what was said by the accused at his own trial. Since the second trial in the case at bar is on the same indictment, between the same parties, and raising precisely the same issues, it cannot on a fair reading of s. 13 of the *Charter* be considered as another proceeding.

The facts of this case illustrate the reasonableness of this interpretation. The appellant argues that the Crown gains an advantage by being able to use his testimony in the later trial. He says, in effect: "I was convicted because the trial judge did not deal correctly with my evidence. If he had, I would have been acquitted." The Court of Appeal agrees to the extent that the evidence was not correctly dealt with and quashes the conviction, sending the matter back for a new trial. The appellant, having obtained the relief he sought, *i.e.* the new trial, then seeks to insulate the jury from his former evidence although he relied upon it at trial and it was the basis on which he procured his new trial. I agree that he may not be called upon to give evidence at his new trial; he may stand silent as the law provides but, in my opinion, consistent with the general rules of evidence long applicable in such cases, and already mentioned, the Crown is entitled in this step of the same proceedings to introduce the past voluntary statements of the accused in evidence and s. 13 of the *Charter* does not prevent this step. The appellant, a person charged with an offence, is entitled to a trial according to law which will lead to a judicial resolution of all issues arising out of the charge as between him and the Crown. The appellate procedures provided by law are designed to protect him

d'autres questions et mettant en cause d'autres parties, ce qui appuie la position du ministère public. En second lieu, ce qui est encore plus important, il y a l'idée que, même si l'art. 13 de la *Charte* vise manifestement à fournir et s'il fournit effectivement une plus grande protection contre l'auto-incrimination que celle qu'offre le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, on n'a pas soutenu au cours des plaidoiries que l'art. 13 de la *Charte* ou le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* pouvait avoir pour effet de protéger un accusé contre l'auto-incrimination en ce qui concerne ce qu'il a dit à son propre procès. Ce point de vue serait d'ailleurs insoutenable. Puisque le second procès en l'espèce porte sur le même acte d'accusation, qu'il met en cause les mêmes parties et qu'il soulève exactement les mêmes questions, on ne saurait, selon une interprétation correcte de l'art. 13 de la *Charte*, le considérer comme une autre procédure.

Les faits de la présente affaire démontrent le caractère raisonnable de cette interprétation. L'appelant fait valoir que l'utilisation de son témoignage au procès ultérieur avantage la poursuite. Il dit en fait ceci: «J'ai été reconnu coupable parce que le juge du procès n'a pas traité correctement mon témoignage. S'il l'avait fait, j'aurais été acquitté.» La Cour d'appel a été d'accord pour dire que le témoignage n'a pas été traité correctement et elle a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. L'appelant, ayant obtenu le redressement demandé, c.-à-d. un nouveau procès, cherche ensuite à rendre son témoignage antérieur inaccessible au jury, bien qu'il se soit appuyé sur ce témoignage au procès et que l'arrêt portant nouveau procès soit fondé sur ce même témoignage. Je suis d'accord pour dire qu'on ne saurait l'obliger à témoigner à son nouveau procès; il peut, comme le prévoit la loi, garder le silence mais, à mon avis, suivant les règles générales en matière de preuve qui s'appliquent depuis longtemps dans ce genre d'affaires et dont j'ai déjà parlé, le ministère public peut à cette étape des mêmes procédures produire en preuve les déclarations volontaires antérieures de l'accusé, ce à quoi l'art. 13 de la *Charte* ne s'oppose nullement. L'appelant, comme personne accusée d'une infraction, a droit à un procès en règle qui aboutira à la

in that right, and where the issues arising between the Crown and the appellant on the charge are not lawfully dealt with at a first trial the appellate court exists to direct the new trial for the lawful resolution of the issues raised in the proceedings.

Canadian courts have considered this problem and with one exception have favoured the Crown's position on this argument. In *R. v. Wilson* (1982), 67 C.C.C. (2d) 481, Honey Co. Ct. J. held that where an accused testified at his trial, which resulted in a mistrial, s. 13 of the *Charter* applied to prevent his evidence given at his first trial from being admitted at his retrial. The question of the meaning of the words "other proceedings" does not appear to have been argued before him.

In *R. v. Sophonow (No. 1)* (1983), 6 C.C.C. (3d) 394, Scollin J. disagreed with Honey Co. Ct. J. in *Wilson, supra*, saying, at pp. 395-96:

> However, I am not satisfied that s. 13 may properly be invoked in this case. In this respect I part company with the view expressed in *R. v. Wilson, supra*. There is no doubt that a second trial is, by its nature, a "subsequent" proceeding. In my view, it is not, however, an "other" proceeding as contemplated by s. 13. I consider that the sense, the justification and the thrust of s. 13 is to give generous protection to the search for truth by guaranteeing that a witness who comes forward to testify in one proceeding, and in the course of testifying truly, involves himself in some incriminating conduct, is not exposed to the use of that testimony itself in some *other* proceeding either then or later pending against him, subject only to the exception provided in s. 13. This *rationale* of s. 13 has no application to the accused when, as in this case, he testifies in his own defence. The proceedings here are proceedings on the very same indictment against the very same accused and do not fall within the words "any other proceedings" as contemplated by s. 13.

résolution judiciaire de toutes les questions découlant de l'accusation que lui-même et le ministère public ont à débattre. Les procédures d'appel prévues par la loi visent à protéger ce droit qu'il possède et, lorsque lesdites questions ne sont pas traitées régulièrement au cours du premier procès, il appartient au tribunal d'appel d'ordonner un nouveau procès pour qu'il y ait une résolution régulière de ces questions.

Les tribunaux canadiens qui ont eu à se pencher sur ce problème ont, à une exception près, préféré l'argument du ministère public. Dans la décision *R. v. Wilson* (1982), 67 C.C.C. (2d) 481, le juge Honey de la Cour de comté a conclu que, lorsqu'un accusé a témoigné à son procès qui a par la suite avorté, l'art. 13 de la *Charte* s'applique de manière à empêcher que le témoignage qu'il a donné au cours du premier procès soit admis au nouveau procès. La question du sens des mots «autres procédures» ne semble pas avoir été débattue devant lui.

Dans la décision *R. v. Sophonow (No. 1)* (1983), 6 C.C.C. (3d) 394, le juge Scollin n'a pas partagé l'avis exprimé par le juge Honey dans la décision *Wilson*, précitée. Aux pages 395 et 396, il dit ce qui suit:

> [TRADUCTION] Je ne suis toutefois pas convaincu qu'on peut à bon droit invoquer l'art. 13 en l'espèce. À cet égard, je suis en désaccord avec l'opinion exprimée dans la décision *R. v. Wilson*, précitée. Il ne fait pas de doute qu'un second procès est, de par sa nature même, une procédure «ultérieure». Cependant, il ne s'agit pas, selon moi, d'une «autre» procédure au sens de l'art. 13. J'estime que, sous la seule réserve de l'exception prévue dans son texte même, l'art. 13 vise à faciliter la recherche de la vérité en garantissant à toute personne qui témoigne dans le cadre d'une procédure et qui, du fait d'avoir dit la vérité à cette occasion, s'est incriminée de quelque manière, qu'elle ne sera pas exposée à l'utilisation de ce témoignage dans une *autre* procédure alors pendante ou qui pourra être engagée ultérieurement contre elle. Voilà, selon moi, le sens, la justification et la portée de l'art. 13. Or, cette raison d'être de l'art. 13 disparaît lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'accusé témoigne pour sa propre défense. Les procédures dont il s'agit ici portent sur le même acte d'accusation et mettent en cause le même accusé; par conséquent, ce ne sont pas «d'autres procédures» au sens de l'art. 13.

An appeal was taken to the Manitoba Court of Appeal (1983), 12 C.C.C. (3d) 272, and allowed on another point, but the position taken by Scollin J. at trial was approved by the judges of that court.

The same view was taken by Legg J. in *R. v. Mannion* (1984), 6 C.C.C. (3d) 161 in the Alberta Court of Queen's Bench, where he said, at p. 164:

> It is also my view that s. 13 of the Charter has no application in the case at bar. That section envisages two separate proceedings in which the evidence in one proceeding is used in the other. This is a retrial of a charge of rape after a new trial was ordered. [Here reference was made to *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 90.]
>
> . . .
>
> This case together with the fact that a new trial commences with the same indictment unless otherwise ordered leads me to the conclusion that the first trial and the second trial are one and the same proceeding. In the instant case, the trial is proceeding on the same indictment as was used in the first trial.

An appeal to the Court of Appeal was dismissed on this point but allowed on another issue (1984), 11 C.C.C. (3d) 503. The case has been heard and judgment reserved in this Court.

In *R. v. Yakeleya* (1985), 20 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), Martin J.A., speaking for the court, dealt with a case where the evidence given at the defendant's preliminary hearing was admitted on his trial. He said (at p. 195):

> We are all of the view that the appellant's trial did not constitute "other proceedings" in relation to the appellant's preliminary hearing on the same charge. The preliminary hearing and the trial on the same charge are part of the same proceedings: see *R. v. Sophonow* (1984), 12 C.C.C. (3d) 272 at pp. 277 and 332, 11 D.L.R. (4th) 24, 29 Man. R. (2d) 1.

Judgment in the Court of Appeal in the case at bar was, of course, to the same effect.

L'appel a été accueilli par la Cour d'appel du Manitoba (1983), 12 C.C.C. (3d) 272, qui s'est fondée sur un autre moyen, mais les juges de cette cour ont approuvé la position adoptée au procès par le juge Scollin.

Le même point de vue a été adopté par le juge Legg de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans la décision *R. v. Mannion* (1984), 6 C.C.C. (3d) 161. À la page 164, le juge Legg s'exprime ainsi:

> [TRADUCTION] J'estime en outre que l'art. 13 de la Charte ne s'applique pas en l'espèce. Cette disposition envisage deux procédures distinctes dans l'une desquelles on se sert d'un témoignage recueilli dans l'autre. Ici on procède, conformément à une ordonnance, à un nouveau procès relativement à une accusation de viol. [Là, mention est faite de la décision *R. v. Brown (No. 2)* (1963), 40 C.R. 90.]
>
> . . .
>
> Cette décision, ajoutée au fait que, sauf ordonnance contraire, le nouveau procès commence par le même acte d'accusation, m'amène à conclure que le premier procès et le second constituent une seule et même procédure. En la présente espèce, le procès est une procédure qui porte sur le même acte d'accusation que celui utilisé au premier procès.

La Cour d'appel a rejeté l'appel sur ce point, mais l'a accueilli en fonction d'un autre moyen (1984), 11 C.C.C. (3d) 503. L'affaire a été entendue par cette Cour qui l'a mise en délibéré.

Dans l'arrêt *R. v. Yakeleya* (1985), 20 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour, a eu à se pencher sur une affaire où le témoignage donné au cours de l'enquête préliminaire du défendeur a été admis à son procès. Voici ce qu'il dit (à la p. 195):

> [TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que le procès de l'appelant ne constituait pas «d'autres procédures» par rapport à l'enquête préliminaire qu'il a subie relativement à la même accusation. L'enquête préliminaire et le procès relatifs à la même accusation font partie des mêmes procédures: voir *R. v. Sophonow* (1984), 12 C.C.C. (3d) 272, aux pp. 277 et 332, 11 D.L.R. (4th) 24, 29 Man. R. (2d) 1.

L'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, rappelons-le, va dans le même sens.

What then, it may be asked, is the purpose of s. 13 of the *Charter*? In answer to this question we can again refer to the law as it stood before the *Charter* was adopted. Section 5(2) of the *Canada Evidence Act* and various provincial evidence acts which were generally similar in effect provided the protection against incrimination. The protection provided depended upon an objection to the evidence, but where objection was not made the evidence was receivable in subsequent proceedings against the witness who gave it. This rule applied not only to the courts; it applied to evidence given before Royal commissions, statutory boards and tribunals, 'in bankruptcy' proceedings, and many other forms of judicial and *quasi*-judicial proceedings (see s. 2 of the *Canada Evidence Act*). There were many occasions where a witness through failure to object even though ignorant of his rights or even where a witness, for example, in bankruptcy matters, was compelled by law to answer the question rendered himself vulnerable to the use of incriminating evidence in criminal proceedings or to the use of prejudicial evidence in civil proceedings without recourse. Many cases illustrate this problem: see *Tass v. The King, supra*, where a witness called to give evidence at the preliminary hearing of another gave evidence without an objection, which would invoke s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, and which was later received in evidence against him at his own trial; *R. v. Erdheim, supra*, where statements made in bankruptcy proceedings under compulsion of law were held to be admissible at a later criminal proceeding against him; *R. v. Coote, supra*, where statements made under oath upon a fire marshall's inquiry, held pursuant to statutory power, were later admitted against the witness at his own trial for arson; *R. v. McGregor*, [1967] 2 All E.R. 267 (C.A.), to similar effect. It may also be observed that the power of provincial legislatures to give protection against self-incrimination did not extend to criminal matters—see *Klein v. Bell*,

On peut alors se demander quel est l'objet de l'art. 13 de la *Charte*. Pour répondre à cette question, nous pouvons une fois de plus nous référer à l'état du droit antérieur à l'adoption de la *Charte*. Le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et les différentes lois provinciales en matière de preuve dont l'effet était généralement semblable protégeaient contre l'incrimination. Pour bénéficier de cette protection il fallait s'opposer à donner le témoignage en question, à défaut de quoi celui-ci était recevable en preuve dans des procédures ultérieures contre le témoin qui l'avait donné. Cette règle ne s'appliquait pas seulement aux tribunaux judiciaires; elle s'appliquait aussi aux témoignages donnés devant des commissions royales, devant des commissions et tribunaux administratifs créés par la loi, dans les procédures en matière de faillite et dans bien d'autres types de procédures judiciaires et quasi judiciaires (voir l'art. 2 de la *Loi sur la preuve au Canada*). Il arrivait souvent qu'un témoin s'exposait, sans aucune possibilité de recours, à l'utilisation de son témoignage incriminant dans des procédures criminelles ou de son témoignage préjudiciable dans des procédures civiles, soit parce qu'il avait omis, par ignorance de ses droits, de s'opposer à témoigner, soit même parce qu'il était légalement tenu, comme c'était le cas en matière de faillite notamment, de répondre à une question. De nombreux arrêts illustrent ce problème: voir l'arrêt *Tass v. The King*, précité, dans lequel un témoin cité à l'enquête préliminaire d'une autre personne a témoigné sans formuler l'objection nécessaire pour entraîner l'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel témoignage a par la suite été reçu en preuve contre lui à son propre procès; l'arrêt *R. v. Erdheim*, précité, où des déclarations faites en raison d'une obligation légale de témoigner dans le cadre de procédures en matière de faillite ont été jugées admissibles dans des procédures criminelles ultérieures contre le témoin; l'arrêt *R. v. Coote*, précité, dans lequel des déclarations faites sous serment, lors d'une enquête du commissaire des incendies tenue en vertu d'un pouvoir conféré par la loi, ont par la suite été reçues en preuve contre le témoin à son propre procès pour le crime d'incendie; la décision *R. v. McGregor*, [1967] 2 All

[1955] S.C.R. 309—but was limited only to civil proceedings within provincial jurisdiction.

There is a social interest in encouraging people to come forward to give evidence, not only in court but on other occasions in the tribunals and proceedings referred to above. That interest is not served where witnesses in testifying expose themselves to the danger of self-incrimination because of such testimony. It is suggested that it was a recognition of this fact, together with a recognition of the inadequacy of the law relating to self-incrimination and the inadequacy of provincial powers in this respect that caused the framers of the *Charter* to include the very greatly strengthened *Charter* provisions relating to self-incrimination. It was for this reason that s. 13 gave its protection against incrimination by the use of the evidence given by the witness in "other proceedings". It cannot, in my view, be construed to mean that protection under s. 13 of the *Charter* applies to evidence voluntarily given at a different stage in the very proceedings which are before the Court. Section 13 of the *Charter*, however, could still have a role to play in this case. The appellant admitted at his first trial that he was engaged in trafficking in narcotics when he met the deceased. Section 13 would prevent the use of this evidence against the appellant on a charge of trafficking, clearly another proceeding involving a different charge and different issues. To say, however, that protection would be given against the use of his first trial evidence on the second trial of this indictment, on the footing that the second trial is another proceeding, is to adopt an interpretation of s. 13 not dictated by its language, involving an abandonment of long-accepted and sound principles of evidence.

E.R. 267 (C.A.), qui va dans le même sens que les autres. Soulignons en outre que le pouvoir des législatures provinciales de protéger contre l'auto-incrimination ne jouait pas en matière criminelle (voir l'arrêt *Klein v. Bell*, [1955] R.C.S. 309), étant limité aux procédures civiles relevant de la compétence provinciale.

Il est dans l'intérêt de la société d'encourager les gens à venir témoigner, non seulement devant les tribunaux judiciaires, mais à d'autres occasions devant les tribunaux administratifs et dans les procédures susmentionnés. Cet intérêt n'est pas servi si, en témoignant, on court le risque de s'incriminer soi-même. On laisse entendre que c'est la reconnaissance de ce fait ainsi que des lacunes du droit relatif à l'auto-incrimination et de l'insuffisance des pouvoirs provinciaux dans ce domaine qui a amené les rédacteurs de la *Charte* à y inclure des dispositions de beaucoup renforcées en ce qui concerne l'auto-incrimination. Voilà la raison pour laquelle l'art. 13 protège contre l'incrimination par suite de l'utilisation du témoignage donné dans «d'autres procédures». À mon avis, on ne peut donner à la protection accordée par l'art. 13 de la *Charte* une interprétation qui la rendrait applicable à un témoignage donné volontairement à une étape différente des procédures mêmes dont la cour est saisie. Cependant, l'art. 13 de la *Charte* pourrait encore jouer un rôle en l'espèce. L'appelant a reconnu à son premier procès qu'il s'adonnait au trafic des stupéfiants au moment où il a rencontré la victime. L'article 13 aurait pour effet d'empêcher l'utilisation de ce témoignage contre l'appelant dans une procédure relative à une accusation de trafic qui constituerait nettement une autre procédure portant sur une accusation différente et soulevant des questions différentes. Toutefois, affirmer qu'une protection serait accordée contre l'utilisation, au second procès relatif à cet acte d'accusation, du témoignage donné au premier procès pour le motif que le second procès est une autre procédure, revient à adopter une interprétation de l'art. 13 qui n'est pas prescrite par ses termes et qui implique une dérogation aux principes valables et acceptés depuis longtemps en matière de preuve.

It has been argued that to permit the Crown to adduce at the second trial, as part of its case, the evidence given by the accused on his first trial would be to permit the Crown to do indirectly what it may not do directly. It is said that the Crown would be conscripting the accused to assist in establishing the case against him and this would be to infringe the rights conferred on the accused by s. 11(*c*) and (*d*) of the *Charter*. This argument has no force in my view. Section 11(*c*) gives the accused the right not to be compelled to be a witness in proceedings against himself in respect of the offence. There is not in this case any compulsion involved. The appellant gave evidence voluntarily at his trial and on the basis of that evidence obtained a new trial. I do not accept the suggestion that appears in the judgment of Kerans J.A. that he was only technically a voluntary witness. He had a fully-guaranteed right to silence. He was represented by counsel and he gave evidence. The provisions of s. 11(*c*) are not engaged in these circumstances where no compulsion existed. The Crown is merely invoking the well-settled rule of evidence that past statements made by a party are ordinarily receivable in evidence against him, and I adopt here the words of Parker J.A. in the Northwest Territories Court of Appeal as well as those of Lord Campbell C.J. in *R. v. Scott*, *supra*, quoted above. The appellant may not be compelled to give evidence at his second trial but that protection, clearly provided by s. 11(*c*) of the *Charter*, does not extend to bar the use in evidence of earlier voluntary statements that he has made which are clearly relevant to the issues. By testifying at his trial he voluntarily waived his privilege of silence. It is quite open to him to reclaim the privilege on his new trial and remain silent, but in my view it is against all principle to say that the *Charter* right under s. 11(*c*) would extend to bar the use in evidence of earlier voluntary statements made by the accused clearly relevant to the issues. I would add that s. 11(*d*) is not in any way engaged in this case.

On a fait valoir que permettre au ministère public de produire en preuve au second procès le témoignage donné par l'accusé à son premier procès reviendrait à lui permettre de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. On dit que le ministère public se trouverait ainsi à obliger l'accusé à l'aider à établir la preuve contre lui, ce qui constituerait une atteinte aux droits que lui confèrent les al. 11*c*) et *d*) de la *Charte*. Cet argument n'est pas convaincant à mon avis. L'alinéa 11*c*) reconnaît à un accusé le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche. En l'espèce, il n'y a aucun élément de contrainte. L'appelant a témoigné volontairement à son procès et c'est en fonction de ce témoignage qu'il a pu obtenir un nouveau procès. Je rejette l'idée formulée dans les motifs du juge Kerans que l'appelant était un témoin volontaire en principe seulement. Son droit de garder le silence était pleinement garanti. Il était représenté par un avocat et il a témoigné. L'alinéa 11*c*) ne s'applique pas dans des circonstances comme celles-là où il n'y a pas eu de contrainte. Le ministère public ne fait qu'invoquer la règle bien établie en matière de preuve selon laquelle les déclarations antérieures d'une personne sont ordinairement recevables en preuve contre elle, et j'adopte ici ce qu'a dit le juge Parker en Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest ainsi que les propos tenus par le juge en chef lord Campbell dans le passage déjà reproduit tiré de l'arrêt *R. v. Scott*, précité. L'appelant ne peut être contraint de témoigner à son second procès, mais la protection explicitement accordée par l'al. 11*c*) de la *Charte* ne va pas jusqu'à faire obstacle à l'utilisation en preuve de ses déclarations volontaires antérieures qui se rapportent manifestement aux questions en litige. En témoignant à son procès, il a volontairement renoncé à son droit de garder le silence. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que, à son nouveau procès, il se prévale de ce droit et qu'il garde le silence, mais, selon moi, aucun principe ne permet d'affirmer que le droit conféré par l'al. 11*c*) de la *Charte* empêcherait qu'on utilise en preuve des déclarations volontaires antérieures de l'accusé qui se rapportent clairement aux questions en litige. Je tiens à ajouter que l'al. 11*d*) ne s'applique aucunement en l'espèce.

In my view then this appeal must fail. The word "proceedings" in s. 13 of the *Charter* means in a criminal case all judicial steps taken upon one charge to resolve and reach a final conclusion of the issue therein raised between the same party and the Crown. This would include the preliminary hearing, the trial, and an appeal and a new trial. All of these steps would be included in proceedings against the accused and would not be "other proceedings" within the meaning of s. 13. To the suggestion that adopting this view would make admissible at a trial evidence given by an accused on a *voir dire* held during the course of a trial, there is, I think, a simple answer. The *voir dire* is clearly another proceeding. Its purpose is not to resolve any issue raised in the charge but merely to determine what may be introduced into the proceedings for that purpose. After the *voir dire* the evidence found to be properly admissible in the proceedings is admitted and thereafter forms part of the proceedings. That which is excluded never becomes a part. The *voir dire* serves this limited purpose but is clearly another proceeding. It follows then that s. 13 of the *Charter* would provide no protection against the use of the evidence given in the first trial upon the second trial in this case.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed and new trial ordered, MCINTYRE J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: O'Brien, Devlin, Markey, Calgary.

Solicitor for the respondent: Bruce W. Duncan, Calgary.

J'estime donc qu'il y a lieu de rejeter ce pourvoi. Le mot «procédures» employé à l'art. 13 de la *Charte* signifie, dans une affaire criminelle, l'ensemble des étapes judiciaires par lesquelles on doit passer pour obtenir, relativement à une accusation, un règlement définitif de la question débattue par la même personne et le ministère public. Ces étapes comprendraient l'enquête préliminaire, le procès, l'appel et un nouveau procès. Chacune d'elles ferait partie des procédures contre l'accusé et ne constituerait pas «d'autres procédures» au sens de l'art. 13. À l'argument portant que l'adoption de ce point de vue aurait pour effet de rendre admissible à un procès le témoignage donné par un accusé dans le cadre d'un voir-dire tenu au cours du procès, il y a, je crois, une réponse simple. Le voir-dire est clairement une autre procédure. Il a pour objet non pas de trancher une question soulevée par l'accusation, mais simplement de déterminer ce qui peut être produit en preuve à cette fin. À l'issue du voir-dire, la preuve jugée admissible aux fins des procédures est admise et fait dès lors partie de celles-ci. Les éléments écartés, par contre, ne font jamais partie des procédures. Le voir-dire sert à cette fin précise, mais il constitue nettement une autre procédure. Il s'ensuit donc qu'en l'espèce l'art. 13 de la *Charte* ne protège nullement contre l'utilisation au second procès du témoignage donné au cours du premier procès.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge MCINTYRE *est dissident.*

Procureurs de l'appelant: O'Brien, Devlin, Markey, Calgary.

Procureur de l'intimée: Bruce W. Duncan, Calgary.

James Matthew Simon *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The Union of New Brunswick Indians, Inc., the Native Council of Nova Scotia, Attorney General of Canada, Attorney General for Ontario and Attorney General for New Brunswick *Interveners.*

File No.: 17006.

1984: October 23; 1985: November 21.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Indians — Treaty rights — Right to hunt — Provincial law restricting that right — Whether or not treaty rights prevail — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150(1) — Constitution Act, 1982, s. 35.

Appellant, a registered Micmac Indian, was convicted under s. 150(1) of Nova Scotia's *Lands and Forests Act* for possession of a rifle and shotgun cartridges. Although appellant admitted all essential elements of the charges, it was argued that the right to hunt set out in the Treaty of 1752, in combination with s. 88 of the *Indian Act*, offered him immunity from prosecution under the provincial act. Article 4 of that Treaty stated that the Micmacs have "free liberty of Hunting & Fishing as usual" and s. 88 provided that provincial laws of general application applied to Indians, subject to the terms of any treaty. The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling that the Treaty of 1752 did not exempt appellant from the provisions of the provincial *Lands and Forests Act*. At issue here was whether or not appellant enjoys hunting rights, pursuant to the Treaty of 1752 and s. 88 of the *Indian Act*, which preclude his prosecution for certain offences under the *Lands and Forests Act*.

Held: The appeal should be allowed.

Both Governor Hopson and the Micmac had the capacity to enter into the Treaty of 1752 and did so with

James Matthew Simon *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

L'Union of New Brunswick Indians, Inc., le Native Council of Nova Scotia, Procureur général du Canada, Procureur général de l'Ontario et Procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants.*

N° du greffe: 17006.

1984: 23 octobre; 1985: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Indiens — Droits issus des traités — Droit de chasse — Loi provinciale qui limite ce droit — Les droits issus des traités prévalent-ils? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

L'appelant, un Indien micmac inscrit, a été déclaré coupable aux termes du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* de la Nouvelle-Écosse, de possession d'une carabine et de cartouches de fusil. Bien qu'il ait admis tous les éléments essentiels des accusations, l'appelant a allégué que le droit de chasser, établi dans le Traité de 1752, combiné avec l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lui offrait l'immunité à l'égard de poursuites fondées sur la loi provinciale. L'article 4 de ce traité prévoit que les Micmacs auront la «Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume» et l'art. 88 prévoit que les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens, sous réserve des termes d'un traité. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle le Traité de 1752 n'exemptait pas l'appelant de l'application des dispositions de la *Lands and Forests Act* provinciale. La question soulevée en l'espèce est de savoir si l'appelant jouit de droits de chasse, en vertu du Traité de 1752 et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui empêchent qu'il soit poursuivi à l'égard de certaines infractions à la *Lands and Forests Act*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le gouverneur Hopson et les Micmacs avaient compétence pour conclure le Traité de 1752 et ils l'ont fait

the intention of creating mutually binding obligations. The Treaty constitutes a positive source of protection against infringements on hunting rights and the fact that these rights existed before the Treaty as part of the general aboriginal title did not negate or minimize the significance of the rights protected by the Treaty. Although the right to hunt was not absolute, to be effective, it had to include reasonably incidental activities, such as travelling with the necessary equipment to the hunting grounds and possessing a hunting rifle and ammunition in a safe manner.

The Treaty of 1752 continues to be in force and effect. The principles of international treaty law relating to treaty termination were not determinative because an Indian treaty is unique and *sui generis*. Furthermore, nothing in the British conduct subsequent to the conclusion of the Treaty or in the hostilities of 1753 indicated that the Crown considered the terms of the Treaty terminated. Nor was it demonstrated that the hunting rights protected by the Treaty have been extinguished. The Court expressed no view whether, as a matter of law, treaty rights can be extinguished.

Appellant is an Indian covered by the Treaty. He was a registered Micmac Indian living in the same area as the original Micmac Indian tribe which was a party to the Treaty. This was sufficient evidence to prove appellant's connection to that tribe. In light of the Micmac tradition of not committing things to writing, to require more, such as proving direct descendancy, would be impossible and render nugatory any right to hunt that a present day Micmac would otherwise have.

The Treaty of 1752 is an enforceable obligation between the Indians and the Crown and is therefore within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. Section 88 operates to include all agreements concluded by the Crown with the Indians that would be otherwise enforceable treaties, whether or not land was ceded.

Appellant's possession of a rifle and ammunition in a safe manner was referable to his treaty right to hunt and was not restricted by s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*. Section 88 of the *Indian Act*, which applies only to provincial legislation, operates to exempt Indians from legislation restricting or contravening a term of any treaty and must prevail over s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

It was not necessary to consider s. 35 of the *Constitution Act, 1982* since s. 88 of the *Indian Act* covered the present situation and provided the necessary protection for the appellant.

avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires. Le traité constitue une source positive de protection contre les violations des droits de chasse et le fait que ces droits existaient avant le traité en vertu du droit général autochtone ne nie ni ne diminue l'importance des droits protégés par le traité. Bien que le droit de chasse ne soit pas absolu, il doit, pour être efficace, comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires, comme se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel nécessaire et posséder une carabine de chasse et des munitions placées de manière sûre.

Le Traité de 1752 continue d'être en vigueur. Les principes du droit international qui se rapporte à la résolution des traités ne sont pas déterminants, car un traité avec les Indiens est unique et *sui generis*. En outre, rien dans la conduite britannique postérieure à la conclusion du traité ni dans les hostilités de 1753 n'indique que la Couronne considérait que le traité avait pris fin. L'extinction des droits de chasse protégés par le traité n'a pas non plus été établie. La Cour n'exprime pas d'opinion sur la question de savoir si les droits peuvent être éteints.

L'appelant est un Indien visé par le traité. C'est un Indien micmac inscrit qui vit dans la même région que la tribu originaire d'Indiens micmacs qui était partie au traité. Ceci constitue un élément de preuve suffisant pour démontrer le lien entre l'appelant et cette tribu. Compte tenu de la tradition micmaque de ne pas mettre les choses par écrit, exiger plus, comme établir la descendance directe, serait impossible et aurait pour effet de rendre sans valeur tout droit de chasse qu'un Indien micmac d'aujourd'hui aurait par ailleurs.

Le Traité de 1752 constitue une obligation exécutoire entre les Indiens et la Couronne et par conséquent est visé par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 88 s'applique à tous les accords conclus par la Couronne avec les Indiens qui seraient par ailleurs des traités exécutoires, qu'il y ait ou non cession de terre.

La possession par l'appelant d'une carabine et de munitions placées de manière sûre est liée à son droit de chasse issu d'un traité et n'est pas limitée par le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui ne s'applique qu'aux lois provinciales, a pour effet d'exempter les Indiens de l'application de textes législatifs qui limitent les termes d'un traité ou qui contreviennent à ceux-ci et doit prévaloir sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Il n'est pas nécessaire d'examiner l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* vise la présente situation et accorde la protection nécessaire à l'appelant.

Cases Cited

R. v. Isaac (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555; *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307; *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110; *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189; *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118; *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Pawis v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. v. Polchies and Paul; R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145; *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360; *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50; *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569; *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45, referred to; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, distinguished.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 35.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.
Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150.

Authors Cited

MacKenzie, N. A. M. "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561, 561-568.
Upton, L. F. S. *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1979.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1982), 49 N.S.R. (2d) 566, dismissing an appeal from a conviction by Kimball J. Appeal allowed.

Bruce H. Wildsmith and *Graydon Nicholas*, for the appellant.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555; *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307; *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110; *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189; *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118; *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, confirmé par [1965] R.C.S. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Pawis c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. v. Polchies and Paul; R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449; *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145; *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360; *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50; *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569; *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45; distinction d'avec l'arrêt *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89.

Lois et règlements cités

Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

Doctrine citée

MacKenzie, N. A. M. «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561, 561-568.
Upton, L. F. S. *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1982), 49 N.S.R. (2d) 566, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité par le juge Kimball. Pourvoi accueilli.

Bruce H. Wildsmith et *Graydon Nicholas*, pour l'appelant.

Robert E. Lutes and *Brian Norton*, for the respondent.

Graydon Nicholas, for the intervener the Union of New Brunswick Indians, Inc.

J. P. Merrick, Q.C., and *Bruce Clarke*, for the intervener the Native Council of Nova Scotia.

John Rook and *Martin Freeman*, for the intervener the Attorney General of Canada.

J. T. S. McCabe, for the intervener the Attorney General for Ontario.

J. T. Keith McCormick, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case raises the important question of the interplay between the treaty rights of native peoples and provincial legislation. The right to hunt, which remains important to the livelihood and way of life of the Micmac people, has come into conflict with game preservation legislation in effect in the Province of Nova Scotia. The main question before this Court is whether, pursuant to a Treaty of 1752 between the British Crown and the Micmac, and to s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, the appellant, James Matthew Simon, enjoys hunting rights which preclude his prosecution for offences under the *Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, c. 163.

I

Facts

The appellant is a member of the Shubenacadie Indian Brook Band (No. 2) of the Micmac people and a registered Indian under the *Indian Act*. He was charged under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act* with possession of a rifle and shotgun cartridges. The two charges read:

On the 21st day of September, 1980 at West Indian Road, Hants County, Nova Scotia (he) did unlawfully commit the offence of illegal possession of shotgun cartridge loaded with shot larger than AAA, contrary to Section 150(1) of the Lands and Forests Act;

Robert E. Lutes et *Brian Norton*, pour l'intimée.

Graydon Nicholas, pour l'intervenant l'Union of New Brunswick Indians, Inc.

J. P. Merrick, c.r., et *Bruce Clarke*, pour l'intervenant le Native Council of Nova Scotia.

John Rook et *Martin Freeman*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

J. T. S. McCabe, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

J. T. Keith McCormick, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La présente affaire soulève la question importante de l'interaction entre les droits des peuples autochtones découlant des traités et la loi provinciale. Le droit de chasse, qui demeure important pour la subsistance et le mode de vie du peuple micmac, est entré en conflit avec la loi sur la protection de la faune en vigueur dans la province de la Nouvelle-Écosse. La question principale dont est saisie cette Cour est de savoir si, en vertu d'un traité, conclu en 1752 entre la Couronne britannique et les Micmacs, et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, l'appelant, James Matthew Simon, jouit de droits de chasse qui font en sorte qu'il ne peut être poursuivi pour des infractions à la *Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 163.

I

Les faits

L'appelant est membre de la bande Shubenacadie Indian Brook (nº 2) du peuple micmac et est un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il a été accusé, en vertu du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, de possession d'une carabine et de cartouches. Voici le texte des deux accusations:

[TRADUCTION] Le 21 septembre 1980 sur la route West Indian, dans le comté de Hants en Nouvelle-Écosse, (il) a commis l'infraction de possession illégale d'une cartouche chargée de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA, contrairement au paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act*;

and that:

On the 21st day of September, 1980 at West Indian Road, Hants County, Nova Scotia (he) did unlawfully commit the offence of illegal possession of a rifle during closed season contrary to Section 150(1) of the Lands and Forests Act.

Section 150(1) of the *Lands and Forests Act* provides:

150 (1) Except as provided in this Section, no person shall take, carry or have in his possession any shot gun [shot-gun] cartridges loaded with ball or with shot larger than AAA or any rifle,

(a) in or upon any forest, wood or other resort of moose or deer; or

(b) upon any road passing through or by any such forest, wood or other resort; or

(c) in any tent or camp or other shelter (except his usual and ordinary permanent place of abode) in any forest, wood or other resort.

At trial before Judge R. E. Kimball, the following principal facts were admitted by the appellant:

1. The appellant James Matthew Simon is a registered Indian under the *Indian Act* and an adult member of the Shubenacadie – Indian Brook Band of Micmac Indians. He is a member of the Shubenacadie Band Number 02.

2. On September 21st, 1980, at about 3:30 p.m., he was driving a Chevrolet truck on West Indian Road, a public highway in Colchester County, Nova Scotia. This road is not in an Indian Reserve, but is adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve.

3. Simon was stopped by the R.C.M.P. He was found in possession of an operable .243 calibre rifle with scope and a leather shell container with six live and two spent .243 calibre shells as well as two live twelve gauge shotgun shells loaded with shot, larger than size AAA and during closed season, all within the meaning of s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*, and the other provisions and regulations made under the Act.

4. The rifle was test fired by a firearm expert and found to be operable. All the live shells were also

et

[TRADUCTION] Le 21 septembre 1980 sur la route West Indian, dans le comté de Hants en Nouvelle-Écosse, [il] a commis l'infraction de possession illégale d'une carabine en dehors de la saison de chasse, contrairement au paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Le paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act* prévoit:

[TRADUCTION] **150** (1) À l'exception de ce qui est prévu dans le présent article, nul ne doit prendre, transporter ou avoir en sa possession une cartouche de fusil chargée d'une balle ou de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA ou une carabine,

a) dans une forêt, un bois ou tout autre refuge d'orignal ou de cerf; ou

b) sur une route qui traverse ou longe cette forêt, ce bois ou cet autre refuge; ou

c) dans une tente, dans un camp ou tout autre abri (à l'exception de son lieu de résidence permanente habituelle) dans une forêt, un bois ou un autre refuge.

Au procès devant le juge R.E. Kimball, l'appelant a reconnu les principaux faits suivants:

1. L'appelant James Matthew Simon est un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* et un membre adulte de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie Indian Brook. Il est membre de la bande Shubenacadie numéro 02.

2. Le 21 septembre 1980 vers 15 h 30, il conduisait un camion Chevrolet sur la route West Indian, une voie publique dans le comté de Colchester en Nouvelle-Écosse. Cette route n'est pas située dans une réserve indienne mais est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie.

3. Simon a été arrêté par la G.R.C. Il a été trouvé en possession d'une carabine de calibre .243 en état de fonctionner et munie d'un télescope, et d'une cartouchière en cuir contenant six cartouches pleines et deux cartouches vides de calibre .243, ainsi que deux cartouches pour fusil de calibre 12 chargées de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA, et ce en dehors de la saison de chasse, le tout au sens du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* et des autres dispositions et règlements pris en vertu de la Loi.

4. Un spécialiste des armes à feu a essayé la carabine et a jugé qu'elle était en état de fonction-

examined and found to be operable. All shells were found to have been ejected from the rifle chamber and not its magazine. The two spent shells had been fired from the rifle.

5. Simon had no licence or other authority under the *Lands and Forests Act* permitting him to be in possession of the rifle and shells and shotgun cartridges.

6. The West Indian Road passes through or by a forest, wood, or other resource frequented by moose or deer.

Although all essential elements of the charges were admitted by Simon, it was argued on his behalf at trial that the right to hunt set out in the Treaty of 1752, in combination with s. 88 of the *Indian Act*, offered him immunity from prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

Section 88 of the *Indian Act* reads as follows:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

(Emphasis added.)

The Treaty of 1752, the relevant part of which states at article 4 that the Micmacs have "free liberty of Hunting & Fishing as usual", provides:

Treaty or
Articles of Peace and Friendship Renewed
between

His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esquire Captain General and Governor in Chief in and over His Majesty's Province of Nova Scotia or Acadie. Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's

ner. Toutes les cartouches pleines ont également été examinées et jugées en état de fonctionner. On a conclu que toutes les cartouches avaient été éjectées de la chambre de la carabine et non de son magasin. Les deux cartouches vides ont été déchargées au moyen de la carabine.

5. Simon n'avait aucun permis ni aucune autre autorisation en vertu de la *Lands and Forests Act* lui permettant d'être en possession de la carabine, des cartouches de carabine et des cartouches de fusil.

6. La route West Indian traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge fréquenté par l'orignal ou le cerf.

Bien que tous les éléments essentiels des accusations aient été admis par Simon, on a allégué pour son compte au procès que le droit de chasser, énoncé dans le Traité de 1752, combiné avec l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lui conférait l'immunité contre des poursuites fondées sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Voici le texte de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

(C'est moi qui souligne.)

Le Traité de 1752, dont la partie pertinente prévoit à l'article 4 que les Micmacs auront la [TRADUCTION] «Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume», est ainsi rédigé:

Traité ou
Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvellée
«Entre»

Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer Capitaine Général du Gouverneur en Chef pour le Roy de la Grande Bretagne de la Province de la Nouvelle Écosse de L'Acadie Vice Admiral de la ditte Province et Colo-

Regiments of Foot, and His Majesty's Council on behalf of His Majesty.

and

Major Jean Baptiste Cope, chief Sachem of the Tribe of Mick Mack Indians Inhabiting the Eastern Coast of the said Province, and Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin & Francis Jeremiah, Members and Delegates of the said Tribe, for themselves and their said Tribe their Heirs, and the Heirs of their Heirs forever, Begun made and concluded in the manner, form and Tenor following, vizt:

1°. It is agreed that the Articles of Submission and Agreement, made at Boston in New England by the Delegates of the Penobscot Norridgwolk & St. John's Indians, in the year 1725 Ratified & Confirmed by all the Nova Scotia Tribes, at Annapolis Royal, in the month of June 1726, & lately renewed with Governor Cornwallis at Halifax, & Ratified at St. John's River, now read over, Explained and Interpreted, shall be and are hereby from this time forward Renewed, Reiterated, and forever Confirmed by them and their Tribe; and the said Indians for themselves and their Tribe and their Heirs aforesaid Do make & Renew the same Solemn Submissions and promisses for the Strickt observance of all the Articles therein contained as at any time heretofore hath been done.

2°. That all Transactions during the late War shall on both sides be buried in Oblivion with the Hatchet, and that the said Indians shall have all favour, Friendship & Protection shewn them from this His Majesty's Government.

3°. That the said Tribe shall use their utmost endeavours to bring in the other Indians to Renew and Ratify this Peace, and shall discover and make known any attempts or designs of any other Indians or any Enemy whatever against His Majestys Subjects within this Province so soon as they shall know thereof and shall also hinder and Obstruct the same to the utmost of their Power, and on the other hand if any of the Indians refusing to ratify this Peace, shall make War upon the Tribe who have now confirmed the same; they shall upon Application have such aid and Assistance from the Government for their Defence, as the case may require.

4°. It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting & Fishing as usual: and that if they shall think a Truck-

nel d'un Régiment d'Infanterie et le Conseil de sa Majesté Dans cette Province en faveur de la ditte Majesté d'une Part —

et

Le Major Jean Baptiste Cope Chef Sachem de la Tribu des Sauvages Mick Mack habitans les Côtes de l'Est de la ditte province et Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin et François Jeremie Membres et envoyés de la susdite Tribu pour eux mêmes et leurs héritiers et les Héritiers de leurs Héritiers à Jamais d'une autre Part le dit Traité commencé fait et conclu dans la manière Forme et Teneur qui s'ensuivent.

1°. On Est convenu que les Articles de Soumission et d'Agrément fait à Boston dans le Nouvelle Angleterre par les Sauvages députés de Penobscot Norridgwolk et de la Rivière de S^t Jean dans l'Année 1725 ratifié et confirmé par toutes les Tribus de la Nouvelle Écosse à Annapolis Royale dans le Mois de Juin 1726 et dernièrement renouvellés avec le Gouverneur Cornwallis à Halifax et ratifés de la rivière S^t Jean maintenant lus entièrement, expliqués et interprétés sont et seront de ce Jour et aux Jours à venir renouvellés réitérés et Conformés pour toujours par les susdits Sauvages et leur Tribu et que les susdits sauvages pour eux mêmes pour leur Tribu et pour leurs descendants susdits font et Renouvellent les mêmes soumissions solemnelles et les mêmes promesses pour l'étroite Observance de tous les Articles Contenus dans ces Traités comme il a été fait jusqu'à présent.

2°. Que tout ce qui est passé de part et d'autre pendant la dernière guerre sera entièrement oublié des deux Cotés, et que la Hache sera enterrée et que le Gouvernement de sa Majesté dans cette province Accordera toute sorte d'Amitié de faveur et de Protection aux lesdits Sauvages.

3°. Que la Tribu susditte fera tout son possible pour engager les autres sauvages à renouveller et à ratifier cette présente paix, qu'ils avertiron découvriront et feront sçavoir tous les Dessins ou les Enterprizes que pourroient faire les autres Sauvages ou quelqu'autres Enemis que ce soit contre les Sujets de sa Majesté habitans dans cette Province et cela aussitôt qu'ils en auront connissance. Et de plus, ils feront tous leurs Efferts pour s'y opposer D'une autre part si quelques Sauvages refusants de ratifier cette Paix fait la Guerre à la Tribu qui vient de la Confirmer, aussitôt que cette ditte Tribu en aura porté ses plaintes elle recevra du Gouvernment telle Assistance et tel Secours que le cas pourroit le requérir.

4°. On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher

house needful at the River Chibenaccadie or any other place of their resort, they shall have the same built and proper Merchandize lodged therein, to be Exchanged for what the Indians shall have to dispose of, and that in the mean time the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage.

comme de coutume. Et qu'au cas que les dits Sauvages demandassent quil leur fut alloué un Magazin d'Echange sur la Rivière Chubenaccadie, ou dans toute autre Place de leurs Habitations, ils en aurront un de batis remplis des Marchandizes convenables pour être échangées avec celles des Sauvages, et qu'au même tems les dits Sauvages auront un entière Liberté d'apporter vendre à Halifax ou dans quelqu'autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailles Poissons, et toute autre Chose quils auront à vendre et le tout a tel Avantage quils en pourront tirer.

5°. That a Quantity of Bread, Flour, & such other Provisions as can be procured, necessary for the Familys, and proportionable to the number of the said Indians, shall be given them half yearly for the time to come; and the same regard shall be had to the other Tribes that shall hereafter agree to Renew and Ratify the Peace upon the Terms and Conditions now Stipulated.

5°. Que l'on donnera aux susdits Sauvages chaque six Mois à venir telle Quantité de Biscuits, Fleure et telles autres Provisions qui seront Jugées nécessaires et que l'on pourra avoir dans le Temps pour leurs familles et à proportion de leurs nombre, et qu'on aura les mêmes égards pour les autres Tribus de Sauvages qui dans la Suitte pourroient ou voudroient accéder renouveller et ratifier cette présente Paix dans les Termes et sous les Conditions ci mentionnées.

6°. That to Cherish a good Harmony & mutual Correspondance between the said Indians & this Government, His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esqr. Captain General & Governor in Chief in & over His Majesty's Province of Nova Scotia or Accadie, Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's Regiments of Foot, hereby Promises on the Part of His Majesty, that the said Indians shall upon the first day of October Yearly, so long as they shall Continue in Friendship, Receive Presents of Blankets, Tobacco, and some Powder & Shot; and the said Indians promise once every Year, upon the first of October to come by themselves or their Delegates and Receive the said Presents and Renew their Friendship and Submissions.

6°. Que pour entretenir une bonne Harmonie et une Correspondence mutuelle entre les susdits Sauvages et ce Gouvernement, Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer, Capitaine Général et Gouverneur en Chef pour La Majesté de la Province de la Nouvelle Écosse ou Acadie vice Admiral de la ditte Province et Colonel d'un Régiment d'Infanterie, promet, pour Sa Majesté Brittannique de donner en présents audits Sauvages chacque Année au premier d'Octobre aussi longtems que les dits Sauvages observeront les Articles susdits mentionés et demeureront Amis, des Couvertures (c'est-à-dire) Blanquets, du Tabac, de la Poudre et du petit Plomd. Que d'autre part les susdits Sauvages promettent de venir chacque Année au premier du susdit mois d'Octobre eux mêmes ou leurs Députés recevoir les susdits Présents et renouveller leurs Amitiés et leurs Soumissions.

7°. That the Indians shall use their best Endeavours to save the lives and goods of any People Shipwrecked on this Coast, where they resort, and shall Conduct the People saved to Halifax with their Goods, & a Reward adequate to the Salvadge shall be given them.

7°. Que les susdits Sauvages feront tout ce qui sera en leur pouvoir pour sauver la vie et les Effets de quelque personne que ce soit, dont les vaisseaux viendroient a échouer sur les Côtes qu'ils habitent, et amèneront, les peuples et les Effects, qu'ils auront sauvés à Halifax où ils seront récompensé selon la valeur de susdits Effets.

8°. That all Disputes whatsoever that may happen to arise between the Indians now at Peace, and others His Majesty's Subjects in this Province shall be tryed in His Majesty's Courts of Civil Judicature, where the Indians shall have the same benefit, Advantages and Priviledges, as any others of His Majesty's Subjects.

8°. Que toutes les disputes de quelque nature qu'elles soient qui pourroient arriver ou s'élever entre les Sauvages actuellement en paix et quelqu'autres Sujets de sa Majesté que se soit, seront ameneas devant la Court de Justice de sa Majesté pour les Causes Civils devant laquelle Court lesdits Sauvages Jouiront des mêmes Bénéfices, Privilèges et Advantages que toute autre Sujet de sa Majesté.

In Faith and Testimony whereof, the Great Seal of the Province is hereunto Appended, and the party's to these presents have hereunto interchangeably Set their Hands in the Council Chamber at Halifax this 22nd day of Nov. 1752, in the Twenty sixth year of His Majesty's Reign.

(Signatures deleted.)

(Emphasis added.)

II

Lower Court Judgments

Nova Scotia Provincial Court

For the purposes of his decision, Kimball J. assumed that the 1752 document was a valid treaty and that the appellant was entitled to claim its protection as a direct descendant of the original Micmac Indian Band. Nevertheless, he convicted the appellant. His conclusion, based largely upon *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460 (N.S.C.A.), is best summarized in his own words:

I am satisfied that any right which the defendant may have to hunt off the reserve is not applicable to the area where the offence took place. It is my opinion that any right which the defendant may have to hunt on that said land has been extinguished "by Crown grant to others or by occupation by the white man." There is little evidence as to the nature of the area in question, but the admitted facts establish that the defendant was at the material time the only occupant driving on the West Indian Road, a public highway in Colchester County, Province of Nova Scotia and that the road is not in an Indian Reserve but adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve. I am satisfied that the area in question is an area which has been occupied extensively by the white man for farming as a rural mixed-farming and dairy-farming area. I am prepared to take judicial notice of the fact that the area is made up of land where the right to hunt no longer exists because the land has been settled and occupied by the white man for purposes of farming and that the Crown grants have been extended to farmers for some considerable length of time so that any right which might have at one time existed to the defendant or his ancestors, to use or occupy the said lands for purposes of hunting, has long since been extinguished.

En Foi et en Témoignage de Quoi on a apposé le Grand Seau de ladite Province et les Parties y ont réciproquement souscroites et Signés dans la Chambre du Concel à Halifax le 22me Novembre 1752 dans la 26me Année du Règne de sa Majesté.

(Signatures supprimées.)

(C'est moi qui souligne.)

II

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse

Pour les fins de sa décision, le juge Kimball a présumé que le document de 1752 était un traité valide et que l'appelant avait le droit de réclamer sa protection à titre de descendant direct de la bande d'Indiens micmacs originaire. Néanmoins, il a déclaré l'appelant coupable. La meilleure façon de résumer sa conclusion, fondée en grande partie sur l'arrêt *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460 (C.A.N.-É.), est de reprendre ses propres termes:

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'aucun droit que le défendeur peut avoir de chasser en dehors de la réserve ne s'applique à l'endroit où l'infraction a été commise. À mon avis, le droit que peut avoir le défendeur de chasser sur ledit terrain a été éteint «par concession de la Couronne à d'autres ou par occupation de l'homme blanc». Il y a peu d'éléments de preuve pour établir la nature de l'endroit en question, toutefois les faits admis établissent que le défendeur était à ce moment-là le seul occupant d'un véhicule qui circulait sur la route West Indian, une voie publique dans le comté de Colchester en Nouvelle-Écosse et que la route n'est pas située dans une réserve indienne mais est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie. Je suis convaincu que l'endroit en question est une région largement occupée et cultivée par l'homme blanc en tant que région rurale d'agriculture mixte et d'industrie laitière. Je suis disposé à admettre d'office le fait que la région est constituée de terres où le droit de chasser n'existe désormais plus parce que les terres ont été colonisées et occupées par l'homme blanc à des fins d'agriculture et que les concessions de la Couronne ont été accordées aux agriculteurs depuis longtemps, de sorte que le droit d'utiliser ou d'occuper lesdites terres à des fins de chasse, qui aurait pu à une certaine époque exister au profit du défendeur ou de ses ancêtres, est depuis longtemps éteint.

Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division

An appeal by way of stated case to the Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, was dismissed (reported at (1982), 49 N.S.R. (2d) 566). The question stated by Kimball J. for opinion was the following:

Did I err in law in holding that the Treaty of 1752 did not exempt the accused Micmac Indian from the provisions of section 150(1) of the Lands and Forests Act?

Macdonald J.A. (Hart J.A. concurring) rejected, on three grounds, the appellant's argument that the Treaty of 1752 was a treaty within s. 88 of the *Indian Act*, thus rendering the appellant immune from the provisions of the *Lands and Forests Act*.

First, he concluded that the Treaty of 1752 provided no positive source of protection for hunting rights. On this point, Macdonald J.A. cited *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555 (N.S.C.A.), where MacKeigan C.J.N.S., at p. 564, found that the clause recognizing the liberty to hunt and fish in the Treaty of 1752 was "very far short in words and substance from being a grant by the Crown of a special franchise or privilege replacing the more nebulous aboriginal rights" and that the document could not "be considered a treaty granting or conferring new permanent rights".

Secondly, Macdonald J.A. held that even if the Treaty were valid at one time, it was effectively terminated in 1753 when the Micmac chief, Major Jean Baptiste Cope, and his band killed six Englishmen at Jeddore. Macdonald J.A. noted that the Treaty was one of peace and that the resumption of hostilities by the Indians in Nova Scotia terminated automatically, and for all time, any obligations to them under the Treaty.

Finally, Macdonald J.A. stated that even if he were wrong in his conclusion that the Treaty was terminated by the actions of the Indians, the appellant could not, in any event, claim the protection of the Treaty because he had not established

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel

Un appel par voie d'exposé de cause à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté (publié à (1982), 49 N.S.R. (2d) 566). La question posée par le juge Kimball en vue d'obtenir un avis était la suivante:

[TRADUCTION] Ai-je commis une erreur de droit en statuant que le Traité de 1752 n'exempte pas l'accusé, un Indien micmac, de l'application des dispositions du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

Le juge Macdonald (avec l'appui du juge Hart) a rejeté, pour trois motifs, l'argument de l'appelant selon lequel le Traité de 1752 était un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, ce qui lui aurait accordé une immunité à l'égard des dispositions de la *Lands and Forests Act*.

D'abord, il a conclu que le Traité de 1752 n'accordait aucune source positive de protection aux droits de chasse. Sur ce point, le juge Macdonald a cité l'arrêt *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555 (C.A.N.-É.), dans lequel le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a conclu à la p. 564 que la clause du Traité de 1752 qui reconnaissait la liberté de chasser et de pêcher était [TRADUCTION] «par ses termes et par le fond, très loin de constituer la concession par la Couronne d'une franchise ou d'un privilège spécial remplaçant des droits autochtones plus vagues» et que le document ne pouvait [TRADUCTION] «être considéré comme un traité accordant ou conférant de nouveaux droits permanents».

Ensuite, le juge Macdonald a conclu que, même si le traité a été valide à une certaine époque, il avait effectivement pris fin en 1753, lorsque le chef micmac, Major Jean Baptiste Cope, et sa bande ont tué six Anglais à Jeddore. Le juge Macdonald a souligné qu'il s'agissait d'un traité de paix et que la reprise des hostilités par les Indiens en Nouvelle-Écosse mettait fin automatiquement et pour toujours aux obligations envers eux qui découlaient du traité.

Enfin, le juge Macdonald a déclaré que, même si sa conclusion selon laquelle le traité avait pris fin à cause des actions des Indiens était erronée, l'appelant ne pouvait de toute façon pas réclamer la protection du traité parce qu'il n'avait pas établi

any connection by "descent or otherwise" with the original group of Indians.

In a concurring judgment, Jones J.A. added that it was clear from the case law, in particular *R. v. Isaac*, *supra*, that any rights of Indians to hunt and fish under the terms of "any treaty or otherwise" had been restricted to reserve lands. Furthermore, Jones J.A. held that, in claiming the exemption from the application of the general laws of the province under s. 88 of the *Indian Act*, the burden was on the appellant to show that he was exercising a right to "hunt . . . as usual" under the Treaty. This, in his view, had not been done.

The appeal was accordingly dismissed and the convictions were affirmed.

III

The Issues

This appeal raises the following issues:

1. Was the Treaty of 1752 validly created by competent parties?
2. Does the Treaty contain a right to hunt and what is the nature and scope of this right?
3. Has the Treaty been terminated or limited?
4. Is the appellant covered by the Treaty?
5. Is the Treaty a "treaty" within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*?
6. Do the hunting rights contained in the Treaty exempt the appellant from prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*?

In addition, the following constitutional question was framed by Chief Justice Laskin:

Are the hunting rights referred to in a document entitled "Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed" and executed November 22, 1752, existing treaty rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

In his factum, the appellant asks this Court to dispose of the appeal on the sole basis of the effect of the Treaty of 1752 and s. 88 of the *Indian Act*.

de relation par [TRADUCTION] «descendance ou autrement» avec le groupe d'Indiens originaire.

Dans un jugement au même effet, le juge Jones a ajouté qu'il ressortait clairement de la jurisprudence, en particulier de l'arrêt *R. v. Isaac*, précité, que tous les droits de chasse et de pêche des Indiens en vertu de l'expression [TRADUCTION] «tout traité ou autrement» ont été limités aux réserves. En outre, le juge Jones a conclu qu'il incombait à l'appelant, quand il demande d'être soustrait à l'application des lois générales de la province en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, de démontrer qu'il exerçait un droit de «chasser ... comme de coutume» en vertu du traité. À son avis, il ne s'est pas acquitté de cette obligation.

Par conséquent, l'appel a été rejeté et les déclarations de culpabilité ont été confirmées.

III

Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

1. Le Traité de 1752 a-t-il été validement créé par des parties compétentes?
2. Le traité contient-il un droit de chasse et quelle est la nature et la portée de ce droit?
3. Le traité a-t-il pris fin ou a-t-il été limité?
4. L'appelant est-il visé par le traité?
5. Le traité est-il un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?
6. Les droits de chasse prévus au traité protègent-ils l'appelant contre une poursuite fondée sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

De plus, la question constitutionnelle suivante a été formulée par le juge en chef Laskin:

Les droits de chasse visés dans le document intitulé «Traité ou Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvellée» qui a été signé le 22 novembre 1752, sont-ils des droits existants issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans son mémoire, l'appelant demande à cette Cour de disposer du pourvoi sur le seul fondement de l'effet du Traité de 1752 et de l'art. 88 de la *Loi*

Therefore, if the Treaty does not exempt the appellant from s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*, he requests that the appeal be dismissed without prejudice to the Micmac position based on other treaties and aboriginal rights. The respondent agreed with this approach. I will, therefore, restrict my remarks to the Treaty of 1752 and s. 88 of the *Indian Act*. It will be unnecessary to deal with aboriginal rights, the Royal Proclamation of 1763, or other treaty rights.

IV

Was the Treaty of 1752 Validly Created by Competent Parties?

The respondent raised the issue of the capacity of the parties for two reasons which are stated at p. 8 of the factum:

> The issue of capacity is raised for the purpose of illustrating that the Treaty of 1752 was of a lesser status than an International Treaty and therefore is more easily terminated. The issue is also raised to give the document an historical legal context as this issue has been raised in previous cases.

The question of whether the Treaty of 1752 constitutes an international-type treaty is only relevant to the respondent's argument regarding the appropriate legal tests for the termination of the Treaty. I will address this issue, therefore, in relation to the question of whether the Treaty of 1752 was terminated by hostilities between the British and the Micmac in 1753.

The historical legal context provided by the respondent consists primarily of the 1929 decision of Acting Judge Patterson in *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (Co. Ct.) and the academic commentary it generated immediately following its rendering. In the *Syliboy* case Patterson J. addressed the question of the capacity of the parties to enter into a treaty at pp. 313-14:

> Two considerations are involved. First, did the Indians of Nova Scotia have status to enter into a treaty? And second, did Governor Hopson have authority to enter into one with them? Both questions must I think be answered in the negative.

sur les Indiens. Par conséquent, si le traité ne soustrait pas l'appelant à l'application du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, il demande que le pourvoi soit rejeté, sous réserve de la position des Micmacs fondée sur les autres traités et les droits autochtones. L'intimée est d'accord avec cette manière de procéder. Par conséquent, je limiterai mes observations au Traité de 1752 et à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Il ne sera pas nécessaire de traiter des droits autochtones, de la Proclamation royale de 1763 ou des autres droits issus des traités.

IV

Le Traité de 1752 a-t-il été validement créé par des parties compétentes?

L'intimée a soulevé la question de la capacité des parties pour deux raisons qui sont indiquées à la p. 8 du mémoire:

> [TRADUCTION] La question de la capacité est soulevée afin de souligner que le Traité de 1752 avait un statut inférieur à celui d'un traité international et par conséquent pouvait prendre fin plus facilement. La question est également soulevée pour donner au document un contexte juridique historique étant donné que cette question a déjà été soulevée dans des affaires antérieures.

La question de savoir si le Traité de 1752 constitue un traité de type international est pertinente seulement en ce qui a trait à l'argument de l'intimée concernant les critères juridiques applicables à l'extinction du traité. Par conséquent, j'examinerai cette question en relation avec la question de savoir si le Traité de 1752 a pris fin en raison des hostilités entre les Britanniques et les Micmacs en 1753.

Le contexte juridique historique fourni par l'intimée est principalement constitué par la décision de 1929 du juge Patterson *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (C. de Cté) et les commentaires doctrinaux qu'elle a entraînés immédiatement après qu'elle a été rendue. Dans l'affaire *Syliboy*, le juge Patterson a examiné la question de la capacité des parties de conclure un traité aux pp. 313 et 314:

> [TRADUCTION] Deux considérations entrent en ligne de compte. Premièrement, les Indiens de la Nouvelle-Écosse avaient-ils qualité pour conclure un traité? Deuxièmement, le gouverneur Hopson avait-il le pouvoir d'en conclure un avec eux? D'après moi, il faut répondre par la négative aux deux questions.

(1) "Treaties are unconstrained Acts of independent powers." But the Indians were never regarded as an independent power. A civilized nation first discovering a country of uncivilized people or savages held such country as its own until such time as by treaty it was transferred to some other civilized nation. The savages' rights of sovereignty even of ownership were never recognized. Nova Scotia had passed to Great Britian not by gift or purchase from or even by conquest of the Indians but by treaty with France, which had acquired it by priority of discovery and ancient possession; and the Indians passed with it.

Indeed the very fact that certain Indians sought from the Governor the privilege or right to hunt in Nova Scotia as usual shows that they did not claim to be an independent nation owning or possessing their lands. If they were, why go to another nation asking this privilege or right and giving promise of good behaviour that they might obtain it? In my judgment the Treaty of 1752 is not a treaty at all and is not to be treated as such; it is at best a mere agreement made by the Governor and council with a handful of Indians giving them in return for good behaviour food, presents, and the right to hunt and fish as usual—an agreement that, as we have seen, was very shortly after broken.

(2) Did Governor Hopson have authority to make a treaty? I think not. "Treaties can be made only by the constituted authorities of nations or by persons specially deputed by them for that purpose." Clearly our treaty was not made with the constituted authorities of Great Britain. But was Governor Hopson specially deputed by them? Cornwallis' commission is the manual not only for himself but for his successors and you will search it in vain for any power to sign treaties.

It should be noted that the language used by Patterson J., illustrated in this passage, reflects the biases and prejudices of another era in our history. Such language is no longer acceptable in Canadian law and indeed is inconsistent with a growing sensitivity to native rights in Canada. With regard to the substance of Patterson J.'s words, leaving aside for the moment the question of whether treaties are international-type documents, his conclusions on capacity are not convincing.

1) «Les traités sont des actes libres de puissances indépendantes». Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre la première un pays peuplé de gens non civilisés ou de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus. La Nouvelle-Écosse est passée à la Grande-Bretagne non pas par cadeau ou par achat aux Indiens ni même par leur conquête, mais par traité avec la France qui l'avait acquise par priorité de découverte et possession ancienne; et les Indiens sont passés avec elle.

En réalité, le simple fait que certains Indiens ont cherché à obtenir du gouverneur le privilège ou le droit de chasser comme de coutume en Nouvelle-Écosse indique qu'ils ne prétendaient pas constituer une nation indépendante qui possédait des terres ou qui en était propriétaire. S'ils l'étaient, pourquoi demander ce privilège ou ce droit à une autre nation et promettre de bien se conduire s'ils l'obtiennent? À mon avis, le Traité de 1752 n'est absolument pas un traité et il ne doit pas être considéré comme tel; il s'agit tout au plus d'un simple accord conclu entre le gouverneur et le conseil et une poignée d'Indiens leur donnant, en échange de leur bonne conduite, de la nourriture, des présents et le droit de chasser et de pêcher comme de coutume — un accord qui, comme nous l'avons vu, a été rompu peu après.

2) Le gouverneur Hopson avait-il le pouvoir de conclure un traité? Je ne le crois pas. «Les traités ne peuvent être conclus que par les autorités constituées des nations ou par des personnes spécialement désignées par elles à cette fin». De toute évidence, notre traité n'a pas été conclu avec les autorités constituées de la Grande-Bretagne. Toutefois, le gouverneur Hopson était-il spécialement désigné par celles-ci? La commission de Cornwallis constitue le mandat confié non seulement à lui-même, mais à ses successeurs et vous y chercherez en vain le pouvoir de signer des traités.

Il convient de remarquer que le langage utilisé par le juge Patterson, illustré dans ce passage, traduit les préjugés d'une autre époque de notre histoire. Un tel langage n'est désormais plus acceptable en droit canadien et est en effet incompatible avec une sensibilité grandissante à l'égard des droits des autochtones au Canada. En ce qui a trait au fond de l'exposé du juge Patterson, si on laisse de côté pour le moment la question de savoir si les traités sont des documents de type international, ses conclusions à l'égard de la capacité ne sont pas convaincantes.

No court, with the exception of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in the present case, has agreed explicitly with the conclusion of Patterson J. that the Indians and Governor Hopson lacked capacity to enter into an enforceable treaty. The Treaty of 1752 was implicitly assumed to have been validly created in *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 100 (N.B.C.A.); *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189 (N.B.C.A.); *R v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545 (C.A.); *R. v. Cope*, *supra*; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99 (N.B. Prov. Ct.); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.); *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297 (Prov. Ct.) In *R. v. Isaac*, *supra*, Cooper J.A., after noting Patterson J.'s conclusions on the validity of the Treaty of 1752, expressed doubt as to their correctness, at p. 496:

> The *Treaty of 1752* was considered in *Rex v. Syliboy* . . . . It was there held by Patterson, Acting C.C.J., that it did not extend to Cape Breton Indians and further that it was not in reality a treaty. I have doubt as to the second finding and express no opinion on it, but I have no doubt as to the correctness of the first finding.

N. A. M. MacKenzie, in "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561, disagreed with Patterson J.'s ruling that the Indians did not have the capacity, nor the Governor the authority, to conclude a valid treaty. MacKenzie stated at p. 565:

> As to the capacity of the Indians to contract and the authority of Governor Hopson to enter into such an agreement, with all deference to His Honour, both seem to have been present. Innumerable treaties and agreements of a similar character were made by Great Britain, France, the United States of America and Canada with the Indian tribes inhabiting this continent, and these treaties and agreements have been and still are held to be binding. Nor would Governor Hopson require special "powers" to enter into such an agreement. Ordinarily "full powers" specially conferred are essential to the proper negotiating of a treaty, but the Indians were not on a par with a sovereign state and fewer formalities were required in their case. Governor Hopson was the

Aucun tribunal, à l'exception de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en l'espèce, n'a souscrit de façon explicite à la conclusion du juge Patterson selon laquelle les Indiens et le gouverneur Hopson n'avaient pas la capacité nécessaire pour conclure un traité exécutoire. On a implicitement présumé que le Traité de 1752 avait validement été créé dans *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110 (C.A.N.-B.); *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189 (C.A.N.-B.); *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545 (C.A.); *R. v. Cope*, précité; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99 (C.P.N.-B.); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.); *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297 (C. Prov.) Dans *R. v. Isaac*, précité, le juge Cooper, après avoir souligné les conclusions du juge Patterson sur la validité du Traité de 1752, a exprimé un doute sur leur justesse à la p. 496:

> [TRADUCTION] Le *Traité de 1752* a été examiné dans *Rex v. Syliboy* . . . Dans cette affaire, le juge suppléant Patterson de la Cour de comté a conclu qu'il ne s'étendait pas aux Indiens du Cap Breton et en outre qu'il ne s'agissait pas vraiment d'un traité. J'ai certains doutes quant à la seconde conclusion et je n'exprime aucune opinion à ce sujet, toutefois je n'ai aucun doute quant à la justesse de la première conclusion.

N. A. M. MacKenzie dans «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561, a exprimé son désaccord avec la décision du juge Patterson selon laquelle les Indiens n'avaient pas la capacité et le gouverneur, le pouvoir, de conclure un traité valide. MacKenzie dit à la p. 565:

> [TRADUCTION] Quant à la capacité des Indiens de contracter et au pouvoir du gouverneur Hopson de conclure un tel accord, avec tout le respect à l'égard de son honneur, il semble que les deux aient été présents. De nombreux traités et accords d'un caractère semblable ont été conclus par la Grande-Bretagne, la France, les États-Unis d'Amérique et le Canada avec des tribus indiennes habitant ce continent et ces traités et accords ont été et sont toujours considérés comme exécutoires. Le gouverneur Hopson n'avait pas non plus besoin de «pouvoirs» spéciaux pour conclure un tel accord. D'habitude, les «pouvoirs complets» qui sont conférés spécialement sont essentiels pour négocier de façon appropriée un traité, toutefois les Indiens n'étaient pas sur un pied

representative of His Majesty and as such had sufficient authority to make an agreement with the Indian tribes.

The Treaty was entered into for the benefit of both the British Crown and the Micmac people, to maintain peace and order as well as to recognize and confirm the existing hunting and fishing rights of the Micmac. In my opinion, both the Governor and the Micmac entered into the Treaty with the intention of creating mutually binding obligations which would be solemnly respected. It also provided a mechanism for dispute resolution. The Micmac Chief and the three other Micmac signatories, as delegates of the Micmac people, would have possessed full capacity to enter into a binding treaty on behalf of the Micmac. Governor Hopson was the delegate and legal representative of His Majesty The King. It is fair to assume that the Micmac would have believed that Governor Hopson, acting on behalf of His Majesty The King, had the necessary authority to enter into a valid treaty with them. I would hold that the Treaty of 1752 was validly created by competent parties.

V

Does the Treaty Contain a Right to Hunt and What is the Nature and Scope of this Right?

Article 4 of the Treaty of 1752 states, "It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting & Fishing as usual ...." What is the nature and scope of the "liberty of Hunting & Fishing" contained in the Treaty?

The majority of the Nova Scotia Court of Appeal seemed to imply that the Treaty contained merely a general acknowledgement of pre-existing non-treaty aboriginal rights and not an independent source of protection of hunting rights upon which the appellant could rely. In my opinion, the Treaty, by providing that the Micmac should not be hindered from but should have free liberty of hunting and fishing as usual, constitutes a positive source of protection against infringements on

d'égalité avec un état souverain et moins de formalités étaient nécessaires dans leur cas. Le gouverneur Hopson était le représentant de Sa Majesté et, à ce titre, il avait le pouvoir nécessaire pour conclure un accord avec les tribus indiennes.

Le traité a été conclu dans l'intérêt de la Couronne britannique et du peuple micmac, pour maintenir la paix et l'ordre ainsi que pour reconnaître et confirmer les droits de chasse et de pêche existants des Micmacs. À mon avis, le gouverneur et les Micmacs ont conclu le traité avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Il prévoyait également un mécanisme pour régler les litiges. Le chef micmac et les trois autres signataires micmacs, à titre de délégués du peuple micmac, possédaient l'entière capacité de conclure un traité exécutoire pour le compte des Micmacs. Le gouverneur Hopson était le délégué et le représentant légal de Sa Majesté Le Roi. Il est juste de présumer que les Micmacs ont cru que le gouverneur Hopson, agissant pour le compte de Sa Majesté Le Roi, avait le pouvoir nécessaire pour conclure un traité valide avec eux. Je suis d'avis de conclure que le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes.

V

Le traité contient-il un droit de chasse et quelle est la nature et la portée de ce droit?

L'article 4 du Traité de 1752 prévoit, «On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume.» Quelle est la nature et la portée de la «Liberté de chasser et de pêcher» contenue dans le traité?

Les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à la majorité ont semblé estimer que le traité contenait simplement une reconnaissance générale de droits autochtones préexistants non issus des traités et ne constituait pas une source indépendante de protection des droits de chasse sur lesquels l'appelant pourrait se fonder. À mon avis, le traité, en prévoyant que les Micmacs ne seraient pas empêchés de chasser et de pêcher mais auraient la liberté de le faire comme de coutume,

hunting rights. The fact that the right to hunt already existed at the time the Treaty was entered into by virtue of the Micmac's general aboriginal right to hunt does not negate or minimize the significance of the protection of hunting rights expressly included in the Treaty.

Such an interpretation accords with the generally accepted view that Indian treaties should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Indians. This principle of interpretation was most recently affirmed by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. I had occasion to say the following at p. 36:

> It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians . . . .In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties "must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians".

Having determined that the Treaty embodies a right to hunt, it is necessary to consider the respondent's contention that the right to hunt is limited to hunting for purposes and by methods usual in 1752 because of the inclusion of the modifier "as usual" after the right to hunt.

First of all, I do not read the phrase "as usual" as refering to the types of weapons to be used by the Micmac and limiting them to those used in 1752. Any such construction would place upon the ability of the Micmac to hunt an unnecessary and artificial constraint out of keeping with the principle that Indian treaties should be liberally construed. Indeed, the inclusion of the phrase "as usual" appears to reflect a concern that the right to hunt be interpreted in a flexible way that is sensitive to the evolution of changes in normal hunting practices. The phrase thereby ensures that the Treaty will be an effective source of protection of hunting rights.

constitue une source positive de protection contre les violations des droits de chasse. Le fait que le droit de chasse existait déjà au moment où le traité a été conclu en vertu du droit général autochtone des Micmacs de chasser ne nie ni ne diminue l'importance de la protection des droits de chasse expressément compris dans le traité.

Une telle interprétation est conforme à l'opinion généralement acceptée selon laquelle les traités avec les Indiens doivent être interprétés en faveur de ceux-ci de façon juste, large et libérale. Ce principe d'interprétation a été très récemment confirmé par cette Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29. Voici ce que j'ai eu l'occasion de dire à la p. 36:

> Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens . . . Dans l'affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRADUCTION] «doivent . . . être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage . . . mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage».

Ayant déterminé que le traité contient le droit de chasse, il est nécessaire d'examiner l'argument de l'intimée que le droit de chasse est limité à la chasse pour les fins habituelles en 1752 et au moyen des méthodes habituelles à cette époque à cause de l'inclusion de l'expression modificative «comme de coutume» après le droit de chasse.

Premièrement, je ne vois pas dans l'expression «comme de coutume» une référence aux types d'armes qui doivent être utilisées par les Micmacs ni une restriction à celles utilisées en 1752. Une telle interprétation imposerait une contrainte inutile et artificielle à la capacité des Micmacs de chasser qui ne correspondrait pas au principe que les traités avec les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale. En effet, l'inclusion de l'expression «comme de coutume» paraît traduire la préoccupation de voir le droit de chasse interprété d'une manière souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales de chasse. L'expression assure ainsi que le traité constituera une source efficace de protection à l'égard des droits de chasse.

Secondly, the respondent maintained that "as usual" should be interpreted to limit the treaty protection to hunting for non-commercial purposes. It is difficult to see the basis for this argument in the absence of evidence regarding the purpose for which the appellant was hunting. In any event, article 4 of the Treaty appears to contemplate hunting for commercial purposes when it refers to the construction of a truck house as a place of exchange and mentions the liberty of the Micmac to bring game to sale: see *R. v. Paul*, *supra*, at p. 563 *per* Ryan J.A., dissenting in part.

It should be clarified at this point that the right to hunt to be effective must embody those activities reasonably incidental to the act of hunting itself, an example of which is travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds. In this case, the appellant was not charged with hunting in a manner contrary to public safety in violation of the *Lands and Forests Act* but with illegal possession of a rifle and ammunition upon a road passing through or by a forest, wood or resort of moose or deer contrary to s. 150(1) of the same Act. The appellant was simply travelling in his truck along a road with a gun and some ammunition. He maintained that he was going to hunt in the vicinity. In my opinion, it is implicit in the right granted under article 4 of the Treaty of 1752 that the appellant has the right to possess a gun and ammunition in a safe manner in order to be able to exercise the right to hunt. Accordingly, I conclude that the appellant was exercising his right to hunt under the Treaty.

VI

Has the Treaty Been Terminated or Limited?

(a) Termination by Hostilities

In accordance with the finding of the Nova Scotia Court of Appeal, the Crown argued that the Treaty of 1752 was terminated and rendered unenforceable when hostilities broke out between the Micmac and the British in 1753. The appellant maintained that the alleged hostilities were sporadic and minor in nature and did not, therefore, nullify or terminate the Treaty. It was further

Deuxièmement, l'intimée a soutenu que l'expression «comme de coutume» devrait être interprétée de manière à limiter la protection du traité à la chasse pour des fins non commerciales. Il est difficile de voir le fondement de cet argument en l'absence de preuve quant à la fin pour laquelle l'appelant chassait. De toute façon, l'article 4 du traité paraît viser la chasse pour des fins commerciales lorsqu'il mentionne la construction d'un poste de traite en tant que lieu d'échange et mentionne la liberté des Micmacs d'apporter du gibier pour le vendre: voir *R. v. Paul*, précité, à la p. 563, le juge Ryan, dissident en partie.

Il faudrait préciser à ce stade que, pour être réel, le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même, par exemple, se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire. En l'espèce, l'appelant n'a pas été accusé de chasser d'une manière contraire à la sécurité du public en violation de la *Lands and Forests Act*, mais de possession illégale d'une carabine et de munitions alors qu'il se trouvait sur une route qui traverse ou longe une forêt, un bois ou un refuge d'orignal ou de cerf contrairement au par. 150(1) de la Loi. L'appelant circulait simplement dans son camion sur une route avec une arme et des munitions. Il a soutenu qu'il allait chasser dans les environs. À mon avis, il ressort implicitement du droit accordé par l'article 4 du Traité de 1752 que l'appelant a le droit de posséder une arme et des munitions placées en sécurité pour lui permettre d'exercer son droit de chasse. Par conséquent, je conclus que l'appelant exerçait son droit de chasser en vertu du traité.

VI

Le traité a-t-il pris fin ou a-t-il été limité?

a) Résolution due aux hostilités

Conformément à la conclusion de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, le ministère public a soutenu que le Traité de 1752 avait pris fin et avait été rendu inapplicable lors de la reprise des hostilités entre les Micmacs et les Britanniques en 1753. L'appelant soutient que les hostilités alléguées avaient été isolées et mineures et n'avaient par conséquent pas annulé le traité ou mis fin à

argued by the appellant, relying on L. F. S. Upton, *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867* (1979), that the English initiated the hostilities and that, therefore, the Crown should not be permitted to rely on them to support the termination of the Treaty. Finally, the appellant submitted that, even if the Court finds that there were sufficient hostilities to affect the Treaty, at most it was merely suspended and not terminated.

In considering the impact of subsequent hostilities on the peace Treaty of 1752, the parties looked to international law on treaty termination. While it may be helpful in some instances to analogize the principles of international treaty law to Indian treaties, these principles are not determinative. An Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at pp. 617-18, aff'd [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 631; *Pawis v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, at p. 607.

It may be that under certain circumstances a treaty could be terminated by the breach of one of its fundamental provisions. It is not necessary to decide this issue in the case at bar since the evidentiary requirements for proving such a termination have not been met. Once it has been established that a valid treaty has been entered into, the party arguing for its termination bears the burden of proving the circumstances and events justifying termination. The inconclusive and conflicting evidence presented by the parties makes it impossible for this Court to say with any certainty what happened on the eastern coast of Nova Scotia 233 years ago. As a result, the Court is unable to resolve this historical question. The Crown has failed to prove that the Treaty of 1752 was terminated by subsequent hostilities.

I would note that there is nothing in the British conduct subsequent to the conclusion of the Treaty

celui-ci. L'appelant a en outre soutenu, en se fondant sur l'ouvrage de L. F. S. Upton, *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867* (1979), que les Anglais avaient commencé les hostilités et que, par conséquent, il ne devrait pas être permis au ministère public de se fonder sur celles-ci pour justifier l'extinction du traité. Finalement, l'appelant a soutenu que, même si la Cour conclut qu'il y avait eu des hostilités suffisantes pour avoir un effet sur le traité, il était tout au plus suspendu et non éteint.

Dans l'étude de l'effet des hostilités subséquentes sur le Traité de paix de 1752, les parties ont examiné le droit international applicable à l'extinction des traités. Bien qu'il puisse être utile dans certains cas de faire une analogie entre les principes du droit international des traités et les traités avec les Indiens, ces principes ne sont pas déterminants. Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), aux pp. 617 et 618, confirmé par [1965] R.C.S. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 631; *Pawis c. La Reine* [1980] 2 C.F. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, à la p. 607.

Il se peut que dans certaines circonstances un traité puisse être éteint par la violation de l'une de ses clauses fondamentales. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce puisque les exigences en matière de preuve pour établir une telle extinction n'ont pas été remplies. Lorsqu'il a été établi qu'un traité valide a été conclu, la partie qui soutient qu'il a pris fin a le fardeau de démontrer les circonstances et les événements qui justifient son extinction. Les éléments de preuve contradictoires et non concluants présentés par les parties ne permettent pas à cette Cour de dire avec certitude ce qui s'est produit sur la côte est de la Nouvelle-Écosse il y a 233 ans. Par conséquent, la Cour n'est pas en mesure de trancher cette question historique. Le ministère public n'a pas réussi à démontrer que, à cause des hostilités subséquentes au Traité de 1752, celui-ci avait pris fin.

Il convient de souligner que rien dans la conduite britannique postérieure à la conclusion du

of 1752 and the alleged hostilities to indicate that the Crown considered the terms of the Treaty at an end. Indeed, His Majesty's Royal Instructions of December 9, 1761, addressed *inter alia* to the Governor of Nova Scotia, declared that the Crown "was determined upon all occasions to support and protect the ... Indians in their just rights and possessions and to keep inviolable the treaties and compacts which have been entered into with them .... " These Royal Instructions formed the basis of the Proclamation issued by Jonathan Belcher, Lieutenant Governor of Nova Scotia on May 4, 1762 which also repeated the above words.

I conclude from the foregoing that the Treaty of 1752 was not terminated by subsequent hostilities in 1753. The Treaty is of as much force and effect today as it was at the time it was concluded.

(b) Termination by Extinguishment

The respondent's argument that the Treaty of 1752 has been extinguished is based on *R. v. Isaac*, *supra*, at pp. 476, 479; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 321; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941), at p. 347; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), at pp. 586-88, and *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). The respondent submits that absolute title in the land covered by the Treaty lies with the Crown and, therefore, the Crown has the right to extinguish any Indian rights in such lands. The respondent further submits, based on *Isaac*, that the Crown, through occupancy by the white man under Crown grant or lease, has, in effect, extinguished native rights in Nova Scotia in territory situated outside of reserve lands. As the appellant was stopped on a highway outside the Shubenacadie Reserve, the respondent argues that the Treaty of 1752 affords no defence to the appellant regardless of whether the treaty is itself valid.

In my opinion, it is not necessary to come to a final decision on the respondent's argument. Given the serious and far-reaching consequences of a finding that a treaty right has been extinguished, it

Traité de 1752 et dans les hostilités alléguées n'indique que la Couronne considérait que le Traité avait pris fin. En effet, les directives royales de Sa Majesté du 9 décembre 1761 adressées notamment au gouverneur de la Nouvelle-Écosse, déclaraient que la Couronne [TRADUCTION] «était déterminée dans toutes les occasions à appuyer et à protéger les ... Indiens en ce qui a trait à leurs justes droits et possessions et à assurer l'inviolabilité des traités et des pactes qui ont été conclus avec eux ...» Ces directives royales constituaient le fondement de la proclamation publiée le 4 mai 1762 par Jonathan Belcher, lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Écosse, qui reprenait également les termes qui précèdent.

Je conclus de ce qui précède que le Traité de 1752 n'a pas pris fin à cause des hostilités de 1753. Le traité est tout aussi en vigueur aujourd'hui qu'il l'était au moment où il a été conclu.

b) Résolution par extinction

L'intimée fonde son argument que le Traité de 1752 s'est éteint sur les arrêts *R. v. Isaac*, précité, aux pp. 476 et 479, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 321; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941), à la p. 347; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), aux pp. 586 à 588 et *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). L'intimée allègue que la Couronne détient la propriété absolue des terres visées par le traité et qu'elle a donc le droit d'éteindre tous droits des Indiens sur ces terres. Se fondant sur l'arrêt *Isaac*, l'intimée allègue en outre qu'en octroyant des concessions ou des baux entraînant l'occupation par l'homme blanc, la Couronne a effectivement éteint les droits autochtones en Nouvelle-Écosse sur le territoire situé hors des réserves. L'intimée fait valoir que, comme l'appelant a été arrêté sur la route en dehors de la réserve Shubenacadie, le Traité de 1752 ne lui offre aucune défense, indépendamment de la validité du traité en soi.

À mon avis, il n'est pas nécessaire de trancher de façon définitive l'argument de l'intimée. Vu la portée et la gravité des conséquences d'une conclusion selon laquelle le droit issu du traité a été

seems appropriate to demand strict proof of the fact of extinguishment in each case where the issue arises. As Douglas J. said in *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, *supra*, at p. 354, "extinguishment cannot be lightly implied".

In the present appeal the appellant was charged with the offence of possession of a rifle and ammunition on a road passing through or by a forest, wood or other resort. The agreed statement of facts does not disclose whether or where the appellant had hunted or was intending to hunt. In particular, there is no evidence to sustain the conclusion that the appellant had hunted, or intended to hunt, on the highway which might well raise different considerations. Hence this Court's decision in *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, is not relevant.

It seems clear that, at a minimum, the Treaty recognizes some hunting rights in Nova Scotia on the Shubenacadie Reserve and that any Micmac Indian who enjoys those rights has an incidental right to transport a gun and ammunition to places where he could legally exercise them. In this vein, it is worth noting that both parties agree that the highway on which the appellant was stopped "is adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve" and "passes through or by a forest, wood, or other resource frequented by moose or deer".

The respondent tries to meet the apparent right of the appellant to transport a gun and ammunition by asserting that the treaty hunting rights have been extinguished. In order to succeed on this argument it is absolutely essential, it seems to me, that the respondent lead evidence as to where the appellant hunted or intended to hunt and what use has been and is currently made of those lands. It is impossible for this Court to consider the doctrine of extinguishment 'in the air'; the respondent must anchor that argument in the bedrock of specific lands. That has not happened in this case. In the absence of evidence as to where the hunting occurred or was intended to occur, and the use of the lands in question, it would be impossible to determine whether the appellant's treaty hunting rights have been extinguished. Moreover, it is unéteint, il semble approprié d'exiger une preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction dans chaque cas où la question se pose. Comme le juge Douglas l'a dit dans l'arrêt *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, à la p. 354 [TRADUCTION] «une extinction ne s'infère pas à la légère».

En l'espèce, l'appelant est accusé de possession d'une carabine et de munitions sur une route qui traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge. L'exposé conjoint des faits ne révèle pas si l'appelant avait chassé ou allait le faire, ni à quel endroit le cas échéant. Il n'y a notamment pas d'élément de preuve pour appuyer la conclusion que l'appelant avait chassé ou allait le faire sur la route, ce qui pourrait bien soulever des considérations différentes. Ainsi, l'arrêt de cette Cour *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, n'est pas pertinent.

Il semble clair qu'à tout le moins, le traité reconnaît certains droits de chasse en Nouvelle-Écosse dans la réserve Shubenacadie et que tout Indien micmac qui en bénéficie a le droit accessoire de transporter un fusil et des munitions vers les endroits où il peut légalement les exercer. Dans cette optique, il importe de noter que les deux parties ont convenu que la route sur laquelle l'appelant a été arrêté «est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie» et «traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge fréquenté par l'orignal ou le cerf».

L'intimée essaie de réfuter le droit apparent de l'appelant de transporter un fusil et des munitions en affirmant que les droits de chasse issus du traité ont été éteints. Pour que cet argument l'emporte, il est absolument essentiel, à mon avis, que l'intimée fasse la preuve de l'endroit où l'appelant chassait ou voulait chasser et de l'utilisation passée et actuelle de ces terres. Cette Cour ne peut pas examiner la doctrine d'extinction «en l'air»; l'intimée doit ancrer cet argument dans des terres déterminées. Ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'absence de preuves relatives à l'endroit où la chasse a eu lieu ou devait avoir lieu et à l'utilisation des terres en question, il est impossible de déterminer s'il y a eu extinction des droits de chasse de l'appelant découlant du traité. De plus, il n'est pas nécessaire que cette Cour détermine si

necessary for this Court to determine whether those rights have been extinguished because, at the very least, these rights extended to the adjacent Shubenacadie reserve. I do not wish to be taken as expressing any view on whether, as a matter of law, treaty rights may be extinguished.

ces droits ont été éteints parce que, à tout le moins, ils s'appliquaient à la réserve Shubenacadie voisine. Je ne veux pas que l'on considère que j'ai exprimé une opinion sur la question de savoir si, en droit, il peut y avoir eu extinction des droits issus du traité.

VII

VII

Is the Appellant an Indian Covered by the Treaty

L'appelant est-il un Indien visé par le traité?

The respondent argues that the appellant has not shown that he is a direct descendant of a member of the original Micmac Indian Band covered by the Treaty of 1752. The trial judge assumed that the appellant was a direct descendant of the Micmac Indians, parties to the Treaty. The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, on the other hand, relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Simon*, *supra*, and held that the appellant had not established any connection by "descent or otherwise" with the original group of Micmac Indians inhabiting the eastern part of Nova Scotia in the Shubenacadie area.

L'intimée soutient que l'appelant n'a pas démontré qu'il est un descendant direct d'un membre de la bande d'Indiens micmacs originaire visée par le Traité de 1752. Le juge du procès a présumé que l'appelant était un descendant direct des Indiens micmacs qui étaient parties au traité. Par ailleurs, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s'est fondée sur la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *R. v. Simon*, précité et a conclu que l'appelant n'avait pas établi de liens par «descendance ou autrement» avec le groupe originaire d'Indiens micmacs qui habitait la partie orientale de la Nouvelle-Écosse dans la région de Shubenacadie.

With respect, I do not agree with the Appellate Division on this point. In my view, the appellant has established a sufficient connection with the Indian band, signatories to the Treaty of 1752. As noted earlier, this Treaty was signed by Major Jean Baptiste Cope, Chief of the Shubenacadie Micmac tribe, and three other members and delegates of the tribe. The Micmac signatories were described as inhabiting the eastern coast of Nova Scotia. The appellant admitted at trial that he was a registered Indian under the *Indian Act*, and was an "adult member of the Shubenacadie-Indian Brook Band of Micmac Indians and was a member of the Shubenacadie Band Number 02". The appellant is, therefore, a Shubenacadie-Micmac Indian, living in the same area as the original Micmac Indian tribe, party to the Treaty of 1752.

Avec égards, je ne suis pas d'accord sur ce point avec la Division d'appel. À mon avis, l'appelant a établi un lien suffisant avec la bande indienne signataire du Traité de 1752. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce traité a été signé par Major Jean Baptiste Cope, chef de la tribu micmaque de Shubenacadie et trois autres membres et délégués de la tribu. Les signataires micmacs ont été décrits comme habitant la côte est de la Nouvelle-Écosse. L'appelant a admis au procès qu'il était un Indien inscrit aux termes de la *Loi sur les Indiens* et qu'il était un «membre adulte de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie-Indian Brook . . . [et était] membre de la bande Shubenacadie numéro 02». Par conséquent l'appelant est un Indien micmac Shubenacadie vivant dans la même région que la tribu originaire d'Indiens micmacs partie au Traité de 1752.

This evidence alone, in my view, is sufficient to prove the appellant's connection to the tribe originally covered by the Treaty. True, this evidence is not conclusive proof that the appellant is a direct descendant of the Micmac Indians covered by the Treaty of 1752. It must, however, be sufficient, for

À mon avis, cet élément de preuve en lui-même est suffisant pour démontrer le lien existant entre l'appelant et la tribu visée à l'origine par le traité. Il est vrai que cet élément de preuve ne constitue pas une preuve concluante que l'appelant est un descendant direct des Indiens micmacs visés par le

otherwise no Micmac Indian would be able to establish descendancy. The Micmacs did not keep written records. Micmac traditions are largely oral in nature. To impose an impossible burden of proof would, in effect, render nugatory any right to hunt that a present day Shubenacadie Micmac Indian would otherwise be entitled to invoke based on this Treaty.

The appellant, Simon, as a member of the Shubenacadie Indian Brook Band of Micmac Indians, residing in Eastern Nova Scotia, the area covered by the Treaty of 1752, can therefore raise the Treaty in his defence.

VIII

Is the Treaty a "Treaty" Within the Meaning of s. 88 of the *Indian Act*?

Section 88 of the *Indian Act* stipulates that, "Subject to the terms of any treaty ... all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province ...."

The majority of the Appellate Division held that it was extremely doubtful whether the Treaty of 1752 was a "treaty" within the meaning of s. 88, primarily because it was merely a general confirmation of aboriginal rights and did not grant or confer "new permanent rights". Macdonald J.A. also concluded that the 1752 document could not be considered a "treaty" under s. 88 because it was made by only a small portion of the Micmac Nation and it did not define any land or area where the rights were to be exercised. The respondent urges these views upon this Court. The respondent further submits that the word "treaty" in s. 88 of the *Indian Act* does not include the Treaty of 1752 even under the extended definition of "treaty" enunciated in *R. v. White and Bob*, *supra*, because the Treaty did not deal with the ceding of land or delineation of boundaries.

Most of these arguments have already been addressed in this judgment and can be dealt with

Traité de 1752. Toutefois, il doit être suffisant, sinon aucun Indien micmac ne serait en mesure d'établir sa descendance. Les Micmacs ne tenaient aucun registre. Les traditions micmaques sont en grande partie de nature orale. L'imposition d'un fardeau de preuve impossible enlèverait effectivement toute valeur au droit de chasse qu'un Indien micmac Shubenacadie d'aujourd'hui aurait par ailleurs le droit d'invoquer en se fondant sur ce traité.

L'appelant, Simon, à titre de membre de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie-Indian Brook résidant dans l'est de la Nouvelle-Écosse, la région visée par le Traité de 1752, peut par conséquent invoquer le traité dans sa défense.

VIII

Le traité est-il un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* prévoit: «Sous réserve des dispositions de quelque traité ... toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard ...»

La Division d'appel à la majorité a jugé qu'il était extrêmement douteux que le Traité de 1752 soit un «traité» au sens de l'art. 88, principalement parce qu'il constituait simplement une confirmation générale des droits autochtones et n'accordait ni ne conférait de [TRADUCTION] «nouveaux droits permanents». De plus, le juge Macdonald a conclu que le document de 1752 ne pouvait être considéré comme un «traité» au sens de l'art. 88 parce qu'il n'avait été conclu que par une petite partie de la nation micmaque et qu'il ne définissait aucun territoire ni aucune région où les droits devaient être exercés. L'intimée avance cette opinion devant cette Cour. L'intimée soutient en outre que le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* ne comprend pas le Traité de 1752 même au sens de la définition étendue du terme «traité» énoncée dans l'affaire *R. v. White and Bob*, précitée, parce que le traité ne porte pas sur la cession de terres ou la délimitation de frontières.

La plupart de ces arguments ont déjà été examinés dans ce jugement et peuvent être traités brièvе-

briefly at this point. To begin, the fact that the Treaty did not create new hunting or fishing rights but merely recognized pre-existing rights does not render s. 88 inapplicable. On this point, Davey J.A. stated in *R. v. White and Bob*, *supra*, at p. 616:

> The force of the first argument seems to depend upon the assumption that s. 87 [now s. 88] should be read as if it were subject only to rights created by the Treaty; that would remove from the saving clause rights already in being and excepted from or confirmed by a Treaty. That argument fails to accord full meaning to the words, "subject to the *terms* of any treaty . . . " In my opinion an exception, reservation, or confirmation is as much a term of a Treaty as a grant, (I observe parenthetically that a reservation may be a grant), and the operative words of the section will not extend general laws in force in any Province to Indians in derogation of rights so excepted, reserved or confirmed.

(Emphasis added.)

This holding was followed by the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Paul*, *supra*. See also *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449 (C.A.), at p. 453. As I concluded earlier, the Treaty was validly created by representatives of the Micmac people and it covers the territory of concern in this appeal.

With respect to the respondent's submission that some form of land cession is necessary before an agreement can be described as a treaty under s. 88, I can see no principled basis for interpreting s. 88 in this manner. I would adopt the useful comment of Norris J.A. of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. White and Bob*, *supra*, affirmed on appeal to this Court. In a concurring judgment, he stated at pp. 648-49:

> The question is, in my respectful opinion, to be resolved not by the application of rigid rules of construction without regard to the circumstances existing when the document was completed nor by the tests of modern day draftsmanship. In determining what the intention of

ment à ce stade-ci. En premier lieu, le fait que le traité ne crée aucun droit de chasse ou de pêche mais reconnaisse des droits préexistants ne rend pas l'art. 88 inapplicable. À ce sujet, le juge Davey a déclaré dans l'affaire *R. v. White and Bob*, précitée, à la p. 616:

> [TRADUCTION] La force du premier argument semble reposer sur l'hypothèse que l'art. 87 [maintenant art. 88] devrait être interprété comme s'il visait seulement les droits créés par un traité; cela aurait pour effet de retrancher de la clause restrictive des droits qui sont déjà en vigueur et qui ont été exclus par un traité ou confirmés par celui-ci. Cet argument n'accorde pas à l'expression «sous réserve des *dispositions* de quelque traité . . . » tout le sens qui lui revient. À mon avis, une exception, une réserve ou une confirmation sont tout autant une condition d'un traité qu'une concession, (je fais remarquer entre parenthèse qu'une réserve peut être une concession), et le dispositif de l'article n'étend pas aux Indiens des lois d'application générale en vigueur dans une province au détriment des droits qui font l'objet d'une exception, d'une réserve ou d'une confirmation.

(C'est moi qui souligne.)

Cette décision a été suivie par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *R. v. Paul*, précité. Voir également *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449 (C.A.), à la p. 453. Comme je l'ai conclu précédemment, le traité a été créé validement par des représentants du peuple micmac et il couvre le territoire visé dans le présent pourvoi.

En ce qui a trait à l'argument de l'intimée qu'une certaine forme de cession de terres est nécessaire avant qu'un accord puisse être qualifié de traité en vertu de l'art. 88, je ne vois aucun fondement de principe qui permettrait d'interpréter l'art. 88 de cette manière. J'adopterais le commentaire utile du juge Norris de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. White and Bob*, précité, confirmé en appel à cette Cour. Dans un jugement au même effet, il a déclaré aux pp. 648 et 649:

> [TRADUCTION] La question ne doit pas, à mon humble avis, être tranchée par l'application de règles d'interprétation rigides, sans tenir compte des circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé, ni selon les critères des rédacteurs modernes. Afin de déterminer

Parliament was at the time of the enactment of s. 87 [now s. 88] of the *Indian Act*, Parliament is to be taken to have had in mind the common understanding of the parties to the document at the time it was executed. In the section "Treaty" is not a word of art and in my respectful opinion, it embraces all such engagements made by persons in authority as may be brought within the term "the word of the white man" the sanctity of which was, at the time of British exploration and settlement, the most important means of obtaining the goodwill and co-operation of the native tribes and ensuring that the colonists would be protected from death and destruction. On such assurance the Indians relied.

In my view, Parliament intended to include within the operation of s. 88 all agreements concluded by the Crown with the Indians that would otherwise be enforceable treaties, whether land was ceded or not. None of the Maritime treaties of the eighteenth century cedes land. To find that s. 88 applies only to land cession treaties would be to limit severely its scope and run contrary to the principle that Indian treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and uncertainties resolved in favour of the Indians.

Finally, it should be noted that several cases have considered the Treaty of 1752 to be a valid "treaty" within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* (for example, *R. v. Paul*, *supra*; and *R. v. Atwin and Sacobie*, *supra*). The Treaty was an exchange to solemn promises between the Micmacs and the King's representative entered into to achieve and guarantee peace. It is an enforceable obligation between the Indians and the white man and, as such, falls within the meaning of the word "treaty" in s. 88 of the *Indian Act*.

IX

Do the Hunting Rights Contained in the Treaty Exempt the Appellant from Prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*?

As a result of my conclusion that the appellant was validly exercising his right to hunt under the Treaty of 1752 and the fact he has admitted that his conduct otherwise constitutes an offence under the *Lands and Forests Act*, it must now be determined

quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'art. 87 [maintenant art. 88] de la *Loi sur les Indiens*, il faut présumer que le législateur tenait compte de la façon dont toutes les parties comprenaient le document au moment où il a été signé. Dans l'article, le mot «traité» n'est pas un mot technique et, à mon humble avis, il comprend tous les accords conclus par des personnes ayant autorité que peut englober l'expression «la parole de l'homme blanc» dont le caractère sacré était, à l'époque de l'exploration et de la colonisation britanniques, le moyen le plus important pour se concilier et obtenir la bienveillance et la collaboration des tribus autochtones et pour protéger la vie et la propriété des colons. Les Indiens se fondaient sur cette assurance.

À mon avis, le législateur a voulu appliquer l'art. 88 à tous les accords conclus par la Couronne avec les Indiens qui seraient autrement des traités exécutoires, qu'il y ait ou non cession de terres. Aucun des traités conclus au XVIII[e] siècle dans les Maritimes ne portait cession de terres. Conclure que l'art. 88 ne s'applique qu'à des traités portant cession de terres restreindrait sérieusement sa portée et serait contraire au principe que les traités avec les Indiens et les lois relatives aux Indiens doivent être interprétés de façon libérale et que les ambiguïtés doivent être résolues en faveur des Indiens.

Enfin, il convient de souligner que plusieurs décisions ont considéré que le Traité de 1752 était un «traité» valide au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* (par ex., *R. v. Paul*, précité, et *R. v. Atwin and Sacobie*, précité). Le traité était un échange de promesses solennelles entre les Micmacs et le représentant du Roi conclu pour faire la paix et la garantir. Il s'agit d'une obligation exécutoire entre les Indiens et l'homme blanc et, comme telle, elle est visée par le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

IX

Les droits de chasse prévus au traité protègent-ils l'appelant contre une poursuite fondée sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

Vu ma conclusion que l'appelant exerçait validement son droit de chasse en vertu du Traité de 1752 et l'admission de l'appelant que sa conduite constitue par ailleurs une infraction à la *Lands and Forests Act*, il faut maintenant déterminer ce qui

mined what the result is when a treaty right comes into conflict with provincial legislation. This question is governed by s. 88 of the *Indian Act*, which, it will be recalled, states that "Subject to the terms of any treaty . . . all laws of general application . . . in force in any province are applicable to . . . Indians".

It is now clear that the words "all laws" in s. 88 refer to provincial legislation and not federal legislation. In *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, Martland J. stated the following with respect to s. 88, at p. 281:

> This section was not intended to be a declaration of the paramountcy of treaties over federal legislation. The reference to treaties was incorporated in a section the purpose of which was to make provincial laws applicable to Indians, so as to preclude any interference with rights under treaties resulting from the impact of provincial legislation.

(Emphasis added.)

Under s. 88 of the *Indian Act*, when the terms of a treaty come into conflict with federal legislation, the latter prevails, subject to whatever may be the effect of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. It has been held to be within the exclusive power of Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, to derogate from rights recognized in a treaty agreement made with the Indians. See *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *R. v. George*, *supra*; *R. v. Cooper*, *supra*; *R. v. White and Bob*, *supra*, at p. 618.

Here, however, we are dealing with provincial legislation. The effect of s. 88 of the *Indian Act* is to exempt the Indians from provincial legislation which restricts or contravenes the terms of any treaty. In *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, the Court held, at p. 99:

> The effect of this section is to make applicable to Indians, except as stated, all laws of general application from time to time in force in any province, including provincial game laws, but subject to the terms of any treaty and subject also to any other Act of the Parliament of Canada.

se produit lorsqu'un droit issu d'un traité entre en conflit avec un texte législatif provincial. Cette question est régie par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui, on se le rappellera, déclare que «Sous réserve des dispositions de quelque traité . . . toutes lois d'application générale et en vigueur . . . dans une province sont applicables aux Indiens».

Il est maintenant évident que les termes «toutes lois» à l'art. 88 visent les lois provinciales et non les lois fédérales. Voici ce que le juge Martland a déclaré dans l'arrêt *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 281, en ce qui a trait à l'art. 88:

> [TRADUCTION] Cet article ne vise pas à déclarer la suprématie des traités sur la législation fédérale. Le renvoi aux traités a été inclus dans un article dont l'objet est de rendre les lois provinciales applicables aux Indiens, de façon à empêcher tout conflit entre les droits reconnus par les traités et l'effet des lois provinciales.

(C'est moi qui souligne.)

En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lorsque les termes d'un traité entrent en conflit avec un texte législatif fédéral, ce dernier prévaut, sous réserve de l'effet potentiel de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On a jugé que le Parlement a le pouvoir exclusif, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de déroger à certains droits reconnus dans un traité conclu avec les Indiens. Voir *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *R. v. George*, précité; *R. v. Cooper*, précité; *R. v. White and Bob*, précité, à la p. 618.

Toutefois, en l'espèce nous traitons d'un texte législatif provincial. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* a pour effet de soustraire les Indiens à l'application de lois provinciales qui limitent les termes d'un traité ou qui contreviennent à ceux-ci. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, la Cour a statué à la p. 99:

> Cet article a pour effet de rendre applicables aux Indiens, sauf les exceptions prévues, toutes les lois d'application générale en vigueur à l'occasion dans une province, y compris les lois provinciales sur la protection de la faune, sous réserve toutefois des dispositions des traités ou de toute autre loi du Parlement du Canada

Similarly, in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, the Court held, at pp. 111-12:

> However abundant the right of Indians to hunt and to fish, there can be no doubt that such right is subject to regulation and curtailment by the appropriate legislative authority. Section 88 of the *Indian Act* appears to be plain in purpose and effect. In the absence of treaty protection or statutory protection Indians are brought within provincial regulatory legislation.

and at pp. 114-15 the Court held in reference to Indian treaties and s. 88:

> The terms of the treaty are paramount; in the absence of a treaty provincial laws of general application apply.

Therefore, the question here is whether s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*, a provincial enactment of general application in Nova Scotia, restricts or contravenes the right to hunt in article 4 of the Treaty of 1752. If so, the treaty right to hunt prevails and the appellant is exempt from the operation of the provincial game legislation at issue.

Section 150(1) states that no person shall take, carry or possess a rifle or shotgun cartridges loaded with ball or with shot larger than AAA in certain areas of the province except as provided in the section. The exceptions are set out in s. 150(2) to s. 150(4) which read:

> **150.** ...
>
> (2) Any person may hunt with a shotgun [shot-gun] using cartridges loaded with ball or with one rifle during the big game season for which he holds a valid big game license [*sic*].
>
> (3) Any person may carry or transport shotgun [shot-gun] cartridges loaded with ball or rifles that are dismantled or rendered inoperable in or upon any forest, wood or road which is in the usual way of travel to or from a hunting camp which that person is to occupy, two days before the opening and two days after the closing of the open season for any big game.
>
> (3A) The Minister or a person authorized by him may issue a permit to a person authorizing him to take, carry or have in his possession any rifle during the period in which a rifle is prohibited for the purpose and in accordance with the conditions stated in the permit.

De même, dans l'arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, la Cour a statué aux pp. 111 et 112:

> Peu importe l'ampleur du droit des Indiens de chasser et de pêcher, il ne fait aucun doute qu'il peut être réglementé et restreint par l'organe législatif compétent. Le but et l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* sont clairs. S'ils ne sont pas protégés par un traité ou par une loi, les Indiens sont assujettis à la législation et à la réglementation provinciales.

et aux pp. 114 et 115 la Cour a conclu relativement au traité avec les Indiens et à l'art. 88:

> Les termes du traité prévalent; en l'absence d'un traité, les lois provinciales d'application générale s'appliquent.

Par conséquent, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, une loi provinciale d'application générale en Nouvelle-Écosse, limite le droit de chasse prévu à l'article 4 du Traité de 1752 ou contrevient à ce droit. Dans l'affirmative, le droit de chasse issu du traité prévaut et l'appelant est soustrait de l'application de ce texte législatif provincial sur la faune.

Le paragraphe 150(1) prévoit que nul ne doit prendre, transporter ou posséder une carabine ou des cartouches de fusil chargées d'une balle ou de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA dans certaines régions de la province, sous réserve de ce qui est prévu à l'article. Les exceptions sont établies aux par. 150(2) à 150(4) que voici:

> [TRADUCTION] **150.** ...
>
> (2) Toute personne peut chasser avec un fusil qui utilise des cartouches chargées d'une balle ou avec une carabine pendant la saison de chasse au gros gibier s'il est titulaire d'un permis de chasse valide au gros gibier.
>
> (3) Toute personne peut transporter des cartouches de fusil chargées de balle ou des carabines qui sont démontées ou rendues inutilisables dans une forêt, un bois ou sur une route qui est la voie d'accès habituelle à un camp de chasse que cette personne doit occuper deux jours avant l'ouverture et deux jours après la fermeture de la saison de chasse au gros gibier.
>
> (3A) Le Ministre ou une personne qu'il autorise peut délivrer un permis à une personne lui permettant de prendre, transporter ou avoir en sa possession une carabine au cours de la période d'interdiction pour les fins indiquées sur le permis et en conformité avec celles-ci.

(4) Any person may take, carry or have in his possession in any forest, wood or other resort of rabbits, any rifle of a .22 calibre or less that is equipped with a rim fire mechanism between the sixteenth day of November and the fifteenth day of February following both dates inclusive.

(4) Toute personne peut prendre, transporter ou avoir en sa possession dans une forêt, un bois ou une garenne, une carabine de calibre .22 ou inférieur qui est munie d'un mécanisme à percussion annulaire du 16 novembre au 15 février suivant.

As mentioned, the appellant admitted at trial that he had no licence or other authority permitting him to be in possession of the rifle and shotgun cartridges under the *Lands and Forests Act*.

Comme je l'ai mentionné, l'appelant a admis au procès qu'il n'avait aucun permis ou autre autorisation lui permettant d'être en possession de la carabine et des cartouches en vertu de la *Lands and Forests Act*.

Section 150(1) of the *Lands and Forests Act* has been held to be aimed "at the prevention of hunting big game by a person without a license [*sic*] and out of season" (*R. v. Isaac*, *supra*, at p. 491). Part III of the *Lands and Forests Act*, which includes s. 150(1), has also been held to be "valid provincial legislation . . . designed basically for the protection of game within the Province . . . [coming] within s. 92(13) and (16) of the *British North America Act*, . . . " (*R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313 (N.S.C.A.), at p. 320). After examining this provincial Act, it is clear that the intent of the Nova Scotia legislature, in enacting s. 150(1), was to promote the preservation of wildlife in the province by restricting hunting to certain seasons of the year and by requiring permits.

On a jugé que le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* visait [TRADUCTION] «à la prévention de la chasse au gros gibier par une personne sans permis et hors saison» (*R. v. Isaac*, précité, à la p. 491). On a également jugé que la Partie III de la *Lands and Forests Act*, qui comprend le par. 150(1), est une [TRADUCTION] «loi provinciale valide . . . conçue fondamentalement pour la protection de la faune dans la province . . . relevant des par. 92(13) et (16) de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* . . . » (*R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313 (C.A.N.-É.), à la p. 320). Il ressort de l'examen de cette loi provinciale qu'en adoptant le par. 150(1), l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse voulait promouvoir la conservation de la faune dans la province en limitant la chasse à certaines saisons de l'année et en exigeant des permis.

In my opinion, s. 150 of the *Lands and Forests Act* of Nova Scotia restricts the appellant's right to hunt under the Treaty. The section clearly places seasonal limitations and licensing requirements, for the purposes of wildlife conservation, on the right to possess a rifle and ammunition for the purposes of hunting. The restrictions imposed in this case conflict, therefore, with the appellant's right to possess a firearm and ammunition in order to exercise his free liberty to hunt over the lands covered by the Treaty. As noted, it is clear that under s. 88 of the *Indian Act* provincial legislation cannot restrict native treaty rights. If conflict arises, the terms of the treaty prevail. Therefore, by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, the clear terms of article 4 of the Treaty must prevail over s.

À mon avis, l'art. 150 de la *Lands and Forests Act* de la Nouvelle-Écosse limite le droit de chasse de l'appelant qui découle du traité. L'article impose clairement, aux fins de la conservation de la faune, des restrictions saisonnières et des exigences en matière de permis sur le droit de posséder une carabine et des munitions pour chasser. Par conséquent, les restrictions imposées en l'espèce entrent en conflit avec le droit de l'appelant de posséder une arme à feu et des munitions afin d'exercer sa liberté de chasser sur les terres visées par le traité. Comme il a été mentionné, il est évident qu'en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, un texte législatif provincial ne peut limiter les droits autochtones issus d'un traité. S'il survient un conflit, les termes du traité prévalent. Par conséquent, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les termes clairs de l'article 4 du traité

150(1) of the provincial *Lands and Forests Act*.

Several cases have particular relevance. These also deal with charges similar to those in the present case where Indians were accused of unlawful possession of certain objects without the permit required under provincial legislation. In each case, the accused Indians raised their treaty rights in defence and it was held that they should be acquitted because they were not bound by the terms of the provincial statutes: see *R. v. White and Bob*, *supra*; *R. v. Paul*, *supra*; *R. v. Atwin and Sacobie*, *supra*; *R. v. Paul and Polchies*, *supra*; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145 (Dist. Ct.); *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360 (Ont. C.A.); *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569 (Ont. Prov. Ct.); *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45 (Ont. Dist. Ct.)

I conclude that the appellant has a valid treaty right to hunt under the Treaty of 1752 which, by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, cannot be restricted by provincial legislation. It follows, therefore, that the appellant's possession of a rifle and ammunition in a safe manner, referable to his treaty right to hunt, cannot be restricted by s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

I would accordingly quash the convictions and enter verdicts of acquittal on both charges.

X

Constitutional Question: Section 35 of the *Constitution Act, 1982*

By order of Chief Justice Bora Laskin, dated May 12, 1983, the following constitutional question, repeated for convenience, was framed for consideration by this Court:

Are the hunting rights referred to in a document entitled "Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed" and executed November 22, 1752, existing treaty rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

doivent prévaloir sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* provinciale.

Plusieurs décisions sont particulièrement pertinentes. On y retrouve des accusations semblables à celles en l'espèce; des Indiens y étaient accusés de possession illégale de certains objets sans le permis exigé en vertu de lois provinciales. Dans chaque cas, les Indiens accusés ont soulevé en défense leurs droits issus de traités et on a jugé qu'ils devaient être acquittés parce qu'ils n'étaient pas liés par les conditions des lois provinciales: voir *R. v. White and Bob*, précité; *R. v. Paul*, précité; *R. v. Atwin and Sacobie*, précité; *R. v. Paul and Polchies*, précité; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145 (C. Dist.); *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360 (C.A. Ont.); *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50 (C. Dist. Ont.); *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569 (C. Prov. Ont.); *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45 (C. Dist. Ont.)

Je conclus que l'appelant a un droit de chasser valide issu du Traité de 1752 qui, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, ne peut être limité par un texte législatif provincial. Il en découle donc que la possession par l'appelant d'une carabine et de munitions placées en sécurité, possession liée à son droit de chasse issu d'un traité, ne peut être limitée par le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Par conséquent, je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et d'enregistrer des verdicts d'acquittement à l'égard des deux accusations.

X

Question constitutionnelle: L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

En vertu d'une ordonnance du juge en chef Bora Laskin, en date du 12 mai 1983, la question constitutionnelle suivante, que je répète par souci de commodité, a été formulée afin d'être examinée par cette Cour:

Les droits de chasse visés dans le document intitulé «Traité ou Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvellée» qui a été signé le 22 novembre 1752, sont-ils des droits existants issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* reads:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

An affirmative answer to the constitutional question was sought by the Attorney General of Canada and the Union of New Brunswick Indians, Inc. who were granted leave to intervene in the appeal. A negative answer to the constitutional question was sought by the Attorneys General of New Brunswick and Ontario who were also granted leave to intervene. The intervener, the Native Council of Nova Scotia, took the position that this appeal did not require a substantive interpretation or application of s. 35(1) because s. 88 of the *Indian Act* provided protection to the appellant without the necessity of relying on s. 35(1).

In my view, s. 88 of the *Indian Act* covers the present situation and provides the necessary protection to the appellant, Simon. As a result, it is not necessary for the determination of this appeal to consider s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Accordingly, the constitutional question will not be answered.

Conclusions

To summarize:

1. The Treaty of 1752 was validly created by competent parties.
2. The Treaty contains a right to hunt which covers the activities engaged in by the appellant.
3. The Treaty was not terminated by subsequent hostilities in 1753. Nor has it been demonstrated that the right to hunt protected by the Treaty has been extinguished.
4. The appellant is a Micmac Indian covered by the Treaty.
5. The Treaty of 1752 is a "treaty" within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*.
6. By virtue of s. 88 of the *Indian Act*, the appellant is exempt from prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

35.(1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Le procureur général du Canada et l'Union of New Brunswick Indians, Inc., qui ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans le pourvoi, ont demandé que l'on réponde par l'affirmative. Les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario, qui ont également obtenu l'autorisation d'intervenir, ont demandé que l'on réponde par la négative. L'intervenant, le Native Council of Nova Scotia, a adopté la position selon laquelle le présent pourvoi n'exige ni une interprétation au fond ni l'application du par. 35(1) parce que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* accorde une protection à l'appelant sans qu'il soit nécessaire qu'on ait recours au par. 35(1).

À mon avis, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* régit la présente situation et accorde la protection nécessaire à l'appelant, Simon. Il n'est donc pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi d'examiner le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En conséquence, la question constitutionnelle ne recevra pas de réponse.

Conclusions

Pour résumer:

1. Le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes.
2. Le traité contient un droit de chasse qui vise les activités auxquelles s'est livré l'appelant.
3. Le traité n'a pas pris fin à cause des hostilités subséquentes de 1753. L'extinction du droit de chasser protégé par le traité n'a pas non plus été établie.
4. L'appelant est un Indien micmac visé par le traité.
5. Le Traité de 1752 est un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.
6. En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, l'appelant ne peut faire l'objet de poursuites fondées sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

7. In light of these conclusions, it is not necessary to answer the constitutional question raised in this appeal.

I would, therefore, allow the appeal, quash the convictions of the appellant and enter verdicts of acquittal on both charges.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Aronson and MacDonald, Halifax.

Solicitor for the respondent: Robert E. Lutes, Halifax.

Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians, Inc.: Graydon Nicholas, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Native Council of Nova Scotia: Burchell, MacAdam, Hayman & Merrick, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: J. T. Keith McCormick, Fredericton.

7. Compte tenu de ces conclusions, il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle soulevée dans le présent pourvoi.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de l'appelant et d'enregistrer des verdicts d'acquittement à l'égard des deux accusations.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Aronson et MacDonald, Halifax.

Procureur de l'intimée: Robert E. Lutes, Halifax.

Procureur de l'intervenant l'Union of New Brunswick Indians, Inc.: Graydon Nicholas, Fredericton.

Procureurs de l'intervenant le Native Council of Nova Scotia: Burchell, MacAdam, Hayman & Merrick, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: J. T. Keith McCormick, Fredericton.

André Vachon *Appellant*;

and

Canada Employment and Immigration Commission *Respondent*;

and

Attorney General of Canada *Mis en cause.*

File No.: 17252.

1984: December 14; 1985: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Bankruptcy — Property of bankrupt — Stay of proceedings — Overpayment of unemployment insurance benefits before bankruptcy — Overpayment reimbursed by source deduction from benefits payable to bankrupt during bankruptcy — Whether s. 49 of Bankruptcy Act contravened — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 49(3) — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 49.

Appellant received unemployment insurance benefits to which he was not entitled. When he made an assignment of his property under the *Bankruptcy Act*, appellant owed respondent Commission $922. The latter filed its proof of claim with the trustee. During the bankruptcy, respondent, relying on s. 49(3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, reimbursed itself from the benefits it would normally have paid appellant. As unemployment insurance benefits are exempt from execution, they are not part of the common fund available to creditors. After being discharged, appellant asked the Federal Court to declare that the deduction at source by respondent was unlawful. His action was dismissed and the Federal Court of Appeal affirmed the judgment. The appeal at bar is to determine whether recovery of an overpayment by deduction from the benefits at source is a remedy or proceeding against the debtor or his property within the meaning of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*.

Held: The appeal should be allowed.

The retentions made by respondent from the unemployment insurance benefits payable to appellant contravened s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*. The remedies

André Vachon *Appelant*;

et

Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada *Intimée*;

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause.*

N° du greffe: 17252.

1984: 14 décembre; 1985: 21 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Faillite — Biens du failli — Suspension des procédures — Prestations d'assurance-chômage versées en trop au failli avant la faillite — Remboursement du trop-perçu au moyen d'une retenue à la source sur les prestations payables au failli pendant la faillite — Violation de l'art. 49 de la Loi sur la faillite — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 49(3) — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 49.

L'appelant a touché des prestations d'assurance-chômage auxquelles il n'était pas admissible. Lorsqu'il a fait cession de ses biens conformément à la *Loi sur la faillite*, l'appelant devait 922 $ à la Commission intimée. Cette dernière a produit sa preuve de réclamation au syndic. Au cours de la faillite, l'intimée, se basant sur le par. 49(3) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, s'est remboursée à même les prestations qu'elle devait normalement verser à l'appelant. Ces prestations d'assurance-chômage, qui sont des biens insaisissables, ne font pas partie du patrimoine collectif des créanciers. Après sa libération, l'appelant s'est adressé à la Cour fédérale pour faire déclarer illégale cette retenue à la source effectuée par l'intimée. Son action a été rejetée et la Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si le recouvrement du trop-perçu par voie de retenue à la source sur les prestations constitue un recours ou une procédure contre le débiteur ou contre ses biens au sens du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les prélèvements effectués par l'intimée sur les prestations d'assurance-chômage payables à l'appelant contreviennent au par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*. Les

and proceedings mentioned in that subsection must be broadly interpreted and cover any kind of recovery, judicial or extrajudicial. These remedies and proceedings are not confined to property of the bankrupt which is part of the fund available for his creditors. The word "property" used in s. 49(1) is defined in s. 2, and is given a very broad definition not including such a limitation. Literal interpretation of the clear wording of the section supports the objectives of the Act, which is concerned not only with an equitable distribution of the debtor's property but also with his rehabilitation.

Cases Cited

In re Standard Pharmacy Ltd. (1926), 7 C.B.R. 424; *Hudson v. Brisebois Bros. Construction Ltd.* (1982), 42 C.B.R. (N.S.) 97; *Re Plastiques Valsen Inc.; Gaz Metropolitain Inc. v. St-Georges* (1981), 41 C.B.R. (N.S.) 7; *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Québec Pension Plan, R.S.Q. 1977, c. R-9, s. 148.
Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2 "property", 47, 48, 49(1), 107(1)(*h*), 187.
Canada Pension Plan Act, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 65 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 4, s. 33].
Code of Civil Procedure, art. 553.12.
Old Age Security Act, R.S.C. 1970, c. O-6, s. 22 [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 21, s. 10; am. 1974-75-76 (Can.), c. 58, s. 8].
Pension Act, R.S.C. 1970, c. P-7, s. 23(8) [rep. & subs. 1976-77 (Can.), c. 28, s. 34].
Social Aid Act, R.S.Q. 1977, c. A-16, s. 25.
Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 48 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 18; 1976-77 (Can.), c. 54, s. 44], 49.
Unemployment Insurance Regulations, SOR/71-324, s. 175.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, "remedy".
Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1984.
Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy Law of Canada*, Current Service, vol. 1, Toronto, Carswells, 1979.

recours et procédures visés à ce paragraphe doivent s'interpréter largement et comprennent toute espèce de recouvrement tant judiciaire qu'extrajudiciaire. Ces recours et procédures ne sont pas limités aux seuls biens du failli qui font partie du patrimoine collectif des créanciers. Le mot «biens» utilisé au par. 49(1) est défini à l'art. 2 et cette définition est fort large et ne comporte pas cette limitation. L'interprétation littérale des termes clairs de l'article permet la poursuite des objectifs de la Loi qui vise non seulement la distribution équitable des biens du débiteur mais également sa réhabilitation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *In re Standard Pharmacy Ltd.* (1926), 7 C.B.R. 424; *Hudson v. Brisebois Bros. Construction Ltd.* (1982), 42 C.B.R. (N.S.) 97; *Re Plastiques Valsen Inc.; Gaz Metropolitain Inc. v. St-Georges* (1981), 41 C.B.R. (N.S.) 7; *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, art. 553.12.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 48 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 18; 1976-77 (Can.), chap. 54, art. 44], 49.
Loi sur l'aide sociale, L.R.Q. 1977, chap. A-16, art. 25.
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2 «biens», 47, 48, 49(1), 107(1)*h*), 187.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, S.R.C. 1970, chap. O-6, art. 22 [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 21, art. 10; mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 58, art. 8].
Loi sur le régime de rentes du Québec, L.R.Q. 1977, chap. R-9, art. 148.
Loi sur les pensions, S.R.C. 1970, chap. P-7, art. 23(8) [abr. & rempl. 1976-77 (Can.), chap. 28, art. 34].
Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-5, art. 65 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 4, art. 33].
Règlements sur l'assurance-chômage, DORS/71-324, art. 175.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1979, «remedy».
Côté, P.-A. *Interprétation des lois*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1982.
Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy Law of Canada*, Current Service, vol. 1, Toronto, Carswells, 1979.

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed., vol. 2, by J. Burke, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "remedy".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], affirming a judgment of the Trial Division[2]. Appeal allowed.

Guy Morin, André-Gilles Brodeur and *Micheline Plante*, for the appellant.

Gaspard Côté, Q.C., and *Guy Leblanc*, for the respondent and the mis en cause.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.

I—Facts and Proceedings

The parties were agreed on the facts summarized by the unanimous judgment of the Federal Court of Appeal:

1. Appellant owed respondent Commission the sum of $922.00 when he made an assignment of his property under the *Bankruptcy Act*;

2. This sum of $922.00 was owed by appellant under sections 47 and 49 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*; however, the debt had been incurred without fraud on the part of appellant, with the result that it was a debt from which he should normally be released by the order of discharge (see section 148 of the *Bankruptcy Act*);

3. The claim of the Commission was [a] claim provable in bankruptcy and the Commission filed its proof of claim with the trustee;

4. During the bankruptcy, when the Commission had not yet received anything from the trustee and appellant had not yet been discharged, unemployment insurance benefits became payable to appellant;

5. Rather than paying appellant all the benefits owing to him, the Commission withheld the sum of $922.00 owed to it by appellant from these benefits.

On July 3, 1979 an order of discharge was made concerning appellant, and on July 27, 1979 he brought against respondent a declaratory action in which he asked the Federal Court to

[1] F.C., No. A-436-80, January 28, 1982.
[2] F.C., No. T-3791-79, June 5, 1980.

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed., vol. 2, by J. Burke, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, «remedy».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a confirmé un jugement de la Division de première instance[2]. Pourvoi accueilli.

Guy Morin, André-Gilles Brodeur et *Micheline Plante*, pour l'appelant.

Gaspard Côté, c.r., et *Guy Leblanc*, pour l'intimée et le mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ

I—Les faits et les procédures

Les parties s'entendent sur les faits que résume l'arrêt unanime de la Cour d'appel fédérale:

1) L'appelant devait une somme de $922.00 à la Commission intimée lorsqu'il a fait cession de ses biens en vertu de la Loi concernant la faillite;

2) cette somme de $922.00 était due par l'appelant en vertu des articles 47 et 49 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*; cependant, cette dette avait été encourue sans fraude de la part de l'appelant de sorte qu'il s'agissait d'une dette dont il devait normalement être libéré par l'ordonnance de libération (voir l'article 148 de la *Loi sur la faillite*);

3) cette créance de la Commission était une réclamation prouvable en matière de faillite et la Commission produisit sa preuve de réclamation entre les mains du syndic;

4) au cours de la faillite, alors que la Commission n'avait encore rien reçu du syndic et que l'appelant n'avait pas encore été libéré, des prestations d'assurance-chômage devinrent payables à l'appelant;

5) plutôt que de payer à l'appelant toutes les prestations qui lui étaient dues, la Commission a retenu sur ces prestations la somme de $922.00 que lui devait l'appelant.

Le 3 juillet 1979, l'appelant bénéficie d'une ordonnance de libération et, le 27 juillet 1979, il intente à l'intimée une action déclaratoire dans laquelle il demande à la Cour fédérale de

[1] C.F., nº A-436-80, 28 janvier 1982.
[2] C.F., nº T-3791-79, 5 juin 1980.

[TRANSLATION] DECLARE that defendant acted unlawfully in retaining unemployment insurance benefits amounting to $951, benefits which plaintiff was entitled to during his bankruptcy.

(Counsel for the appellant admitted at the hearing that the amount at issue is in fact $922, as stated by the Federal Court of Appeal, and not $951.)

The Federal Court dismissed the action and the Federal Court of Appeal, which considered the action as one for recovery of the monies retained, affirmed the trial judgment: hence the appeal.

In addition to the facts, the two parties admitted that:

(a) the Crown and respondent are bound by the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, in view of s. 187 of that Act;

(b) respondent's claim was a preferred debt under s. 107(1)(*h*) of the *Bankruptcy Act*, a debt which, if it had not been for the retention of benefits, would have been paid before the claims of ordinary creditors, had there been a distribution;

(c) unemployment insurance benefits which had become payable to appellant could not be assigned, charged, attached, anticipated or given as security, as a consequence of s. 48 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 47 of the *Bankruptcy Act* and art. 553.12 of the *Code of Civil Procedure*.

II—Legislation and Point at Issue

Section 49 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is what imposes on a claimant a duty to repay any overpayment and which provides the procedure for recovery, including in subs. (3) retention from subsequent payments, which respondent applied in the case at bar:

49. (1) Where a person has received benefit under this Act or the former Act for a period in respect of which he is disqualified or any benefit to which he is not entitled, he is liable to repay an amount equal to the amount paid by the Commission in respect thereof.

DÉCLARER que la défenderesse a agi illégalement en retenant les prestations d'assurance-chômage au montant de $951.00, prestations auxquelles le demandeur avait droit pendant sa faillite;

(Le procureur de l'appelant a reconnu à l'audience que le montant en litige est bien de 922 $, comme l'énonce la Cour d'appel fédérale, et non pas de 951 $.)

La Cour fédérale a rejeté l'action et la Cour d'appel fédérale, qui a considéré cette action comme une demande de remboursement des sommes retenues, a confirmé le jugement de première instance. D'où le pourvoi.

Outre les faits, les deux parties reconnaissent que:

a) la Couronne et l'intimée sont liées par la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, vu l'art. 187 de cette loi;

b) la réclamation de l'intimée constituait une créance privilégiée selon l'al. *h*) du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, créance qui, n'eut été la retenue des prestations, aurait été payée avant les réclamations des créanciers ordinaires, s'il y avait eu distribution;

c) les prestations d'assurance-chômage devenues payables à l'appelant ne pouvaient être cédées, grevées de privilège, saisies ni données en garantie, vu l'art. 48 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, l'art. 47 de la *Loi sur la faillite* et l'art. 553.12 du *Code de procédure civile*.

II—Les textes législatifs et la question en litige

C'est l'article 49 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* qui impose à un prestataire l'obligation de rembourser le trop-perçu et qui prescrit les modalités de recouvrement, y compris, à l'al. (3), la retenue sur les prestations subséquentes, dont l'intimée s'est prévalue en l'espèce:

49. (1) Lorsqu'une personne a touché des prestations en vertu de la présente loi ou de l'ancienne loi au titre d'une période pour laquelle elle était exclue du bénéfice des prestations ou a touché des prestations auxquelles elle n'est pas admissible, elle est tenue de rembourser la somme versée par la Commission à cet égard.

(2) All amounts payable under this section or section 47, 51 or 52 are debts due to Her Majesty and are recoverable as such in the Federal Court of Canada or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided by this Act.

(3) Where a benefit becomes payable to any claimant, the amount of any indebtedness described in subsection (1) or (2) may, in the manner prescribed, be deducted and retained out of the benefit payable to him.

This method of recovering an overpayment, by retention from subsequent benefits, is a technique which is found in many statutes having a social purpose, federal as well as provincial. See, for example, *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 65; *Old Age Security Act*, R.S.C. 1970, c. O-6, s. 22; *Pension Act*, R.S.C. 1970, c. P-7, s. 23(8); *Social Aid Act*, R.S.Q. 1977, c. A-16, s. 25; *Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q. 1977, c. R-9, s. 148.

The provision on which respondent's principal argument is based is s. 47 of the *Bankruptcy Act*:

47. The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

. . .

(*b*) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides,

Finally, the provision which is at the heart of the dispute is s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*, which must be cited in both versions:

49. (1) Upon the filing of a proposal made by an insolvent person or upon the bankruptcy of any debtor, no creditor with a claim provable in bankruptcy shall have any remedy against the debtor or his property or shall commence or continue any action, execution or other proceedings for the recovery of a claim provable in bankruptcy until the trustee has been discharged or until the proposal has been refused, unless with the leave of the court and on such terms as the court may impose.

49. (1) Lors de la déposition d'une proposition faite par une personne insolvable ou lors de la faillite de tout débiteur, aucun créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite n'a de recours contre le débiteur ou contre ses biens, ni ne doit intenter ou continuer une action, exécution ou autres procédures pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, tant que le syndic n'a pas été libéré ou que la proposition n'a pas été refusée, sauf avec l'autorisation du tribunal et aux conditions que ce dernier peut imposer.

(2) Toutes les sommes payables en vertu du présent article ou des articles 47, 51 ou 52 sont des dettes envers Sa Majesté recouvrables à ce titre devant la Cour fédérale du Canada ou tout autre tribunal compétent ou de toute autre manière prévue par la présente loi.

(3) Lorsqu'un prestataire acquiert le droit de percevoir des prestations, le montant de toute dette visée aux paragraphes (1) ou (2) peut, de la manière prescrite, être retenu sur les prestations qui lui sont payables.

Ce mode de recouvrement du trop-perçu par voie de retenue sur les prestations subséquentes est une technique que l'on retrouve dans plusieurs lois à caractère social, tant fédérales que provinciales. Voir par exemple: *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, chap. C-5, art. 65; *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C. 1970, chap. O-6, art. 22; *Loi sur les pensions*, S.R.C. 1970, chap. P-7, par. 23(8); *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q. 1977, chap. A-16, art. 25; *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q. 1977, chap. R-9, art. 148.

La disposition qui sert de base à l'argument principal de l'intimée est l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*:

47. Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

. . .

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli,

Enfin, la disposition qui se trouve au cœur du débat est le par. 49(1) de la *Loi sur la faillite* qu'il importe de citer dans ses deux versions:

49. (1) Upon the filing of a proposal made by an insolvent person or upon the bankruptcy of any debtor, no creditor with a claim provable in bankruptcy shall have any remedy against the debtor or his property or shall commence or continue any action, execution or other proceedings for the recovery of a claim provable in bankruptcy until the trustee has been discharged or until the proposal has been refused, unless with the leave of the court and on such terms as the court may impose.

49. (1) Lors de la déposition d'une proposition faite par une personne insolvable ou lors de la faillite de tout débiteur, aucun créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite n'a de recours contre le débiteur ou contre ses biens, ni ne doit intenter ou continuer une action, exécution ou autres procédures pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, tant que le syndic n'a pas été libéré ou que la proposition n'a pas été refusée, sauf avec l'autorisation du tribunal et aux conditions que ce dernier peut imposer.

This provision is preceded by the subheading "Suspension des procédures", "Stay of Proceedings".

The question that must be decided is the following: does the recovery of an overpayment by retention from subsequent benefits, applied by respondent, constitute within the meaning of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* a remedy against the debtor or his property, an action, execution or other proceeding which had been stayed except, as provided by this section, with leave of the Court or on such terms as the Court might impose?

III—Trial Judgment and Judgment *a quo*

The trial judgment simply cited and approved the submissions made by counsel for the defendant Commission. Among the arguments so approved by the trial judge, the following are the two principal ones:

[TRANSLATION] (1) ... the setoff allowed by ... the Unemployment Insurance Act, is neither a remedy nor a proceeding within the meaning of s. 49 of the Bankruptcy Act. It is in fact an administrative act of recovery which is allowed by a specific statute and which, in my opinion, is not in the nature of a proceeding.

(2) ... by thus reimbursing itself by recovery, the Unemployment Insurance Commission [*sic*] is not making payments to itself which are preferential over all other creditors, for its benefits cannot be attached and are not part of the fund available for creditors.

It would appear that the Federal Court of Appeal only adopted the first argument approved by the trial judge. Its entire reasoning is contained, be it said with respect, in one sibylline sentence:

In my view the right granted to the Commission under subsection 49(3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is not a remedy, action, execution or proceeding. Subsection 49(1) of the *Bankruptcy Act* does not therefore prevent it from being exercised.

The Federal Court of Appeal did not say why the right granted to the Commission by s. 49(3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is not a remedy or a proceeding. It may be that this is because the right is not a remedy or proceeding of a judicial nature. It is also possible that this is for

Cette disposition est précédée du sous-titre «Suspension des procédures», «Stay of Proceedings».

La question qu'il s'agit de trancher est la suivante: le recouvrement du trop-perçu par voie de retenue sur les prestations subséquentes, dont l'intimée s'est prévalue, constitue-t-il, au sens du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, un recours contre le débiteur ou contre ses biens, une action, exécution ou autre procédure qui se trouvait suspendu sauf, comme le prévoit cet article, avec l'autorisation du tribunal et aux conditions que ce dernier pouvait imposer?

III—Le jugement de première instance et l'arrêt *a quo*

Le jugement de première instance cite et adopte tout simplement les notes soumises par le procureur de la Commission défenderesse. Parmi les moyens ainsi retenus par le premier juge, les deux principaux sont les suivants:

1) ... la compensation permise par ... la Loi sur l'assurance-chômage n'est ni un recours ni une procédure tel que l'entend l'article 49 de la Loi sur la faillite. Il s'agit en effet d'un acte administratif de recouvrement permis par un statut spécifique et qui, à mon sens, n'est pas de la nature d'une procédure.

2) ... en se payant ainsi par recouvrement, la Commission d'assurance-chômage (*sic*) ne s'octroie pas des paiements préférentiels à l'encontre de tous les autres créanciers car ses prestations sont insaisissables et ne font pas partie du patrimoine attribué aux créanciers.

La Cour d'appel fédérale adopte, semble-t-il, le seul premier moyen retenu par le juge de première instance. Toute sa motivation tient en une sentence sibylline, soit dit avec égards:

À mon avis, le droit que le paragraphe 49(3) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* accorde à la Commission n'est ni un recours, ni une action, ni une exécution ni une procédure. Le paragraphe 49(1) de la *Loi sur la faillite* n'en empêche donc pas l'exercice.

La Cour d'appel fédérale ne dit pas pourquoi le droit que le par. 49(3) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* accorde à la Commission ne serait ni un recours, ni une procédure. Il est permis de penser que c'est parce qu'il ne s'agit pas d'un recours ou d'une procédure de nature judiciaire. Il

other reasons which the Federal Court of Appeal did not disclose.

In this Court, counsel for the appellant sought to show, first, that the remedies and proceedings covered by s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* are not confined to remedies and proceedings of a judicial nature and may include recovery by retention from subsequent benefits, such as that applied by respondent. Counsel for the appellant also sought, on the other hand, to answer the second argument approved by the trial judge, and adopted by counsel for the respondent, with further clarification, in support of the findings of the Federal Court of Appeal.

These two points must now be discussed.

IV—General Nature of Stay of Proceedings Imposed by s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*

Appellant in my view properly relied upon the English version of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*, where the word *recours* is rendered by the word "remedy", giving to it and to the words "*autres procédures*" ("other proceedings") a very broad meaning which covers any kind of attempt at recovery, judicial or extrajudicial. *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), defines "remedy":

> The means by which a right is enforced or the violation of a right is prevented, redressed, or compensated.

and below:

> Remedy means any remedial right to which an aggrieved party is entitled with or without resort to a tribunal.

Jowitt's Dictionary of English Law (2nd ed. 1977), vol. 2, gives an almost identical definition:

> the means by which the violation of a right is prevented, redressed, or compensated. Remedies are of four kinds: (1) by act of the party injured . . . ; (2) by operation of law . . . ; (3) by agreement between the parties . . . ; (4) by judicial remedy, *e.g.* action or suit. The last are called judicial remedies, as opposed to the first three classes which are extrajudicial.

est possible aussi que ce soit pour d'autres raisons que la Cour d'appel fédérale ne révèle pas.

En cette Cour, le procureur de l'appelant s'est employé à démontrer, d'une part, que les recours et procédures visés par le par. 49(1) de la *Loi sur la faillite* ne se confinent pas à des recours et procédures de nature judiciaire et peuvent comprendre un recouvrement par voie de retenue sur les prestations subséquentes, comme celui dont l'intimée s'est prévalu. Le procureur de l'appelant s'est aussi employé, d'autre part, à répondre au second moyen retenu par le premier juge, second moyen que les procureurs de l'intimée ont repris, en l'amplifiant, au soutien des conclusions de la Cour d'appel fédérale.

C'est de ces deux questions qu'il faut maintenant traiter.

IV—Caractère général de la suspension des procédures décrétée par le par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*

C'est à juste titre, à mon avis, que l'appelant invoque la version anglaise du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, où le mot «recours» est rendu par le mot *remedy*, lui donnant, ainsi qu'aux mots «autres procédures» (*other proceedings*) un sens très large qui vise toute espèce de tentative de recouvrement, tant judiciaire qu'extrajudiciaire. *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), définit *remedy*:

> [TRADUCTION] Le moyen par lequel un droit est appliqué ou par lequel on empêche, on corrige ou on répare la violation d'un droit.

Et plus bas:

> [TRADUCTION] Recours désigne tout droit de redressement auquel une partie lésée a droit avec ou sans recours à un tribunal.

Jowitt's Dictionary of English Law (2nd ed. 1977), vol. 2, donne une définition presque identique:

> [TRADUCTION] Le moyen par lequel on empêche, on corrige ou on répare, la violation d'un droit. Il y a quatre genres de recours: (1) par voie d'action de la partie lésée . . . (2) par l'application de la loi . . . (3) par un accord entre les parties . . . (4) par un recours judiciaire, par ex. une action ou une poursuite. Le dernier est appelé recours judiciaire par opposition aux trois premières catégories qui sont extrajudiciaires.

The courts have also interpreted the stay of proceedings imposed by s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* very broadly.

Thus, in *In re Standard Pharmacy Ltd.* (1926), 7 C.B.R. 424, the City of Edmonton wished to use a proceeding mentioned in its Charter to collect unpaid taxes, consisting alternatively of a distress of personal property or a simple notice to the trustee that there were taxes which had not been paid by the bankrupt. Tweedie J. of the Supreme Court of Alberta, sitting in bankruptcy, cited s. 8B of the *Bankruptcy Act*—now s. 49(1)—and wrote, at pp. 430-31:

> This section applies to both judicial and extra-judicial proceedings; and distress being a remedy within the meaning of that section the section is, in my opinion, an absolute bar to any proceedings judicial or otherwise to enforce payment of taxes without the leave of the Court, which was not granted to, nor applied for on behalf of, the city.
>
> . . .
>
> In regard to the notice to be given by "the collector or other person authorized to collect the taxes" to the trustee in bankruptcy as provided in sec. 376*a* of the Charter it is evident from the reading of that section that the notice is a substitute for the distress, and that it was intended that such simple method, instead of the actual physical seizure of the property, should be the remedy to be pursued. Notice is a remedy or proceeding within the meaning of sec. 8B of *The Bankruptcy Act* and what has been said in regard to distress applies with equal force in regard to the notice and the city is deprived of its right to enforce payment in priority by the provisions of sec. 8B of *The Bankruptcy Act*.

At page 430, he gave the reason underlying this decision:

> The city by reason of the authorized assignment was deprived of any opportunity of gaining priority in the distribution of the assets which it might have acquired in the enforcement of its remedies.

In *Hudson v. Brisebois Bros. Construction Ltd.* (1982), 42 C.B.R. (N.S.) 97, the Alberta Court of Appeal ordered that the trustee be repaid money distributed by the sheriff to certain creditors, in ignorance that the debtor was bankrupt at the time of the distribution. At page 103, Lieberman J. wrote in the unanimous reasons of the Court:

La jurisprudence interprète d'ailleurs fort largement la suspension des procédures décrétées par le par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*.

Ainsi dans *In re Standard Pharmacy Ltd.* (1926), 7 C.B.R. 424, la ville d'Edmonton voulait se prévaloir d'une procédure prévue par sa Charte pour la perception de taxes impayées, consistant alternativement en une saisie de biens meubles ou en un simple avis au syndic de l'existence d'une taxe impayée par le failli. Le juge Tweedie de la Cour suprême d'Alberta, siégeant en faillite, cite l'article 8B de la *Loi sur la faillite*—l'actuel par. 49(1)—et il écrit, aux pp. 430 et 431:

> [TRADUCTION] Le présent article s'applique aux procédures judiciaires et extrajudiciaires; et la saisie-gagerie étant un recours au sens de cet article, il est, à mon avis un empêchement absolu à toutes procédures judiciaires ou autres pour exécuter le paiement des taxes sans la permission de la Cour, ce qui n'a pas été accordé à la ville ni demandé en son nom.
>
> . . .
>
> En ce qui a trait à l'avis qui doit être donné par «le percepteur ou toute autre personne autorisée à percevoir les taxes» au syndic de faillite comme le prévoit l'al. 376*a* de la Charte, il est évident, selon l'interprétation de cet alinéa que l'avis remplace la saisie-gagerie, et qu'on a voulu que cette méthode simple, au lieu de la saisie physique réelle du bien, soit le recours demandé. L'avis est un recours ou une procédure au sens de l'art. 8B de la *Loi sur la faillite* et ce qui a été dit relativement à la saisie-gagerie s'applique également en ce qui a trait à l'avis et la ville est privée de son droit d'exécuter le paiement en priorité par les dispositions de l'art. 8B de la *Loi sur la faillite*.

À la page 430, il donne la raison profonde de cette décision:

> [TRADUCTION] En raison de la cession autorisée, la ville était privée de toute possibilité d'obtenir la priorité dans la distribution des biens qu'elle aurait pu acquérir par l'exécution de ses recours.

Dans *Hudson v. Brisebois Bros. Construction Ltd.* (1982), 42 C.B.R. (N.S.) 97, la Cour d'appel de l'Alberta ordonne la restitution au syndic de l'argent distribué par le shérif à certains créanciers, dans l'ignorance où le shérif se trouvait que le débiteur était en faillite au moment de cette distribution. À la page 103, le juge Lieberman écrit dans les motifs unanimes de la Cour:

Section 49(1) has the effect of staying the proceedings taken by the appellant prior to the payment out by the sheriff. Thus the payment out by the sheriff, although completely innocent, contravenes s. 49(1) and is without authority.

In Quebec, public utilities have used s. 73 of the *Gas, Water and Electricity Companies Act*, R.S.Q. 1977, c. C-44, as authority for interrupting the service of a bankrupt subscriber. In a judgment, *Re Plastiques Valsen Inc.; Gaz Metropolitain Inc. v. St-Georges* (1981), 41 C.B.R. (N.S.) 7 (Que. S.C.), Jacques Dugas J. reviewed the decided cases, which as he recognized are far from being unanimous: but he nevertheless dismissed an application by Gaz Metropolitain Inc. for an order directing the trustee to give him access to the bankrupt's premises in order to cut off the natural gas service. He wrote (at pp. 10-11):

[TRANSLATION] Applicant enjoys no guarantee under the Bankruptcy Act. The rule for distributing property of a bankrupt is that the ordinary creditors receive equal shares of the common fund, once the trustee's expenses and secured debts have been paid. It would be contrary to the scheme of the Bankruptcy Act if it could by threatening to interrupt the service obtain more than the other ordinary creditors would get.

In *Re Colonial Indust. Equipment Ltd.; Mercure v. Compagnie Bell Téléphone du Can.*, [1971] C.A. 564, the Court of Appeal vacated the payment which the telephone company had succeeded in prising from its debtor, six days before its bankruptcy, by threatening to interrupt service: this was a cancellable preferential payment. It would be unusual, to say the least, if the applicant could obtain from the trustee preference which the debtor could not give it: surely this is what the applicant is seeking here by making its threat of interrupting service.

. . .

The Court considers that the threat to interrupt service made by applicant is designed to obtain from the trustee preferential treatment for its debt, and this is contrary to the Bankruptcy Act. The Court has a duty to protect creditors against abusive use of s. 73 of the Gas, Water and Electricity Companies Act so as to obtain advantageous treatment at variance with the scheme of the Bankruptcy Act.

This Court of course does not have to decide whether the conclusions of these judgments are

[TRADUCTION] Le paragraphe 49(1) a pour effet de suspendre les procédures engagées par l'appelant avant la distribution par le shérif. Par conséquent, la distribution par le shérif, bien qu'elle soit complètement innocente, contrevient au par. 49(1) et est mal fondée.

Au Québec, des compagnies de services publics se sont autorisées de l'art. 73 de la *Loi sur les compagnies de gaz, d'eau et d'électricité*, L.R.Q. 1977, chap. C-44, pour interrompre le service d'un abonné en faillite. Dans un jugement *Re Plastiques Valsen Inc.; Gaz Metropolitain Inc. v. St-Georges* (1981), 41 C.B.R. (N.S.) 7 (C.S. Qué.), le juge Jacques Dugas révise la jurisprudence qui est loin d'être unanime, il le reconnaît; mais il rejette néanmoins une requête de Gaz Metropolitain Inc. demandant une ordonnance enjoignant au syndic de lui donner accès au local du failli pour y interrompre le service de gaz naturel. Il écrit (aux pp. 10 et 11):

La requérante ne bénéficie d'aucune garantie en vertu de la loi de faillite. La règle de partage des biens d'un failli veut que les créanciers ordinaires reçoivent également leur part de la masse résiduaire, une fois payés les frais du syndic et les créances garanties. Il serait contraire à l'économie de la loi de faillite qu'elle puisse par menace d'interrompre le service obtenir plus que ce qu'obtiendront les autres créanciers ordinaires.

Dans l'affaire *Re Colonial Indust. Equipment Ltd.; Mercure c. Compagnie Bell Téléphone du Can.*, [1971] C.A. 564, la Cour d'appel a annulé le paiement que la compagnie de téléphone avait réussi à arracher à sa débitrice, six jours avant sa faillite, en la menaçant d'interrompre le service: il s'agissait-là d'un paiement préférentiel annulable. Il serait pour le moins curieux que le requérant puisse obtenir du syndic la préférence que le débiteur ne pouvait lui accorder. N'est-ce pas ce que la requérante exige aujourd'hui quand elle profère sa menace d'interruption?

. . .

La cour est d'avis que la menace d'interruption de service proférée par la requérante vise à obtenir du syndic le traitement préférentiel de sa créance, ce qui va à l'encontre de la loi de faillite. La cour se doit de protéger les créanciers contre l'usage abusif de l'art. 73 de la Loi des compagnies de gaz, d'eau et d'électricité, pour obtenir un traitement avantageux de l'économie que la loi de faillite réprouve.

Nous n'avons évidemment pas à décider si les conclusions de ces arrêts et jugements sont bien

correct, but in my opinion the courts were right to give, expressly or by implication, a broad meaning to the stay of proceedings imposed by s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*. This broad meaning is confirmed by the fact that the legislator took the trouble to exclude actions against either the creditor or his property.

As Houlden and Morawetz wrote in *Bankruptcy Law of Canada*, vol. 1, p. F-70.1, under s. 49 of the *Bankruptcy Act*:

> An ordinary unsecured creditor with a claim provable in bankruptcy can only obtain payment of that claim subject to and in accordance with the terms of the Bankruptcy Act. The procedure laid down by that Act completely excludes any other remedy or procedure.

The *Bankruptcy Act* governs bankruptcy in all its aspects. It is therefore understandable that the legislator wished to suspend all proceedings, administrative or judicial, so that all the objectives of the Act could be attained.

Accordingly, I consider that s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* is sufficiently broad to include recovery by retention from subsequent benefits, such as the recovery at issue here.

V—Section 49(1) of the *Bankruptcy Act* and the Immunity from Seizure of Unemployment Insurance Benefits

Respondent replied, however, through its counsel, that even if s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* is so broadly worded as to include an extrajudicial remedy or proceeding, such a remedy or proceeding is not a remedy or proceeding within the meaning of s. 49(1) when its purpose is to recover property of the bankrupt which, in view of its immunity from seizure, does not fall within the fund available for his creditors, as provided by s. 47 of the *Bankruptcy Act*.

Respondent submitted that s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* must be interpreted in accordance with the principles underlying the Act, and what is in its submission the purpose or reason for the stay of proceedings imposed by s. 49(1).

fondées mais les cours y ont eu raison à mon avis de donner, expressément ou implicitement, un sens large à la suspension des procédures décrétée par le par. 49(1)de la *Loi sur la faillite*. Ce sens large est d'ailleurs confirmé par l'insistance du législateur à écarter les recours tant contre le débiteur que contre ses biens.

Comme l'écrivent Houlden et Morawetz dans *Bankruptcy Law of Canada*, vol. 1, p. F-70.1 , sous l'art. 49 de la *Loi sur la faillite*:

> [TRADUCTION] Un créancier ordinaire non privilégié qui a une réclamation prouvable en matière de faillite ne peut obtenir le paiement de cette réclamation que sous réserve des conditions de la Loi sur la faillite et conformément à celle-ci. La procédure que prévoit cette loi exclut complètement tout autre recours ou procédure.

La *Loi sur la faillite* régit la faillite sous tous ses aspects. Il est donc normal que le législateur ait voulu suspendre tous les recours, les administratifs comme les judiciaires, afin d'assurer la réalisation de tous les objectifs de la loi.

Je suis donc d'avis que le par. 49(1) de la *Loi sur la faillite* a une extension suffisante pour comprendre un recouvrement par voie de retenue sur les prestations subséquentes comme celui dont il est question en l'espèce.

V—Le paragraphe 49(1) de la *Loi sur la faillite* et l'insaisissabilité des prestations d'assurance-chômage

L'intimée rétorque cependant par ses procureurs que même si le par. 49(1) de la *Loi sur la faillite* est rédigé de façon assez large pour comprendre un recours ou une procédure extrajudiciaire, un tel recours ou une telle procédure ne serait pas un recours ou une procédure au sens du par. 49(1) lorsqu'il vise au recouvrement de biens du failli qui, vu leur insaisissabilité, ne tombent pas dans le patrimoine attribué à ses créanciers comme le décrit l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*.

Il faut, selon l'intimée, interpréter le par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, à la lumière des principes de la *Loi sur la faillite* et de ce qui est, selon elle, le but ou la raison d'être de la suspension des procédures décrétées par le par. 49(1).

In the factum submitted by its counsel, respondent explained the purpose of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* as follows:

[TRANSLATION] The true meaning of this section is determined by certain general principles underlying the Bankruptcy Act, both as regards the bankrupt's property and with respect to unsecured creditors.

So far as property owned by the bankrupt is concerned, it is worth recalling the rule in s. 50(5) of the Bankruptcy Act, that on a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, "a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and subject to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment . . . ."

As we know, bankruptcy does not have the effect of depriving a bankrupt of all his assets, without exception. The property which passes to the trustee is limited to that which, under s. 47 of the Bankruptcy Act, constitutes what the Act calls the property of the bankrupt "divisible among his creditors", that is, property the proceeds from which are to be distributed *pari passu* among the unsecured creditors.

The property in question includes anything belonging to the bankrupt on the date of the bankruptcy or which may devolve upon him before his discharge. On the other hand, it does not include property which, as against the bankrupt, is immune from seizure. It accordingly follows that in a bankruptcy proceeding the property of a bankrupt actually falls into two categories: what falls within the assets of his bankruptcy and what remains external to it.

If the situation is considered from the standpoint of unsecured creditors, the fundamental principle of the Act is that the latter are to be regarded as on an equal footing in relation to each other: their rights are limited to being collocated *pari passu* in the proceeds of sale of property held by the bankruptcy, in accordance with the order of priority specified in s. 107 of the Bankruptcy Act.

So as to give full effect to the fundamental principles discussed above, it was necessary for the legislator to put property that would be part of the bankruptcy fund beyond the reach of individual actions that might be brought by any of the bankrupt's creditors, seeking payment of their own debts from the property in question and so obtaining an advantage over other creditors. The solution decided on by the legislator was to provide that, from the date of the bankruptcy, no creditor with a

Voici comme l'intimée explique dans le mémoire soumis par ses procureurs le but du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*:

La véritable portée de cet article découle de certains principes généraux de la loi sur la faillite tant à l'égard des biens du failli qu'à l'endroit des créanciers non garantis.

En ce qui a trait aux biens appartenant au failli, il convient de rappeler le principe du paragraphe (5) de l'article 50 de la loi sur la faillite, lequel énonce qu'à compter d'une ordonnance de séquestre ou la production d'une cession de biens auprès d'un séquestre officiel, «un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sauf les dispositions de la présente loi et sous réserve des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance ou dans la cession . . . ».

L'on sait par ailleurs que la faillite n'a pas pour effet de dépouiller un failli de tous ses biens sans exception. En effet, les biens qui sont ainsi dévolus au syndic se limitent à ceux qui, aux termes de l'article 47 de la Loi sur la faillite, constituent ce que la loi appelle «le patrimoine attribué aux créanciers de la faillite», c'est-à-dire ceux dont la réalisation doit être répartie pari passu entre les créanciers non garantis.

Le patrimoine en question englobe tous les biens qui appartiennent au failli à la date de la faillite ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération. Par ailleurs, il ne comprend pas aucun des biens qui, à l'encontre du failli, sont insaisissables. Il s'ensuit donc qu'en matière de faillite, les biens d'un failli se partagent en réalité en deux catégories: ceux qui tombent dans l'actif de sa faillite et ceux qui demeurent étrangers à la faillite.

Si l'on envisage la situation du côté des créanciers non garantis, le principe de base de la loi est à l'effet que ceux-ci doivent être considérés entre eux sur un pied d'égalité, leurs droits se limitant à celui d'être colloqué pari passu sur le produit de la réalisation des biens constituant le patrimoine de la faillite, et ce, conformément à l'ordre de priorité prévu à l'article 107 de la Loi sur la faillite.

De façon à ce qu'il soit donné pleinement effet aux principes de base dont il est fait état ci-dessus, il s'avérait donc nécessaire pour le législateur de mettre les biens devant constituer le patrimoine de la faillite à l'abri des recours individuels susceptibles d'être exercés par l'un ou l'autre des créanciers du failli en vue d'obtenir paiement de leurs propres créances à même les biens en question et ainsi obtenir un avantage par rapport aux autres créanciers. La solution choisie par le législateur a

claim provable in bankruptcy shall have any remedy, including an execution proceeding, against the debtor or his property, unless with leave of the Court and on such terms as the Court may impose. As can be seen from the wording of s. 49(1), such a prohibition applies to any type of remedy the aim of which is to recover a claim provable in bankruptcy, regardless of whether it is a remedy that can be exercised by an action, or is a remedy in the nature of an execution proceeding.

été de décréter qu'à compter de la faillite, tout créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite ne pourra exercer aucun recours, y compris toute mesure d'exécution, contre le débiteur ou contre ses biens, sauf avec l'autorisation du tribunal et sous réserve des conditions fixées par ce dernier. Tel qu'il appert du texte de l'article 49(1), semblable interdiction vise tout genre de recours ayant pour objet le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un recours susceptible d'être exercé soit par voie d'action soit autrement ou qu'il s'agisse d'un recours de la nature d'une mesure d'exécution.

Respondent concluded with this argument, which constitutes the crux of its second submission:

[TRANSLATION] It follows, therefore, that the only remedies to which s. 49(1) applies are those the effect of which is to take out of the property included in the bankruptcy anything which under the Act devolves on the trustee for the common benefit of creditors of the bankrupt. This section thus clearly cannot be interpreted, in our opinion, as prohibiting the exercise of a right which has no adverse effect on the common fund available to creditors of the bankruptcy.

Et l'intimée de conclure par cet argument qui constitue le nœud de ce second moyen:

Il s'ensuit donc que les seuls recours visés par le paragraphe (1) de l'article 49 sont les recours dont l'effet serait de soustraire de l'actif de la faillite l'un ou l'autre des biens qui en vertu de la loi sont dévolus au syndic pour le bénéfice collectif des créanciers du failli. Le même article ne saurait donc, à notre avis, être interprété comme interdisant l'exercice d'un droit qui n'a pas pour effet de porter atteinte au patrimoine collectif des créanciers de la faillite.

Respondent submitted that, as unemployment insurance benefits are property which is immune from seizure, they are not part of the common fund available to creditors, and the retentions made by respondent did not have the effect of depriving the ordinary creditors of anything which belonged to the bankruptcy creditors' common fund. Such retentions cannot then be regarded as contravening s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*.

Or, soumet l'intimée, comme les prestations d'assurance-chômage constituent un bien insaisissable, elles ne font pas partie du patrimoine collectif des créanciers et les prélèvements effectués par l'intimée n'ont pas eu pour effet de priver la masse d'un bien quelconque faisant partie du patrimoine collectif des créanciers de la faillite. Ces prélèvements, dès lors, ne sauraient être considérés comme contrevenant au par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*.

To this apparently plausible argument, the gist of which is contained in respondent's factum, counsel for the latter added another in their oral pleading, which also at first sight seems to carry considerable weight. It is the following: in reimbursing itself by retentions from subsequent benefits due to appellant, respondent did something which conferred a benefit on the mass of ordinary creditors—not only did it pay itself from property to which they had no right, but, at the same time, it released those ordinary creditors from the lien which it is given by s. 107(1)(*h*) of the *Bankruptcy Act* and in accordance with which it would have

Cet argument à première vue séduisant, dont on retrouve l'essentiel dans le mémoire de l'intimée, les procureurs de celle-ci l'ont complété, dans leur plaidoirie orale, par un autre qui, lui aussi à première vue, est d'un poids considérable. C'est le suivant: en se remboursant elle-même par voie de retenue sur les prestations subséquentes dues à l'appelant, l'intimée a posé un geste qui procure un avantage à la masse des créanciers ordinaires: non seulement elle se paye à même un bien auquel ceux-ci n'ont aucun droit, mais elle libère du même coup ces créanciers ordinaires du privilège que lui donne l'al. *h*) du par. 107(1) de la *Loi sur la*

been paid before them in the event of a distribution.

However, the interpretation suggested by respondent comes up against a major obstacle: without adequate justification, it rejects the method of grammatical or literal interpretation of a very clear provision. This interpretation suggests that words be added to s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*, by interpreting the word "property" as referring to "property divisible among his creditors". These words, which are contained in s. 47, are not found in s. 49(1) of the Act. That subsection uses only the word "property", of which s. 2 of the Act gives a broad definition not including the limitation in s. 47.

In *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), Prof. Pierre-André Côté wrote at p. 209:

> Assuming a statute to be well drafted, an interpretation which adds to the terms of its provisions or deprives them of meaning is suspect.
>
> Since the judge's task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule he should reject an interpretation which adds to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted and to express completely what the legislator wanted to say:
>
> "It is a strong thing to read into an Act of Parliament words which are not there, and in the absence of clear necessity it is a wrong thing to do." *Per* Lord Mersey, *Thompson v. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409, 420.

Respondent is thus asking the Court to make a distinction where the legislator makes none, and this *prima facie* is an error of interpretation.

Respondent sought to justify this distinction in reliance on a fundamental objective of the *Bankruptcy Act*, namely, an equitable distribution of property to the creditors.

First, it should be said that this is not the sole objective of the *Bankruptcy Act*. As Estey J. wrote, in giving the unanimous judgment of this Court in *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109, at p. 120:

> The purpose and object of the *Bankruptcy Act* is to equitably distribute the assets of the debtor and to permit his rehabilitation as a citizen, unfettered by past debts.

faillite et selon lequel elle aurait été payée avant eux, advenant distribution.

L'interprétation suggérée par l'intimée se heurte néanmoins à un obstacle majeur: elle s'écarte sans justification suffisante de la méthode d'interprétation grammaticale ou littérale d'un texte fort clair. Cette interprétation postule que l'on ajoute des mots au par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, en interprétant le mot «biens» comme référant aux «biens constituant le patrimoine attribué à ses créanciers». Or ces mots, qui sont ceux de l'art. 47, ne se retrouvent pas au par. 49(1) de la Loi. Ce paragraphe n'emploie que le mot «biens» dont l'art. 2 de la Loi donne une définition fort large qui ne comporte pas la limitation de l'art. 47.

Dans *Interprétation des lois* (1982), le professeur Pierre-André Côté, écrit à la p. 227:

> Si la loi est bien rédigée, il faut tenir pour suspecte une interprétation qui conduirait soit à ajouter des termes ou des dispositions, soit à priver d'utilité ou de sens des termes ou des dispositions.
>
> La fonction du juge étant d'interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l'amènerait à ajouter des termes à la loi: celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire:
>
> «C'est une chose grave d'introduire dans une loi des mots qui n'y sont pas et sauf nécessité évidente, c'est une chose à éviter.» Lord Mersey dans *Thompson* c. *Goold & Co.* [1910] A.C. 409, 420 (TRADUCTION).

L'intimée nous invite donc à distinguer là où le législateur ne distingue pas ce qui, *prima facie*, constitue une erreur d'interprétation.

L'intimée tente de justifier cette distinction en invoquant un objectif fondamental de la *Loi sur la faillite*, la distribution équitable des biens aux créanciers.

Disons d'abord que ce n'est pas là le seul objectif de la *Loi sur la faillite*. Comme l'écrit le juge Estey qui rend le jugement unanime de cette Cour dans *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109, à la p. 120:

> [TRADUCTION] La *Loi sur la faillite* a pour but et objet de distribuer équitablement les avoirs du débiteur et de permettre sa réhabilitation comme citoyen, libre de dettes passées.

The rehabilitation of the bankrupt is not the result only of his discharge. It begins when he is put into bankruptcy with measures designed to give him the minimum needed for subsistence. These measures are contained in s. 47 of the *Bankruptcy Act* concerning, *inter alia*, the exemption from execution of certain property, and in s. 48, regarding the wages of the bankrupt, which applies notwithstanding s. 47 and which empowers the Court to make

an order directing the payment to the trustee of such part of the salary, wages or other remuneration as the court may determine having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt.

The part of the wages paid to creditors does not necessarily correspond to the part which may be attached. It may be more or less "having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt". Houlden and Morawetz, *op. cit.*, vol. 1, write at pp. F-66 and F-69:

Since the enactment of s. 48, wages have been removed from the operation of s. 47 so that no part thereof vests in the trustee to be divided among creditors unless he makes an application under s. 48 and then only to the extent allowed by the court: *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245, 41 O.R. (2d) 351, 146 D.L.R. (3d) 103 (S.C.).

. . .

Applications under s. 48 of the Bankruptcy Act come down not to a question of law, but of fact; that is, whether the bankrupt after being given credit for his reasonable living expenses has excess funds which might be used to pay creditors. The Senate Committee poverty lines, while not binding on the court, are persuasive evidence: *Re Michael; Re Superior Films Shops* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 1 (Ont. S.C.).

In my view, appellant was right to see an analogy between the wages of a bankrupt and unemployment insurance benefits, and to argue that the partial or complete elimination of the latter may deprive the bankrupt of his means of subsistence, contrary to another objective of the *Bankruptcy Act*. If retentions from unemployment insurance benefits cannot be made without the Court's au-

La réhabilitation du failli ne résulte pas seulement de sa libération. Elle commence dès la mise en faillite par des mesures destinées à ménager au failli un minimum vital. Ces mesures sont prévues à l'art. 47 de la *Loi sur la faillite* relatif, entre autres, à l'insaisissabilité de certains biens, ainsi qu'à l'art. 48, relatif au salaire du failli, qui s'applique nonobstant l'art. 47 et qui habilite le tribunal à

rendre une ordonnance portant que soit payée au syndic la partie du traitement, du salaire ou de la rémunération que peut déterminer le tribunal, compte tenu des charges familiales et de la situation personnelle du failli.

Cette partie du salaire versée aux créanciers ne correspond pas nécessairement à la partie saisissable. Elle peut lui être inférieure ou supérieure, «compte tenu des charges familiales et de la situation personnelle du failli». Aux pages F-66 et F-69 de leur vol. 1, *op. cit.*, Houlden et Morawetz écrivent:

[TRADUCTION] Depuis l'adoption de l'art. 48, l'art. 47 ne s'applique plus aux salaires de manière qu'aucune partie de ceux-ci n'est donnée au syndic pour être divisée parmi les créanciers à moins qu'il ne présente une demande en vertu de l'art. 48 et alors seulement dans la mesure que permet le tribunal: *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245, 41 O.R. (2d) 351, 146 D.L.R. (3d) 103 (C.S.)

. . .

Les demandes présentées en vertu de l'art. 48 de la *Loi sur la faillite* ne se ramènent pas à une question de droit mais à une question de fait; c.-à-d., de savoir si, après qu'on lui a accordé des moyens de subsistance raisonnables, le failli possède des fonds qui peuvent être utilisés pour payer les créanciers. Les lignes directrices du comité du Sénat en matière de pauvreté bien qu'elles n'aient pas d'effet obligatoire pour le tribunal, constituent des éléments de preuve convaincants: *Re Michael; Re Superior Films Shops* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 1 (C.S. Ont.)

L'appelant a raison selon moi de voir une analogie entre le salaire d'un failli et les prestations d'assurance-chômage et de souligner que la suppression partielle ou totale de ces dernières risque de priver le failli de ses moyens de subsistance, à l'encontre d'un autre objectif de la *Loi sur la faillite*. Si la retenue des prestations d'assurance-chômage ne peut se faire sans l'autorisation du

thority, as specified in s. 49(1), the Court will ensure that this other objective is not lost sight of.

Moreover, the sole objective of the *Bankruptcy Act* mentioned by respondent, namely an equitable distribution of the bankrupt's property to his creditors, and the interests of the latter, will also be taken into account by the Court, to which the respondent will apply pursuant to s. 49(1) for authority to recover the overpayment by retention from subsequent benefits. The Court may grant such authorization, refuse it or grant it only in part or on certain conditions, taking all the circumstances into account.

In other words, the grammatical or literal interpretation of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*, which makes retentions from unemployment insurance benefits subject to authorization by the Court, is not an obstacle to pursuing any of the objectives of the *Bankruptcy Act*. On the contrary, it makes possible the coherent pursuit of those various objectives, under the supervision of the Court. It may be added that it will also have the effect of facilitating the administration of the bankruptcy by the trustee, who will thus automatically be informed of retentions made by creditors who have also filed claims in the bankruptcy.

I accordingly consider that not only has respondent not shown any justification for an interpretation of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* other than the grammatical or literal one, but the latter is the only possible one in view of the general scheme of the Act. As Elmer A. Driedger writes, in an oft-cited passage from his text *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Before concluding, it may be worth mentioning that the *Unemployment Insurance Regulations*, SOR/71-324, also take into account the fundamental needs of a claimant, and even his bankruptcy. Section 175 of the Regulations in effect in 1977,

tribunal, comme le prescrit le par. 49(1), le tribunal veillera à ce que cet autre objectif ne soit pas perdu de vue.

D'autre part, le seul objectif de la *Loi sur la faillite* mentionné par l'intimée, savoir la distribution équitable des biens du failli entre ses créanciers et l'intérêt de ces derniers sera également pris en considération par le tribunal à qui l'intimée demandera, en conformité du par. 49(1), l'autorisation de recouvrer le trop-perçu par voie de retenue sur les prestations subséquentes. Le tribunal pourra accorder cette autorisation, la refuser, ou ne l'accorder que pour partie ou à certaines conditions, compte tenu de toutes les circonstances.

En d'autres termes, l'interprétation grammaticale ou littérale du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, qui soumet la retenue des prestations d'assurance-chômage à l'autorisation du juge, n'empêche la poursuite d'aucun des objectifs de la *Loi sur la faillite*. Elle permet au contraire la poursuite intégrée de ces divers objectifs, sous la surveillance du tribunal. Ajoutons qu'au surplus, elle est de nature à faciliter l'administration de la faillite par le syndic ainsi automatiquement informé des retenues faites par des créanciers qui ont également déposé des réclamations dans la faillite.

Je suis donc d'avis que non seulement l'intimée n'a pas démontré en quoi serait justifée une interprétation autre que grammaticale ou littérale du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite* mais que cette interprétation grammaticale ou littérale s'impose compte tenu de l'économie générale de la Loi. Comme l'écrit Elmer A. Driedger, dans un passage souvent cité de son ouvrage, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), à la p. 87:

> [TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Avant de conclure, il est peut-être utile de mentionner que les *Règlements sur l'assurance-chômage*, DORS/71-324, prennent également en considération les besoins élémentaires d'un prestataire et même sa faillite. L'article 175 des Règle-

when the bankruptcy in the case at bar occurred, provides:

Write-off of benefit wrongly paid

175. (1) Amounts owing under sections 47, 49, 51 and 52 of the Act may be declared by the Commission to be no longer due and owing, where

(*a*) the sums in the aggregate do not exceed five dollars, and a benefit period is not current;

(*b*) the claimant is deceased;

(*c*) the claimant is a discharged bankrupt;

(*d*) the claimant is an undischarged bankrupt, the final dividend has been received and the trustee has been discharged; and

(*e*) the Commission considers that, having regard to all the circumstances,

(i) the sums are uncollectable, or

(ii) the repayment of the sums would result in undue hardship to the claimant.

(2) Where the Commission, pursuant to subsection (1), declares that an amount is no longer due and owing, that amount shall be written off.

Neither of the two parties relied on this provision, which was not discussed. Counsel for the respondent simply referred to it in his oral argument, saying that he had not reproduced it in his factum, as he did not see how it was relevant.

It is probably unnecessary to say any more on the point. However, it may be observed that the additional benefit given to the bankrupt by this provision depends on the discretion of an administrative commission. It exists in addition to the rule stated in s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*, but it in no way detracts from it.

VI—Conclusions

I am of the view that we should allow the appeal, set aside the judgments of the Federal Court of Appeal and the trial court, allow appellant's action and declare that respondent acted unlawfully by withholding, without the authorization of the bankruptcy court, unemployment insurance benefits totalling $922, to which appellant was entitled during his bankruptcy. The whole with costs in all courts.

ments en vigueur en 1977, époque de la faillite en l'espèce, dispose:

Défalcation de prestations indûment versées

175. (1) Tout montant dû en vertu des articles 47, 49, 51 et 52 de la Loi, peut être déclaré par la Commission comme n'étant plus dû lorsque

a) la somme totale due n'excède pas cinq dollars, et qu'il n'y a pas de période de prestations en cours;

b) le prestataire est décédé;

c) le prestataire est un failli réhabilité;

d) le prestataire est un failli non réhabilité, mais qu'un dernier dividende a été reçu et que le syndic a été libéré; ou que,

e) la Commission estime que, eu égard à toutes circonstances,

(i) ce montant est irrécouvrable, ou

(ii) le remboursement de ce montant imposerait au prestataire une privation injustifiable.

(2) Lorsque la Commission déclare, en vertu du paragraphe (1), qu'un montant n'est plus dû, ce montant doit être défalqué.

Aucune des deux parties ne s'est appuyée sur cette disposition qui n'a pas été discutée. Le procureur de l'intimée y a simplement référé au cours de sa plaidoirie pour dire qu'il ne l'avait pas reproduite dans son mémoire, n'en voyant pas la pertinence.

Il n'est probablement pas nécessaire d'en dire plus. On peut cependant observer que l'avantage additionnel donné au failli par cette disposition dépend de la discrétion d'une commission administrative. Il se surajoute au principe énoncé au par. 49(1) de la *Loi sur la faillite* mais il ne lui fait nullement échec.

VI—Conclusions

Je suis d'opinion qu'il faut accueillir le pourvoi, infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et le jugement de première instance, maintenir l'action de l'appelant et déclarer que l'intimée a agi illégalement en retenant, sans l'autorisation du tribunal de faillite, les prestations d'assurance-chômage au montant total de 922 $, prestations auxquelles l'appelant avait droit pendant sa faillite. Le tout avec dépens dans toutes les cours.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Guy Morin, Sherbrooke.

Solicitors for the respondent and the mis en cause: Gaspard Côté and Guy Leblanc, Montréal.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: Guy Morin, Sherbrooke.

Procureurs de l'intimée et du mis en cause: Gaspard Côté et Guy Leblanc, Montréal.

Kurt Grabowski *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17866.

1985: May 22; 1985: November 21.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial by jury — Irregularities — Reference to alleged prior acts in Crown's argument — Recorded conversations referring to accused's criminal past submitted to jury — Prejudice caused the accused removed by judge's charge to jury.

Criminal law — Interception of private communications — Validity of authorization — Part of authorization held invalid — Authorization severable — Interceptions made pursuant to valid part of authorization admissible — Criminal Code, ss. 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(2).

Appellant and five other persons were charged with conspiracy to traffic in a narcotic and with trafficking in a narcotic, namely P.C.P. After the preliminary inquiry, the charge laid against the caretaker of the building where the P.C.P. was made was withdrawn. At his trial before a jury appellant was convicted, and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. The appeal at bar was based on three grounds: did the Court of Appeal err in law (1) in affirming the judgment of the trial judge which dismissed a motion for a mistrial made as a result of certain comments contained in the argument of counsel for the Crown regarding alleged prior acts; (2) in finding that the trial judge did not err in refusing to delete from recorded conversations passages referring to appellant's criminal past; and (3) in finding that the authorization to intercept the private conversations was legal? Appellant argued that this authorization was not in keeping with the provisions of the *Code* since, first, the person named in the authorization, the building caretaker, was only a "straw man" whose name was used as a pretext for obtaining authorization to intercept the private communications of any person using the building where the P.C.P. was made, and second, the authorization was too wide and did not have the necessary limitations as to the persons whose communications

Kurt Grabowski *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17866.

1985: 22 mai; 1985: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès par jury — Irrégularités — Allusion à de supposés actes antérieurs dans la plaidoirie du ministère public — Conversations enregistrées faisant référence au passé criminel de l'accusé présentées au jury — Préjudice causé à l'accusé réparé par l'exposé du juge au jury.

Droit criminel — Interception de communications privées — Validité de l'autorisation — Partie de l'autorisation jugée invalide — Autorisation divisible — Interceptions faites grâce à la partie valide de l'autorisation recevables — Code criminel, art. 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(2).

L'appelant et cinq autres personnes ont été accusés d'avoir comploté pour faire le trafic d'un stupéfiant et d'avoir fait le trafic d'un stupéfiant, savoir, du P.C.P. Après l'enquête préliminaire, la dénonciation portée contre le concierge de l'immeuble où était fabriqué la P.C.P. a été retirée. À son procès devant jury, l'appelant a été reconnu coupable et son appel à la Cour d'appel a été rejeté. Le présent pourvoi est fondé sur trois moyens: la Cour d'appel a-t-elle erré en droit (1) en confirmant la décision du juge du procès de rejeter une requête pour avortement de procès à la suite de certains commentaires contenus dans la plaidoirie du ministère public relatifs à de supposés actes antérieurs; (2) en statuant que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant d'expurger des conversations enregistrées des extraits qui faisaient référence au passé criminel de l'appelant; et (3) en déclarant que l'autorisation d'intercepter les conversations privées était légale. L'appelant soutient que cette autorisation n'était pas conforme aux prescriptions du *Code* puisque d'une part, la personne désignée dans l'autorisation, le concierge de l'immeuble, n'était qu'un «homme de paille» dont le nom a servi de prétexte pour obtenir l'autorisation d'intercepter les communications privées de toute personne fréquentant l'immeuble où était fabriqué la P.C.P. et, d'autre part, cette autorisation était trop large et ne contenait pas les limites requises quant aux personnes dont les communications

could be intercepted and the place where this could be done.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge did not err in dismissing the motion for a mistrial made by appellant. In his charge to the jury, the trial judge was able to remove any prejudice which the comments of counsel for the Crown may have caused him. The trial judge clearly indicated to the jury that they were not to take into account the comments by the Crown regarding the alleged prior acts committed by appellant.

The effect of this direction was also to remove any prejudice which the passages not deleted from the recorded conversations may have caused appellant. The comments of the Crown were based on one of the three passages not deleted. The jury was certainly able to understand from the trial judge's direction that any evidence as to appellant's criminal past must be disregarded.

There is no basis for finding the authorization unlawful. The mere fact that the charge against the building caretaker was withdrawn does not establish that the use of his name in the application for an authorization was a fiction. The record as it stands does not support this conclusion. It might as well be said that in view of his function as a caretaker and the extent of the activities suspected, and which in fact occurred in the building, the signatory of the sworn statement could believe in good faith, at the time of the application for an authorization, that he was in league with the others.

Finally, when there is a clear dividing line between the good and bad parts of an authorization, and they are not so interwoven that they cannot be separated but are actually separate authorizations given in the same order, the court can divide the order and preserve the valid portion, which then forms the authorization. In such a case interceptions made under the valid authorization are admissible. In the case at bar, without the offending paragraph the authorization is perfectly valid. Since this paragraph was not used, it can be excluded and all the conversations intercepted by authority of an otherwise valid authorization are admissible.

Cases Cited

R. v. Paterson, Ackworth and Kovach (1985), 18 C.C.C. (3d) 137; *R. v. Munroe* (1985), 38 Alta. L.R. (2d) 189, applied; *R. v. Ritch* (1982), 69 C.C.C. (2d) 289, aff'd *sub nom. R. v. Brese*, [1984] 2 S.C.R. 333; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330, considered.

peuvent être interceptées et quant au lieu où elles peuvent l'être.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le premier juge n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête pour avortement de procès présentée par l'appelant. Lors de son exposé au jury, le juge du procès a été en mesure de réparer tout préjudice que les propos du procureur du ministère public ont pu lui causer. Le premier juge a clairement indiqué aux jurés qu'ils ne devaient pas tenir compte des propos du ministère public relatifs à de supposés actes antérieurs commis par l'appelant.

Cette directive a également eu pour effet de réparer tout préjudice que les extraits non expurgés des conversations enregistrées ont pu causer à l'appelant. Les propos du ministère public étaient fondés sur l'un des trois passages non expurgés. Les jurés ont certainement été en mesure de comprendre à partir de la directive du premier juge que toute preuve relative au passé criminel de l'appelant devait être écartée.

Pour ce qui est de l'autorisation, il n'y a pas lieu de la déclarer illégale. Le seul fait que la dénonciation portée contre le concierge de l'immeuble ait été retirée ne permet pas de conclure que la mention de son nom dans la demande d'autorisation était fictive. Le dossier tel que constitué ne justifie pas cette conclusion. On peut tout aussi bien penser que vu sa fonction de concierge et vu l'ampleur des activités soupçonnées et qui de fait se sont déroulées dans l'immeuble, le signataire de la déclaration assermentée a pu, au moment de la demande d'autorisation, croire de bonne foi qu'il était de mèche avec les autres.

Finalement, quand il y a une ligne de démarcation claire entre les bonne et mauvaise parties d'une autorisation, qu'elles ne sont pas entrelacées au point de ne pouvoir être séparées mais constituent en somme des autorisations distinctes réunies dans une même ordonnance, le tribunal peut diviser l'ordonnance et sauvegarder la partie valide qui, dès lors, forme l'autorisation. En pareil cas les interceptions faites en vertu de l'autorisation valide sont recevables. En l'espèce, sans la présence de l'alinéa dérogatoire, l'autorisation est parfaitement valide. Puisque cet alinéa n'a pas été utilisé, il peut être excepté et toutes les conversations interceptées grâce à l'autorisation par ailleurs valide sont recevables.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137; *R. v. Munroe* (1985), 38 Alta. L.R. (2d) 189; arrêts examinés: *R. v. Ritch* (1982), 69 C.C.C. (2d) 289, confirmé *sub nom. R. c. Brese*, [1984] 2 R.C.S. 333; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(1), (2) [added 1973-74 (Can.), c. 50, s. 2], 178.12(1) [added 1973-74 (Can.), c. 50, s. 2; am. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 8], 178.13(2) [added 1973-74 (Can.), c. 50, s. 2; am. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 9].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1983), 8 C.C.C. (3d) 78, dismissing the accused's appeal from his conviction for conspiracy to traffic in a narcotic and for trafficking in a narcotic. Appeal dismissed.

Christiane Filteau, for the appellant.

Claude Bélanger, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—At his trial before a jury, appellant was convicted of the following indictable offences:

1. Between April 1st, 1980 and April 28, 1980, did unlawfully conspire together with WILLIAM BRADLEY and with other unknown persons, to commit an indictable offence not included in paragraphs a, b or c of Section 423(1) of the Criminal Code, to wit: trafficking in a narcotic, that is, P.C.P. (phenyl cyclohexyl piperidine), contrary to Section 4(1) of the Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, committing thereby an indictable offence pursuant to Section 423(1)(d) of the Criminal Code;

2. Between April 1st, 1980 and April 28, 1980, did unlawfully traffic in a narcotic, to wit: approximately 7.58 pounds of P.C.P. (phenyl cyclohexyl piperidine), contrary to Section 4(1) of the Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, committing thereby an indictable offence pursuant to Section 4(3) of the said Narcotic Control Act.

His appeal to the Court of Appeal was dismissed unanimously: (1983), 8 C.C.C. (3d) 78.

Appellant summarized the facts as follows:

[TRANSLATION] Appellant was arrested on April 28, 1980 with the co-accused MARUSKA, DI SALVO, THOMAS and BRADLEY, at 620 rue St-Jacques, Montréal.

This is a vacant commercial building. In the basement there is a garage and storage rooms. The caretaker is

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.11(1), (2) [aj. 1973-74 (Can.), chap. 50, art. 2], 178.12(1) [aj. 1973-74 (Can.), chap. 50, art. 2; mod. 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 8], 178.13(2) [aj. 1973-74 (Can.), chap. 50, art. 2; mod. 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 9].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1983), 8 C.C.C. (3d) 78, qui a rejeté l'appel de l'accusé a l'encontre de sa déclaration de culpabilité d'avoir comploté pour faire le trafic d'un stupéfiant et d'avoir fait le trafic d'un stupéfiant. Pourvoi rejeté.

Christiane Filteau, pour l'appelant.

Claude Bélanger, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—À son procès devant jury, l'appelant a été trouvé coupable des actes criminels suivants:

[TRADUCTION] 1. Entre le 1er et le 28 avril 1980, a illégalement comploté avec WILLIAM BRADLEY et avec d'autres personnes inconnues, en vue de commettre un acte criminel qui n'est pas compris dans les al. a, b ou c du par. 423(1) du Code criminel, c.-à-d.: faire le trafic d'un stupéfiant, à savoir de la P.C.P. (phencyclidine) en contravention du par. 4(1) de la Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, commettant ainsi un acte criminel aux termes de l'al. 423(1)d) du Code criminel;

2. Entre le 1er et le 28 avril 1980, a illégalement fait le trafic d'un stupéfiant, c.-à-d.: environ 7,58 livres de P.C.P (phencyclidine), en contravention du par. 4(1) de la Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, commettant ainsi un acte criminel aux termes du par. 4(3) de ladite Loi sur les stupéfiants.

Son appel à la Cour d'appel a été rejeté par un arrêt unanime: (1983), 8 C.C.C. (3d) 78.

L'appelant résume les faits de la façon suivante:

L'appelant fut arrêté le 28 avril 1980 avec les co-accusés MARUSKA, DI SALVO, THOMAS et BRADLEY, au 620 rue St-Jacques à Montréal.

Il s'agit d'un édifice commercial inoccupé. Au sous-sol on retrouve un garage de même que des pièces de

one Wayne Murphy; he was arrested and charged with the others; however, at the preliminary inquiry he was called as a witness by the Crown, which withdrew the charges against him.

The building was searched immediately after the arrests. Certain objects were seized and later produced at the trial. Two tanks containing P.C.P. were found, one of them behind the caretaker's desk and containing 7.58 pounds of P.C.P., the other in the first floor ceiling and containing 42 grams of P.C.P.

Traces of P.C.P. were found on various articles (a barrel, a mixer and the clothes of certain of the accused, including appellant).

The evidence presented by the Crown against appellant and his co-accused at the trial rested primarily on the testimony of police officers who observed the searched building and on the entering in evidence of the material and articles connected with P.C.P. that were seized at 620 rue St-Jacques.

The police observation evidence established that one of the accused, MARUSKA, was seen at 620 rue St-Jacques on April 25, 1980. The latter confirmed this in his testimony, explaining that he had indeed gone to the aforementioned location with two of the co-accused (DI SALVO and THOMAS) to discuss renting the empty premises with the caretaker. Maruska testified that he also saw chemicals and various kinds of equipment: so far as he knew, these items were to be sold following a bankruptcy. He got this information from the caretaker.

However, the Crown's argument is that the most overwhelming evidence against appellant rests on the latter's conversations with the co-accused. These conversations established, in the view of the Crown, knowledge and production of P.C.P. by the accused. Cpl. Bell, who was in charge of the investigation, identified the voices of each of the accused, except Di Salvo.

Only the accused MARUSKA entered a defence.

Maruska testified that he did not participate in producing the P.C.P., and believed that Bradley was making a perfectly legal product. This belief was based on research which he did with Bradley at McGill University Library. Bradley denied any participation in the final manufacture of P.C.P. He admitted having made certain tests, but said he was unaware that the product was illegal.

Appellant Grabowski did not testify and called no witnesses.

rangement. Le concierge est un certain Wayne Murphy; ce dernier sera arrêté et accusé comme les autres; toutefois, à l'enquête préliminaire, il sera appelé comme témoin par la Couronne, qui retirera les dénonciations portées contre lui.

Immédiatement après les arrestations, l'immeuble fut perquisitionné. Certains objets furent saisis et produits ultérieurement au procès. Deux réservoirs contenant du P.C.P. furent trouvés, l'un d'eux fut trouvé derrière le bureau du concierge et contenait 7.58 livres de P.C.P., l'autre fut retrouvé dans le plafond au premier étage, et contenait 42 grammes de P.C.P.

Des résidus de P.C.P. furent trouvés sur différents objets (baril, mélangeur et sur des vêtements de certains accusés, dont l'appelant).

La preuve présentée par la Couronne contre l'appelant et ses co-accusés au procès reposait principalement sur les témoignages de policiers ayant surveillé l'immeuble perquisitionné et sur le dépôt en preuve de matériel et d'objets reliés au P.C.P., et saisis au 620 de la rue St-Jacques.

La preuve de surveillance policière établissait que l'un des accusés, MARUSKA, avait été vu au 620 rue St-Jacques le 25 avril 1980. Ce dernier a confirmé ce fait dans son témoignage en expliquant qu'effectivement il s'était rendu à l'endroit précité avec deux (2) co-accusés (DI SALVO et THOMAS) dans le but de rencontrer le concierge pour louer le local alors vide. Maruska témoigne aussi à l'effet qu'il a vu des produits chimiques, de même que de l'équipement divers; ces objets étaient, selon ses informations, à vendre suite à une faillite. Ces informations, il les tenait du concierge.

Toutefois, la thèse de la Couronne est à l'effet que l'élément de preuve le plus accablant contre l'appelant repose sur les conversations de ce dernier avec des co-accusés. Ces conversations établissent, selon la Couronne, la connaissance et la production du P.C.P. par les accusés. Le caporal Bell, en charge de l'enquête, identifie la voix de chacun des accusés, sauf celle de Di Salvo.

Seul l'accusé MARUSKA a présenté une défense.

Maruska a témoigné à l'effet qu'il n'a pas participé à la production du P.C.P., il croyait que Bradley fabriquait un produit parfaitement légal. Cette croyance reposait sur des recherches qu'il avait faites avec Bradley auprès d'un procureur à la bibliothèque de l'Université McGill. Quant à Bradley, il nie toute participation à la fabrication finale du P.C.P. Il admet avoir procédé à certaines vérifications mais ignorait l'illégalité du produit.

L'appelant Grabowski n'a pas témoigné, ni fait entendre aucun témoin.

In this summary by appellant, respondent only disputed the statement that [TRANSLATION] "the most overwhelming evidence against appellant rests on the latter's conversations with the co-accused". Instead, respondent argued, the offences were established by all the evidence which she presented to the jury. Respondent further made the following additional points, not disputed by appellant:

[TRANSLATION] Appellant was arrested at 1 a.m. on Monday, April 28, 1980, as he was about to leave the rear door of an office building located in the heart of the financial district of Montréal, at 620 St-Jacques West.

The building in question was an office building most of which was tenanted.

Appellant and his accomplices had no right of access to the building.

Appellant was seen at about 9:55 a.m. on Sunday, April 27, as he was leaving the building; he returned a few minutes later and it was not until he was arrested that he was about to leave with his accomplices.

Appellant fled inside the building when the police arrived.

The very strong smell of chemicals noticeable inside the building.

In the part of the basement containing the lockers in which the equipment and chemicals used to manufacture P.C.P. were stored, the floor was wet and had recently been washed.

The lower part of appellant's trousers was wet.

The keys to the building were found on the ground a few feet from where appellant was finally stopped by the police, near the entrance at the front of the building.

Radio equipment of the "walkie-talkie" type was found on the accomplices, Thomas, Di Salvo and Bradley, when they were arrested.

These three items of radio equipment operated on the same frequency as a fourth item found in one of the basement lockers.

Radio equipment of the "scanner" type was seized: *inter alia*, it could get three radio frequencies of the RCMP and one radio frequency of the M.U.C. Police.

Phencyclidine (P.C.P.) was found on the clothing of appellant and the other accomplices arrested with him.

P.C.P. was found in the basement in a barrel used as a tank and on a mixer placed in the barrel.

De cet exposé de l'appelant, l'intimée ne conteste que l'affirmation portant que «l'élément de preuve le plus accablant contre l'appelant repose sur les conversations de ce dernier avec des co-accusés». L'intimée prétend plutôt que c'est toute la preuve qu'elle a soumise au jury qui établit les infractions. L'intimée apporte de plus les précisions suivantes que l'appelant n'a pas contestées:

L'Appelant fut arrêté le lundi 28 avril 1980 à 1h00 du matin au moment où il était sur le point de sortir par la porte arrière d'un édifice à bureaux situé au cœur du quartier financier de Montréal, au 620 St-Jacques ouest.

L'immeuble dont il s'agit était un édifice à bureaux dont la majeure partie de la superficie était louée.

L'Appelant et ses complices n'avaient aucun droit d'accès dans cet édifice.

L'Appelant fut vu le dimanche, 27 avril, vers 9h55, alors qu'il sortait de l'édifice; il y retourna quelques minutes plus tard et ce n'est qu'au moment de son arrestation qu'il allait en ressortir avec ses complices.

L'Appelant prit la fuite à l'intérieur de l'édifice à l'arrivée des policiers.

La très forte odeur de produits chimiques qui prévalait à l'intérieur de l'édifice.

Dans la partie du sous-sol où se trouvaient les casiers dans lesquels étaient remisés les appareils et les produits chimiques utilisés pour la fabrication de PCP, le plancher était mouillé, fraîchement arrosé.

Le bas des pantalons de l'Appelant était mouillé.

Les clefs de l'édifice furent trouvées par terre à quelques pieds de l'endroit où l'Appelant fut finalement maîtrisé par les policiers, près de la porte d'entrée avant de l'édifice.

Des appareils radio de type «walkie-talkie» furent trouvés sur les complices, Thomas, Di Salvo et Bradley lors de leur arrestation.

Ces trois appareils radio fonctionnaient sur la même fréquence qu'un quatrième appareil trouvé dans un des casiers du sous-sol.

Un appareil radio de type «scanner» fut saisi, appareil pouvant entre autres capter trois fréquences radio de la Gendarmerie Royale du Canada et une fréquence radio de la police de la C.U.M.

De la phencyclidine (PCP) fut trouvée sur les vêtements de l'Appelant et des autres complices arrêtés avec lui.

Du PCP fut trouvé au sous-sol dans un baril ayant servi de cuve et sur un mélangeur inséré dans ce baril.

A preliminary product, piperidine cyclohexane carbonitrite (P.C.C.), was found in the basement and on the ground floor.

Maruska had bought heating strips identical to those found in the basement of the building and those shown on a diagram found on him when he was arrested.

The instructions for use of the heating strips were found on appellant Thomas when he was arrested.

The products necessary for the manufacture of P.C.P. were found in two of the lockers in the basement at 620 St-Jacques West, where appellant and his accomplices were arrested.

Certain liquid products used to manufacture P.C.P. found at the location were replaced by water in their containers, so that the containers appeared to be full.

Appellant raised three grounds, stated in the form of questions.

The first question is as follows:

[TRANSLATION] Did the Quebec Court of Appeal err in law in upholding the validity of the judgment of the learned trial judge who dismissed a motion for a mistrial made as a result of certain comments contained in the argument of counsel for the Crown?

Appellant alleged that counsel for the respondent, during his argument, had referred to alleged prior offences. The passage of the argument giving rise to this complaint is as follows:

He was talking about 80 pounds of P.C.P. I am submitting to you that it wasn't the first time they made P.C.P. there. So I'm telling you that it's not the first time. But you're not being asked to convict the accused on those previous times. You're being asked to convict the accused of only what is in the Indictment.

This statement by counsel for the respondent was based on the following passage from the conversations intercepted:

(KG) I'm out and now I got to get the council man to mix it now.

(UM) Yeah.

Un produit précurseur, la piperidine cyclohexane carbonitrite (P.C.C.), fut trouvé au sous-sol et au rez-de-chaussée.

Maruska avait acheté des bandes chauffantes identiques à celles trouvées au sous-sol de l'édifice et à celles reproduites sur un diagramme trouvé sur lui lors de son arrestation.

Les instructions relatives à l'utilisation des bandes chauffantes furent trouvées sur l'Appelant Thomas lors de son arrestation.

Les produits essentiels à la fabrication du PCP furent trouvés dans deux casiers au sous-sol du 620 ouest, St-Jacques où l'Appelant et ses complices furent arrêtés.

Certains produits liquides ayant servi à la fabrication du PCP trouvés sur place furent remplacés dans leurs contenants par de l'eau, de sorte que ces contenants apparaissaient pleins.

L'appelant invoque trois moyens énoncés sous forme de questions.

La première question est la suivante:

La Cour d'appel du Québec a-t-elle erré en droit en confirmant le bien-fondé de la décision du savant juge de première instance qui avait rejeté une requête pour avortement de procès (mistrial) suite à certains commentaires contenus dans la plaidoirie du procureur de la Couronne?

L'appelant reproche au procureur de l'intimée d'avoir, au cours de sa plaidoirie, fait allusion à de supposés actes antérieurs. Voici le passage de la plaidoirie qui donne prise à ce reproche:

[TRADUCTION] Il parlait de 80 livres de P.C.P. Je soutiens que ce n'était pas la première fois qu'ils faisaient de la P.C.P. à cet endroit. Alors je vous dis que ce n'est pas la première fois. Toutefois on ne vous demande pas de déclarer les accusés coupables à l'égard de ces fois précédentes. On vous demande de déclarer les accusés coupables seulement de ce qui est contenu dans l'acte d'accusation.

Cette affirmation du procureur de l'intimée était fondée sur le passage suivant des conversations interceptées:

[TRADUCTION]

(KG) Je suis sorti et maintenant je dois faire en sorte que l'homme du conseil le mélange tout de suite.

(UM) Ouais!

(KG) I got about eighty pounds there already so, be enough for the first batch.

However, the Court was persuaded that the reference to 80 pounds did not concern the earlier production of P.C.P., but the chemical ingredients present in the makeshift laboratory which were to be used in preparing 7.49 pounds of P.C.P.

In his elaborate judgment dismissing the motion for a mistrial, the judge reviewed the intercepted conversations as a whole, and in particular all the quantities mentioned at various points. He made many calculations in arriving at his conclusion.

The judge said:

Those calculations and the above analysis confirm me in my interpretation of that passage at the end of the third conversation, as referring to ingredient products and not to finished P.C.P.

The judge later went on to pose the following question:

Hence, Crown counsel should not have made the above-cited comment. Having done so has caused a prejudice to the four accused. The question I must now consider and resolve is: Is that prejudice irreparable or can it be remedied by appropriate comments and directives to the Jury in my Charge?

The judge cited Beetz J.:

In the unreported judgment of the Quebec Court of Appeal in *R.* vs. *Boka*, rendered on April 11th, 1974 in Case No. 10-000151-72, Mr. Justice Beetz (as he then was) wrote:

[TRANSLATION] "It must be assumed that jurors have average intelligence and are capable, provided they are given legally admissible evidence and adequate directions on the law, of sufficient abstraction to be judges of fact."

On appeal to the Supreme Court of Canada, that dictum was approved.

(On the last point, it would be more correct to say that an application for leave to appeal was dismissed by this Court: [1975] 1 S.C.R. vii.)

(KG) J'ai déjà environ 80 livres à cet endroit alors, c'est suffisant pour le premier lot.

Cependant, le juge était persuadé que la mention de 80 livres ne se rapportait pas à la production antérieure de P.C.P. mais aux ingrédients chimiques présents dans le laboratoire de fortune lesquels devaient servir à la préparation de 7,49 livres de P.C.P.

Dans son jugement élaboré qui rejette la requête en avortement de procès, le juge analyse l'ensemble des conversations interceptées et de façon plus particulière l'ensemble des nombres mentionnés ici et là. Il effectue de nombreux calculs pour arriver à sa conclusion.

Le juge dit:

[TRADUCTION] Ces calculs et l'analyse susmentionnée confirment mon interprétation selon laquelle le passage à la fin de la troisième conversation mentionne les ingrédients et non la P.C.P. qui aurait été produite.

Plus loin le juge se pose la question suivante:

[TRADUCTION] Par conséquent, le substitut du procureur général n'aurait pas dû faire les observations susmentionnées. Étant donné qu'il les a faites, cela a causé un préjudice aux quatre accusés. La question que je dois maintenant examiner et trancher est la suivante: Ce préjudice est-il irréparable ou peut-on y remédier par des observations et des directives appropriées au jury dans mon exposé?

Le juge cite le juge Beetz:

[TRADUCTION] Dans le jugement inédit de la Cour d'appel du Québec *R. c. Boka*, rendu le 11 avril 1974 portant le nº du greffe 10-000151-72, le juge Beetz (maintenant juge de la Cour suprême) a écrit:

«On doit présumer que les jurés ont une puissance intellectuelle moyenne et qu'ils sont capables, pourvu qu'on leur apporte des preuves légalement admissibles et qu'on leur donne des directives adéquates sur le droit, d'une faculté d'abstraction suffisante pour être les juges du fait.»

Cette observation a été approuvée dans un pourvoi devant la Cour suprême du Canada.

(Sur ce dernier point il serait plus exact de dire qu'une requête en autorisation de pourvoi a été rejetée par cette Cour: [1975] 1 R.C.S. vii.)

Finally, the judge said he was persuaded that he would be able, by his charge to the jury, to remedy the damage caused the accused by the comments of counsel for the respondent and, exercising his discretion, he dismissed the motion.

In his charge to the jury, the judge restated his analysis of the intercepted conversations as a whole and the detailed calculation of the various quantities. He told them he was persuaded that the reference to 80 pounds concerned ingredients to be used in preparing P.C.P., not P.C.P. that may have been produced on some other occasion. The judge then gave the jury the following charge:

Now I suggest to you, but that is my opinion, that Bélanger was wrong in giving you his assessment of that eighty (80) pounds as referring to previous PCP, but you're not bound by what I tell you. You are free to apply to that your own opinion, your own conclusions on the evidence. It should be more than opinion. It should be conclusions.

Now, if, notwithstanding everything I have just told you, which would surprise me very much, but I've been surprised before, you agree with Bélanger's interpretation of that passage, then I tell you as a matter and directive of law that, if you agree with Bélanger that that refers to eighty (80) pounds of PCP, which you don't have in evidence here, that in law you cannot and must not construe that as constituting similar fact evidence in relation to any one of the accused here. You've heard me discuss similar fact evidence . . . if you choose to agree with Mr. Bélanger's interpretation of the eighty (80) pounds, you must not and you shall not in any way apply that conclusion or that opinion to any of the accused here, if you so agree with Mr. Bélanger, which again would surprise me. You must disregard entirely what he said. Put it out of your minds. It bears no relationship to this case. It is not evidence in this case, and it is not evidence in any way of the commission by any of the . . . accused here of any of the . . . counts in the present indictment of which they stand charged.

McCarthy J.A., after citing the same passage, dismissed this argument by appellant. He wrote, on behalf of the Court of Appeal (at p. 81):

In my view, the trial judge thus removed any prejudice that Mtre Bélanger's comments may have caused the

Enfin, le juge se dit convaincu que par ses directives au jury, il sera en mesure de réparer le préjudice causé aux accusés par les remarques du procureur de l'intimée et, usant de sa discrétion, il rejette la requête.

Dans ses directives aux jurés, le juge reprend son analyse de l'ensemble des conversations interceptées et le calcul détaillé des divers nombres. Il leur dit qu'il est convaincu que la mention de 80 livres se rapporte aux ingrédients devant servir à la préparation de P.C.P. et non à de la P.C.P. qui aurait été produite à une autre occasion. Après quoi le juge donne aux jurés les directives suivantes:

[TRADUCTION] Maintenant je vous dis, toutefois il s'agit de mon opinion, que Bélanger vous a, à tort, donné son évaluation selon laquelle ces quatre-vingts (80) livres visent de la P.C.P. précédente, mais vous n'êtes pas liés par ce que je vous dis. Vous êtes libres d'appliquer votre propre opinion, vos propres conclusions à l'égard de la preuve. Cela devrait être plus qu'une opinion. Cela devrait être des conclusions.

Maintenant, si, nonobstant tout ce que je viens de vous dire, ce qui me surprendrait beaucoup, toutefois j'ai déjà été surpris, vous êtes d'accord avec l'interprétation de Bélanger à l'égard de ce passage, alors je vous dis à titre de directive sur le droit que, si vous êtes d'accord avec Bélanger que le passage renvoie à quatre-vingts (80) livres de P.C.P., qui ne sont pas présentées en preuve en l'espèce, en droit, vous ne pouvez et vous ne devez pas interpréter cela comme constituant une preuve de faits similaires relativement à l'un des accusés en l'espèce. Vous m'avez entendu discuter de la preuve de faits similaires . . . si vous choisissez d'être d'accord avec l'interprétation de M. Bélanger à l'égard des quatre-vingts (80) livres, vous ne devez en aucune façon appliquer cette conclusion ou cette opinion à l'un des accusés en l'espèce, si vous êtes d'accord avec M. Bélanger, ce qui encore une fois me surprendrait. Vous devez entièrement rejeter ce qui a été dit. Chassez-le de votre esprit. Il n'y a aucun lien avec l'espèce. Il ne s'agit pas d'un élément de preuve en l'espèce et ce n'est en aucune façon un élément de preuve de la perpétration par l'un des . . . accusés en l'espèce de l'un des . . . chefs d'accusation du présent acte d'accusation dont ils sont accusés.

Après avoir cité ce même passage, le juge McCarthy rejette ce moyen de l'appelant. Il écrit, au nom de la Cour d'appel (à la p. 81):

[TRADUCTION] À mon avis, le juge du procès a ainsi réparé tout préjudice que l'observation de Me Bélanger

accused. The fact that the trial judge charged the jury eight days after Mtre Bélanger made his comments is not, as the appellants argue, significant. The charge was quite clear and there is no reason to assume that the jurors were not sufficiently intelligent to understand and act on it.

I agree.

Appellant's second ground was presented as follows:

[TRANSLATION] Did the Quebec Court of Appeal err in law in finding that the learned judge did not err in law in refusing to delete from the recorded conversations passages referring to applicant's criminal past?

A number of passages from the intercepted conversations were deleted by the judge. Appellant is here referring to three passages which were not deleted, including the one already mentioned.

In dismissing this argument the Court of Appeal relied on the judge's charge to the jury, cited above. I concur in the opinion of the Court of Appeal and adopt the following passage of McCarthy J.A. (at pp. 81-82):

However, here again, I think that the trial judge's instructions quoted above removed any prejudice that may have been caused the accused. Those instructions were occasioned by Mtre Bélanger's comments on one particular extract but any intelligent listener would, I think, have understood from them that *any* evidence of past similar criminal conduct was to be disregarded.

The third ground, which was the principal focus of the pleading in this Court, concerned the admissibility in evidence of the intercepted conversations. Appellant stated it as follows:

[TRANSLATION] Did the Court of Appeal err in law in finding that the authorization to intercept private conversations was legal and in accordance with the provisions of the Criminal Code?

Appellant disputed the legality of the authorization.

The rules on the interception of communications are contained in Part IV.1 of the *Criminal Code*, headed "Invasion of Privacy".

The first rule is stated in s. 178.11(1):

peut avoir causé à l'accusé. Il n'est pas important comme le soutiennent les appelants que le juge du procès ait fait son exposé au jury huit jours après que Me Bélanger a fait ses observations. L'exposé était très clair et il n'y a aucune raison de présumer que les jurés n'étaient pas suffisamment intelligents pour le comprendre et agir en conséquence.

Je suis d'accord.

Le deuxième moyen de l'appelant est ainsi formulé:

La Cour d'appel du Québec a-t-elle erré en droit en statuant que le savant juge de première instance n'avait pas erré en droit en refusant d'expurger des conversations enregistrées, des extraits qui faisaient référence au passé criminel du requérant?

De nombreux extraits des conversations interceptées ont été biffés par le juge. L'appelant fait ici allusion à trois extraits qui ne l'ont pas été, dont celui déjà mentionné.

Pour rejeter ce moyen, la Cour d'appel s'est fondée sur les directives précitées du juge au jury. Je partage l'opinion de la Cour d'appel et je fais mien le passage suivant du juge McCarthy (aux pp. 81 et 82):

[TRADUCTION] Toutefois, encore une fois, je crois que les directives précitées du juge du procès réparent tout préjudice qui aurait pu avoir été causé à l'accusé. Ces directives résultaient de certaines observations de Me Bélanger à l'égard d'un extrait en particulier, mais tout auditeur intelligent en aurait, je crois, déduit qu'il fallait rejeter *tout* élément de preuve relatif à une conduite criminelle similaire.

Le troisième moyen qui a été l'objet principal des plaidoiries devant cette Cour, a trait à la recevabilité en preuve des conversations interceptées. L'appelant l'exprime ainsi:

La Cour d'appel a-t-elle erré en droit en déclarant que l'autorisation d'intercepter les conversations privées était légale et conforme aux dispositions du Code criminel?

L'appelant conteste la légalité de l'autorisation.

Les règles relatives à l'interception de communications se trouvent à la Partie IV.1 du *Code criminel* intitulée «Atteintes à la vie privée».

La première règle est énoncée au par. 178.11(1):

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.

Subsection (2) of s. 178.11 lists the exceptions, including:

(2) Subsection (1) does not apply to

. . .

(*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;

Under s. 178.12(1) an authorization may be obtained by an application 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;

(*e*.1) the number of instances, if any, on which an application has been made under this section in relation to the offence and a person named in the affidavit pursuant to paragraph (*e*) and on which the application was withdrawn or no authorization was given, the date on which each such application was made and the name of the judge to whom each such application was made;

(*f*) the period for which the authorization is requested; and

(*g*) whether other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears they are unlikely to succeed or that the urgency of the matter

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.

Le paragraphe (2) de l'art. 178.11 énumère les exceptions, notamment que:

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

. . .

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;

En vertu du par. 178.12(1) une autorisation peut être obtenue au moyen d'une demande accompagnée d'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;

e.1) le nombre de cas, s'il y a lieu, où une demande a été faite en vertu du présent article au sujet de l'infraction ou de la personne nommée dans la déclaration assermentée conformément à l'alinéa *e*) et où la demande a été retirée ou aucune autorisation n'a été accordée, la date de chacune de ces demandes et le nom du juge auquel chacune a été présentée;

f) la période pour laquelle l'autorisation est demandée; et

g) si d'autres méthodes d'enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant

is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

Section 178.13(2) governs the content and limitation of the authorization:

178.13 (1) . . .

(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.

It is apparent from para. (*c*) above, and the courts have consistently held, that an authorization must contain limitations on the persons whose communications may be intercepted, the place where they may be intercepted and the method of interception.

The relevant portion of the authorization in the case at bar states:

[TRANSLATION] 3. The persons whose communications may be intercepted are:

(a) William MURPHY (building caretaker); and

(b) certain other persons whose identity is at present unknown, but who have acted, are acting or may act in concert or in collusion with a person named in subparagraph (a) or with a person found in one of the places named in paragraph 4, and whose private communications may be intercepted by means of this authorization.

4. The places or localities where the private communications of the persons mentioned in paragraph 3 may be intercepted are:

(a) 620 St-Jacques West, Montréal, Que. (underground garage); and/or

(b) any other place or locality, stationary or mobile, where the persons named in paragraph 3 could be

donné l'urgence de l'affaire, il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

Le paragraphe 178.13(2) règle le contenu et la limite de l'autorisation:

178.13 (1) . . .

(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; et

e) être valide pour la période de soixante jours au plus qui y est indiquée.

Il découle de l'al. *c*) ci-dessus et il est de jurisprudence constante qu'une autorisation doit contenir des limites quant aux personnes dont les communications peuvent être interceptées, quant au lieu où elles peuvent l'être et quant au mode d'interception.

En l'espèce l'autorisation, dans sa partie pertinente, porte que:

3° les personnes dont les communications peuvent être interceptées sont:

(a) William MURPHY (Gardien d'immeuble); et

(b) certaines autres personnes dont l'identité est actuellement inconnue, mais qui ont agi, qui agissent ou qui pourraient agir de concert ou de connivence avec une personne mentionnée au sous-paragraphe (a) ou avec une personne se trouvant à l'un des endroits mentionnés au paragraphe 4, et dont les communications privées pourraient être interceptées à l'occasion de la présente autorisation.

4° Les endroits ou lieux où les communications privées des personnes mentionnées au paragraphe 3 pourront être interceptées sont:

(a) 620 St-Jacques O., Montréal, P.Q. (Garage souterrain); et/ou

(b) tout autre endroit ou lieu, fixe ou mobile, où pourraient se trouver les personnes mentionnées au

found, but the nature and location of which are at present impossible to specify.

Appellant submitted that the authorization was not in keeping with the provisions of the *Code* because it amounted to a "blank" authorization. He challenged it on two grounds.

First, he said that the person named, William Murphy, was a "straw man". His name was used as a pretext for obtaining authorization to intercept the private communications of any person using the commercial building in question.

Second, because of paragraph 4(b), the authorization was too wide and did not have the necessary limitations as to the persons whose communications could be intercepted and the place where this could be done. The authorization allowed [TRANSLATION] "interception of almost any conversation of anyone".

On the first point, counsel for the appellant wrote:

[TRANSLATION] WILLIAM MURPHY was arrested at the same time, but at his place of residence, and at the preliminary inquiry the Crown withdrew the charge against him. WILLIAM MURPHY then testified that he was only the caretaker of the building and had no knowledge of the suspicious acts of the accused.

The mere fact that the charge against Murphy was withdrawn does not establish that the use of his name in the application for authorization was a fiction. It might as well be said that, in view of his function as a caretaker and the extent of the activities suspected, and which in fact occurred in the building, the signatory of the sworn statement could believe in good faith, at the time of the application for an authorization, that he was in league with the others. The record as it stands does not support the conclusion that appellant suggested, based on the withdrawal of the charge.

On the second point, in my opinion — and I say so with respect for the contrary view — paragraph 3(b), read with paragraph 4(b), means that this authorization allowed the conversations of anyone to be intercepted anywhere.

paragraphe 3, mais dont la nature et la situation sont actuellement impossible à préciser.

L'appelant soumet que l'autorisation n'était pas conforme aux prescriptions du *Code* parce qu'elle équivalait à une autorisation «en blanc». Il l'attaque sur deux points.

Premièrement, dit-il, la personne désignée, William Murphy, était un «homme de paille». On s'est servi de son nom comme prétexte pour obtenir l'autorisation d'intercepter les communications privées de toute personne fréquentant l'immeuble commercial indiqué.

Deuxièmement, à cause de l'alinéa 4(b) l'autorisation était trop large et ne contenait pas les limites requises quant aux personnes dont les communications peuvent être interceptées et quant au lieu où elles peuvent l'être. Cette autorisation permettait «d'intercepter à peu près toute conversation de toute personne».

Sur le premier point le procureur de l'appelant écrit:

WILLIAM MURPHY a été arrêté en même temps, mais à son domicile et, à l'enquête préliminaire, la Couronne a retiré la dénonciation portée contre lui WILLIAM MURPHY a alors rendu témoignage à l'effet qu'il n'était que le concierge de cet immeuble et qu'il n'avait aucune connaissance des activités suspectes des accusés.

Le seul fait que la dénonciation portée contre Murphy ait été retirée ne permet pas de conclure que la mention de son nom dans la demande d'autorisation était fictive. On peut tout aussi bien penser que vu sa fonction de concierge et vu l'ampleur des activités soupçonnées et qui se sont de fait déroulées dans l'immeuble, le signataire de la déclaration sous serment a pu, au moment de la demande d'autorisation, croire de bonne foi qu'il était de mèche avec les autres. Le dossier tel que constitué ne justifie pas la conclusion que l'appelant suggère du fait du retrait de la dénonciation.

Sur le deuxième point à mon avis, je le dis avec égard pour l'opinion contraire, l'alinéa 3(b) lu avec l'alinéa 4(b) fait que cette autorisation permettrait d'intercepter les conversations de n'importe quelle personne n'importe où.

The persons whose communications can be intercepted are William Murphy and certain other persons whose identity is unknown at present, provided the latter are in collusion with Murphy or in collusion with someone at one of the places mentioned in paragraph 4. According to paragraph 4(b), this includes anywhere that a person mentioned in paragraph 3 may be found, thus including persons whose identity is unknown.

In my opinion, the authorization consequently contains no limitation as to persons or place.

In *R. v. Ritch* (1982), 69 C.C.C. (2d) 289, an authorization was ruled invalid and the communications intercepted inadmissible in evidence for this reason. The judgment of the Alberta Court of Appeal was affirmed by this Court *sub nom. R. v. Brese*, [1984] 2 S.C.R. 333. The Court stated "We are in substantial agreement with the majority of the Alberta Court of Appeal". In *Ritch*, the relevant portion of the authorization read as follows:

2. The types of communication that may be intercepted are:

(a) any telecommunication made by GARRY GORDON BRESE;

(b) Any telecommunication in respect of telephone number 468-1421 located at Suite #9, 6920–101 Ave., Edmonton, Alta. (walk-up apartment building) or any subsequent number as a result of change of address or telephone number; and

(c) any oral communication made by GARRY GORDON BRESE and/or another person or persons at Ste #9, 6920–101 Ave., Edmonton, Alta. or at such other public or private places within the jurisdiction of this Court as may be resorted to by GARRY GORDON BRESE.

The police had intercepted all calls through the telephone number mentioned in paragraph (b), regardless of the identity of the persons speaking,

Les personnes dont les communications peuvent être interceptées sont William Murphy et certaines autres personnes dont l'identité est actuellement inconnue, pourvu quant à ces dernières qu'elles soient de connivence avec Murphy ou qu'elles soient de connivence avec une personne se trouvant à l'un des endroits mentionnés au paragraphe 4. Or, selon l'alinéa (b) du paragraphe 4, cela comprend tout endroit où se trouve une personne mentionnée au paragraphe 3, incluant de la sorte des personnes dont l'identité est inconnue.

À mon avis sous ce rapport l'autorisation ne comprend pas de limite quant aux personnes non plus que quant au lieu.

Dans *R. v. Ritch* (1982), 69 C.C.C. (2d) 289, une autorisation a été jugée invalide et les communications interceptées irrecevables en preuve pour ce motif. L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta a été confirmé par cette Cour *sub nom. R. c. Brese*, [1984] 2 R.C.S. 333. On peut lire: «Nous sommes en substance d'accord avec la majorité en Cour d'appel de l'Alberta.» Dans l'arrêt *Ritch*, l'autorisation, pour la partie pertinente, était rédigée en ces termes:

[TRADUCTION]

2. Les types de communications qui peuvent être interceptées sont les suivantes:

a) toute télécommunication faite par GARRY GORDON BRESE;

b) toute télécommunication relative au n° de téléphone 468-1421 situé à la pièce n° 9, 6920–101e avenue, Edmonton (Alberta) (immeuble d'appartements sans ascenseur) ou tout numéro subséquent par suite d'un changement d'adresse ou de numéro de téléphone; et

c) toute communication orale faite par GARRY GORDON BRESE et une autre personne ou d'autres personnes à la pièce n° 9, 6920–101e avenue, Edmonton (Alberta) ou à tous autres endroits publics ou privés à l'intérieur du ressort de cette cour que GARRY GORDON BRESE peut fréquenter.

La police avait intercepté tous les appels passant par le numéro de téléphone indiqué à l'alinéa b) sans égard à l'identité des interlocuteurs et la

and the prosecution had entered some 120 telephone conversations in evidence. The question was whether paragraphs (a) and (b) could be read together, so that the authorization in (a) was limited by (b) as to place and that in (b) was limited by (a) as to persons. The Alberta Court of Appeal held that, in view of the semi-colon placed at the end of paragraph (a), they could not be read with each other. The effect of this punctuation mark was to make paragraphs (a) and (b) two separate authorizations which did not contain the limitations, as to place in (a) and as to persons in (b), required by s. 178.13(2)(*c*). All the conversations intercepted were accordingly found to be inadmissible.

At pages 294-95, the Court said:

If para. 2(a) and (b) are to be read together the semicolon following the name "Brese" in para. 2(a) must be deleted, the letter "(b)", denoting the subparagraph, must be deleted and, finally, the words "any telecommunication" where they appear in para. 2(b) become redundant and must be deleted.

In our view para. 2(c) is significant in that it demonstrates that when the framers of the order wanted to combine name and location they did so in one paragraph. True it is that para. 2(c) is concerned with oral communications, but that, in our opinion, is irrelevant. Paragraph 2(c) adds further strength to the argument that para. 2(a) and (b) cannot be read together.

We conclude that the investigating officers wanted a "basket clause", they obtained what they thought was a "basket clause", and they acted upon the authorization as if it was a "basket clause". They installed a "dead" monitor and they intercepted all calls to and from the telephone number specified in para. 2(b) without regard to the identity of the persons involved. Certainly they treated that paragraph as separate and apart from para. 2(a). Crown counsel now concede that para. 2(b) cannot stand alone.

It is clear that para. 2(a) is unlawful. It has no limitation as to place and purports to authorize a tap anywhere in Canada. As stated by counsel for Ritch and Andrews it is "like a search warrant without any limitation as to place".

I note that the foregoing passage appears to suggest that paragraph 2(c) was valid, as in concluding that paragraphs (a) and (b) were invalid

poursuite avait soumis en preuve quelque 120 conversations téléphoniques. La question était de savoir si on pouvait lire les alinéas a) et b) ensemble de sorte que l'autorisation en a) se trouve limitée par b) quant au lieu et que celle en b) se trouve limitée par a) quant aux personnes. La Cour d'appel de l'Alberta a décidé qu'on ne pouvait pas les lire l'une avec l'autre vu le point-virgule (;) placé à la fin de l'alinéa a). Cette ponctuation avait pour effet de faire des alinéas a) et b) deux autorisations distinctes dont aucune ne comportait les limites, quant au lieu en a), et quant aux personnes en b), requises par le sous-al. 178.13 (2)*c*). En conséquence toutes les conversations interceptées ont été déclarées irrecevables.

Aux pages 294 et 295 on peut lire:

[TRADUCTION] Si les al. 2a) et b) doivent être lus ensemble, le point-virgule (;) qui suit le nom «Brese» dans l'al. 2a) doit être supprimé, la lettre «b)» qui identifie le sous-alinéa doit être supprimée et enfin, les termes «toute télécommunication» qui figurent à l'al. 2b) deviennent redondants et doivent être supprimés.

À notre avis, l'al. 2c) est important car il démontre que lorsque les rédacteurs de l'ordonnance ont voulu combiner le nom et le lieu ils l'ont fait dans un seul alinéa. Il est vrai que l'al. 2c) vise les communications orales, mais cela, à notre avis, n'est pas pertinent. L'alinéa 2c) renforce l'argument selon lequel les al. 2a) et b) ne peuvent être lus ensemble.

Nous concluons que les enquêteurs voulaient une «clause omnibus», qu'ils ont obtenu ce qu'il croyait être une «clause omnibus» et qu'ils ont agi selon l'autorisation comme s'il s'agissait d'une «clause omnibus». Ils ont installé un appareil d'écoute et ont intercepté tous les appels faits vers le numéro de téléphone précisé à l'al. 2b) ou à partir de celui-ci sans tenir compte de l'identité des personnes visées. Ils ont certainement considéré que cet alinéa était distinct de l'al. 2a). Le substitut du procureur général reconnaît maintenant que l'al. 2b) ne peut être interprété de façon isolée.

Il est évident que l'al. 2a) est illégal. Il ne comporte aucune limite quant au lieu et est censé autoriser l'écoute électronique partout au Canada. Comme l'a déclaré l'avocat de Ritch et Andrews c'est «comme un mandat de perquisition sans restriction quant à l'endroit».

Je ferai observer que le passage ci-dessus semble laisser entendre que l'alinéa 2c) eût été valide car pour conclure à l'invalidité des alinéas a) et b) la

the Court emphasized the difference in wording between them and paragraph (c); but the case was not concerned with paragraph 2(c).

I therefore consider that if that were all appellant should succeed.

However, respondent submitted alternatively that the authorization in the case at bar is severable and that if paragraph 4(b) is excluded, it is perfectly valid. Accordingly, the interceptions made under paragraphs 3(b) and 4(a) are admissible. All the conversations at issue were intercepted at 620 St-Jacques West, as coming from the makeshift laboratory used by the accomplices.

In *Ritch* paragraphs (a) and (b) were considered separately, and were found to be invalid separately. On the other hand, it would appear that paragraph (c) would probably have been found to be valid. However, the question as presented in the case at bar, namely whether an authorization may be severed into valid and invalid parts, was not directly raised in *Ritch*.

Nevertheless, in *Ritch* the Alberta Court of Appeal relied essentially on a judgment of McQuaid J. of the Supreme Court of Prince Edward Island, *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330. In that case, McQuaid J. upheld certain parts of the impugned authorizations and invalidated others. He ruled that certain intercepted communications were admissible in respect of certain of the accused and inadmissible in respect of another.

At page 332, McQuaid J. wrote:

The above-named accused, together with seven others, stands charged with conspiracy to traffic in narcotics contrary to s. 423(1)(*d*) of the *Criminal Code*. The trial of the matter commenced with a *voir dire* respecting the admissibility of a large number of tapes of intercepted telephone communications as between the several accused, together with the typed transcript of selected portions of those tapes, all allegedly secured pursuant to s. 178.1 (am. 1976-77, c. 53, s. 7) of the *Code*. Before the trial can proceed further, if indeed it can, it is necessary to rule on a number of points respecting

Cour souligne la différence de rédaction entre ces derniers et l'alinéa c). Mais l'affaire ne portait pas sur l'alinéa 2c).

Je suis donc d'avis que s'il n'en tenait qu'à cela l'appelant devrait réussir.

Cependant, l'intimée soumet de façon subsidiaire que l'autorisation en l'espèce est divisible et que si on excepte l'alinéa 4(b), elle est parfaitement valide. En conséquence les interceptions effectuées en vertu des alinéas 3(b) et 4(a) sont recevables en preuve. Toutes les conversations en cause ont été interceptées au 620 St-Jacques O., à partir du laboratoire de fortune utilisé par les complices.

Déjà dans *Ritch* on a considéré les alinéas a) et b) séparément et on les a déclarés invalides séparément. Il semble par contre que l'alinéa c) eût probablement été considéré comme valide. Mais la question telle que posée en l'espèce, à savoir si une autorisation est divisible en parties valides et invalides, ne se posait pas directement dans *Ritch*.

Néanmoins, dans l'affaire *Ritch* la Cour d'appel de l'Alberta s'est appuyée essentiellement sur un jugement du juge McQuaid de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, soit *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330. Or dans cette affaire le juge McQuaid a jugé valides certaines parties des autorisations contestées tout en invalidant d'autres parties. Il a jugé certaines communications interceptées recevables relativement à certains accusés et irrecevables relativement à un autre.

Le juge McQuaid écrit à la p. 332:

[TRADUCTION] L'accusé nommé ci-dessus, ainsi que sept autres, est accusé de complot en vue de faire le trafic de stupéfiants contrairement à l'al. 423(1)*d*) du *Code criminel*. Le procès a commencé avec un voir dire concernant l'admissibilité d'un grand nombre d'enregistrements de communications téléphoniques entre les divers accusés qui ont été interceptées, ainsi que la transcription dactylographiée de parties choisies de ces enregistrements, tous présumément obtenus en vertu de l'art. 178.1 (mod. 1976-77, chap. 53, art. 7) du *Code*. Avant que le procès ne se poursuive, si en fait cela est possible, il est nécessaire de trancher un certain nombre de questions concernant l'admissibilité en preuve soule-

admissibility raised in argument both by the Crown and the several counsel representing the accused.

In that case the applicable portion of the authorization read as follows:

Wayne Ernest Blacquiere of Summerside, in Prince County in the Province of Prince Edward Island, labourer, and in respect of other persons whose identities are not known a general description of the place at which private communications to and from such persons may be intercepted is: 21 Heckbert Street, Apartment #3, Summerside, Prince Edward Island and any other premises in the Province of Prince Edward Island resorted to or used by the said Wayne Ernest Blacquiere or any such person who is found to be in communication with the said Wayne Ernest Blacquiere.

For greater clarity, McQuaid J. divided this paragraph into three, at p. 337:

The first authorization was issued on December 4, 1978, effective from that date to January 31, 1979, and contained the wording above quoted, which may be broken down into three components:

(a) Wayne Ernest Blacquiere of Summerside, in Prince County in the Province of Prince Edward Island, labourer;

(b) and in respect of other persons whose identities are not now known, a general description of the place at which private communications may be intercepted is: 21 Heckbert St., Apartment No. 3, Summerside, Prince Edward Island;

(c) (and in respect to other persons whose identities are not now known), any other premises in the Province of Prince Edward Island resorted to or used by the said Wayne Ernest Blacquiere or any such person who is found to be in contact with the said Wayne Ernest Blacquiere.

Regarding the limitations on place and persons which an authorization must contain as the legislation stands at present, McQuaid J. said the following at p. 335:

In the present amended legislation, what is to be included is:

(a) if the person whose private communication is to be intercepted is known, the name of that person together with the general identification of the place at which such interception is to take place;

(b) if the person whose private communication is to be intercepted is not known the order must contain the general identification of the place at which such interception is to take place.

vées dans les arguments du ministère public et des divers avocats représentant les accusés.

Dans cette affaire la partie pertinente de l'autorisation était ainsi rédigée:

[TRADUCTION] Wayne Ernest Blacquiere de Summerside, dans le comté Prince dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard, ouvrier et à l'égard d'autres personnes dont l'identité n'est pas connue, une description générale de l'endroit où les communications privées faites et reçues par ces personnes peuvent être interceptées est la suivante: 21 rue Heckbert, app. 3, Summerside (Île-du-Prince-Édouard) et tous autres lieux dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard fréquentés ou utilisés par ledit Wayne Ernest Blacquiere ou par toute personne qui communique avec ledit Wayne Ernest Blacquiere.

Pour plus de clarté le juge McQuaid décompose ce paragraphe en trois parties, à la p. 337:

[TRADUCTION] La première autorisation a été délivrée le 4 décembre 1978, en vigueur à compter de cette date jusqu'au 31 janvier 1979 et contenait le libellé précité qui peut être divisé en trois parties:

a) Wayne Ernest Blacquiere de Summerside, dans le comté Prince dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard, ouvrier;

b) et à l'égard d'autres personnes dont l'identité n'est pas connue, une description générale de l'endroit où les communications privées peuvent être interceptées est la suivante: 21 rue Heckbert, app. 3, Summerside (Île-du-Prince-Édouard);

c) (et à l'égard d'autres personnes dont l'identité n'est pas connue), tous autres lieux dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard, fréquentés ou utilisés par ledit Wayne Ernest Blacquiere ou par toute personne qui communique avec ledit Wayne Ernest Blacquiere.

Quant aux limites relatives au lieu et aux personnes que doit contenir une autorisation en vertu de la législation dans sa forme actuelle, le juge McQuaid s'exprime ainsi, à la p. 335:

[TRADUCTION] Suivant la législation actuelle avec ses modifications, voici ce que le document doit contenir:

a) si la personne dont la communication privée doit être interceptée est connue, le nom de cette personne ainsi que l'identification générale de l'endroit où cette interception doit avoir lieu;

b) si la personne dont la communication privée doit être interceptée n'est pas connue, l'ordonnance doit contenir l'identification générale de l'endroit où cette interception doit avoir lieu.

McQuaid J. found part (a) of the authorization invalid, because it contained no limitation as to place, and part (c) invalid as well because it contained no limitation as to persons or place. However, he found part (b) valid. At page 338, he wrote:

> In my view, since the authorization was defective, and thus ineffective, with respect to Wayne Blacquiere, since it did not conform to the statutory requirement, and since it would be illogical to sweep him into the basket clause if he was precluded from being caught directly, the interception could not be said to be a lawful one in so far as he was concerned. On the other hand, the same interception was a lawful one in so far as the unknown was concerned under the provisions of the basket clause. The answer, I think, is to take the position, which I do, that any communication either to or from either 21 Heckbert St., or 384 North Market St., codes "Blackie" or "Keli", are not admissible as against Blacquiere, but are admissible as against whomever is the other party to any such communication. The same reasoning will apply to John McLean respecting communications to or from 215 Linden St., and to Brian Perry respecting communications to or from 1 Hillside Ave.
>
> As to segment (c) of the authorization, I would hold this to be a nullity, in as much as it contains two unknowns, the identity of the person, and the location of the telephone service. While this might have been permissible under the pre-1977 legislation, it does not appear to be what is contemplated under the present legislation.
>
> Since the legislation is primarily directed at the protection of privacy, it is encumbent upon the Crown to bring itself clearly within the exceptions. I am of the opinion that it has not done so in respect to segment (a) or (c) of the authorization, but has done so in respect to segment (b), and to this extent I would hold the authorization to be valid, and that all interceptions made which fall under that category to have been lawfully made, subject to what has been stated immediately above respecting those communications.

In *Ritch*, affirmed by this Court, the Alberta Court of Appeal cited several passages from the McQuaid judgment, including the following at p. 294. It is the beginning of the preceding passage, and I reproduce it again:

Le juge McQuaid a jugé la partie a) de l'autorisation invalide parce qu'elle ne contenait pas de limite quant au lieu, et la partie c) également invalide parce qu'elle ne contenait pas de limite ni quant aux personnes, ni quant au lieu. Cependant il a jugé la partie b) valide. Il écrit à la p. 338:

> [TRADUCTION] À mon avis, comme l'autorisation était entachée d'un vice et par conséquent sans effet en ce qui a trait à Wayne Blacquiere, comme elle n'était pas conforme aux exigences de la loi et comme il serait illogique de l'incorporer dans la clause omnibus s'il ne pouvait être pris directement, on ne pourrait dire que l'interception était légale à son égard. Par ailleurs, la même interception est légale dans la mesure où des personnes inconnues sont visées en vertu des dispositions de la clause omnibus. Je crois que la réponse est d'adopter la position, ce que je fais, selon laquelle toute communication soit vers le 21, rue Heckbert ou le 384, rue North Market ou à partir de ces endroits, aux noms de code «Blackie» ou «Keli» ne sont pas admissibles contre Blacquiere mais sont admissibles en preuve contre toute autre partie à cette communication. Le même raisonnement s'appliquera à John McLean en ce qui concerne les communications faites à partir du 215, rue Linden ou vers cet endroit et à Brian Perry en ce qui concerne les communications faites vers le 1, avenue Hillside ou à partir de cet endroit.
>
> En ce qui a trait à la partie c) de l'autorisation, je suis d'avis de conclure qu'elle est nulle, dans la mesure où elle contient deux facteurs inconnus, l'identité de la personne et la situation du service téléphonique. Bien qu'une telle autorisation ait pu être permise en vertu de la loi antérieure à 1977, elle ne paraît pas être visée en vertu de la loi actuelle.
>
> Étant donné que la loi vise principalement la protection de la vie privée, la poursuite est tenue de s'inscrire clairement à l'intérieur des exceptions. Je suis d'avis qu'elle ne l'a pas fait en ce qui a trait aux parties a) ou c) de l'autorisation, mais qu'elle l'a fait en ce qui a trait à la partie b) et, dans cette mesure, je suis d'avis de conclure que l'autorisation est valide et que toutes les interceptions qui ont été faites et qui sont comprises dans cette catégorie ont été faites légalement, sous réserve de ce que je viens tout juste de dire en ce qui concerne ces communications.

Dans l'affaire *Ritch*, confirmée par cette Cour, la Cour d'appel de l'Alberta cite plusieurs passages du jugement McQuaid, notamment celui-ci, à la p. 294. C'est le début de l'extrait ci-dessus et je le reproduis de nouveau:

In my view, since the authorization was defective, and thus ineffective, with respect to Wayne Blacquiere, since it did not conform to the statutory requirement, and since it would be illogical to sweep him into the basket clause if he was precluded from being caught directly, the interception could not be said to be a lawful one in so far as he was concerned. On the other hand, the same interception was a lawful one in so far as the unknown was concerned under the provisions of the basket clause.

Immediately following this, still at p. 294 of *Ritch*, there is the following passage by the Alberta Court of Appeal:

Even though in *R. v. Blacquiere* the authorization in issue did not divide the telecommunications to be intercepted into subsections in the manner of the authorizations before us the court there held that because the mandatory requirement of s. 178.13 (2)(*c*) was not met the authorization was unlawful as it affected the accused Blacquiere. The court refused to read the operative part of the authorization as one.

With respect we agree with the reasoning of McQuaid J. . . .

In *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137, rendered on February 5, 1985, the Ontario Court of Appeal unanimously held that an authorization was severable and that interceptions made on the basis of the valid portions of the authorizations were admissible.

Among other clauses the authorization in that case contained the following:

(3)(b) Authorization is also hereby given to intercept the private communications of persons whose identities are presently unknown, in accordance with the terms of this Authorization, provided that there are reasonable and probable grounds to believe that the interception of such private communications may assist the investigation of any of the offences stated in paragraph 1 above, whether or not any such person described in paragraph 3(a) above is party to such private communications.

About this clause Martin J.A. wrote for the Court at p. 148:

Paragraph 3(b) of the authorization granted by Judge McCart does not restrict the interception of private communications of unknown persons to persons at par-

[TRADUCTION] À mon avis, comme l'autorisation était entachée d'un vice, et par conséquent sans effet en ce qui a trait à Wayne Blacquiere, comme elle n'était pas conforme aux exigences de la loi et comme il serait illogique de l'incorporer dans la clause omnibus s'il ne pouvait être pris directement, on ne pourrait pas dire que l'interception était légale à son égard. Par ailleurs, la même interception est légale dans la mesure où des personnes inconnues sont visées en vertu des dispositions de la clause omnibus.

Suit immédiatement, à la p. 294 toujours de l'arrêt *Ritch*, le passage suivant de la Cour d'appel de l'Alberta:

[TRADUCTION] Même si dans *R. v. Blacquiere*, l'autorisation en question ne divisait pas en paragraphes les télécommunications qui devaient être interceptées de la même manière que les autorisations qui nous sont présentées, la cour dans cette affaire a statué que, parce qu'on n'avait pas satisfait à la disposition impérative de l'al. 178.13(2)*c*), l'autorisation était illégale dans la mesure où elle visait l'accusé Blacquiere. La Cour a refusé d'interpréter comme un tout la partie valide de l'autorisation.

Avec égards, nous souscrivons au raisonnement du juge McQuaid . . .

Dans *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137, rendu le 5 février 1985, la Cour d'appel de l'Ontario a, à l'unanimité, décidé qu'une autorisation était divisible et que les interceptions faites grâce aux parties valides de l'autorisation étaient recevables.

L'autorisation dans cette affaire comprenait entre autres clauses, la suivante:

[TRADUCTION] (3)b) Autorisation est également donnée par les présentes d'intercepter les communications privées de personnes dont l'identité n'est pas connue à l'heure actuelle, conformément aux termes de la présente autorisation, pourvu qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception de ces communications privées puisse aider à l'enquête menée au sujet des infractions mentionnées à l'al. 1 ci-dessus, que les personnes visées à l'al. 3a) ci-dessus soient ou non parties à ces communications privées.

Au sujet de cette clause le juge Martin écrit, au nom de la Cour, à la p. 148:

[TRADUCTION] L'alinéa 3b) de l'autorisation accordée par le juge McCart ne limite pas l'interception des communications privées de personnes inconnues à des

ticular premises as in *R. v. Samson et al.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 194 . . . .Nor does the authorization restrict the interception of private communications of unknown persons to persons who are associating with, dealing with or in contact with the named persons in respect of which the authorization is granted. In my view, the "basket clause" is invalid.

Martin J.A. further wrote, at p. 149:

The invalidity of the "basket clause" is, however, of no assistance to the respondents in the present case, since it is clear that it was never used. All private communications intercepted under Judge McCart's authorization took place at 124 Cantley Cres. in London, the residence of Brian Daley. Brian Daley was a party to each of the communications, save in an interception on June 28, 1982 between Daley and the respondent Paterson when Daley broke off the conversation temporarily and apparently requested his wife, Helen Daley, to talk to Paterson, while he went to the bathroom. On Brian Daley's return he resumed his conversation with Paterson. The brief conversation between Helen Daley and Paterson, even if inadmissible, was of little consequence in light of the other evidence.

He went on:

Further, I am of the opinion that the "basket clause" is severable and does not affect the validity of the balance of the authorization.

Martin J.A. concluded on this point, at pp. 149-50:

In the present case, there is a clear line of demarcation between the good and the bad parts of the authorization; they are not interwoven. The offending paragraph is not vital to the part of the authorization relating to the interception of the private communications of named persons and its excision in the circumstances of this case does not subvert the policy of the legislation. In the present case, since all the interceptions were made pursuant to the valid part of the authorization, the necessity for separating evidence flowing from the valid and invalid parts does not arise. The "basket clause" was never resorted to, it generated no evidence, nor any derivative evidence.

The Alberta Court of Appeal relied on this case in *R. v. Munroe* (1985), 38 Alta. L.R. (2d) 189. Kerans J.A., speaking for the Court, separated the objectionable part from the valid part of an

personnes dans des endroits particuliers comme dans *R. v. Samson et al.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 194 . . . L'autorisation ne limite pas non plus l'interception des communications privées de personnes inconnues à celles qui sont associées, traitent ou sont en contact avec les personnes désignées à l'égard desquelles l'autorisation est accordée. À mon avis, la «clause omnibus» n'est pas valide.

Le juge Martin écrit plus loin, à la p. 149:

[TRADUCTION] Toutefois, le caractère invalide de la «clause omnibus» n'aide pas les intimés en l'espèce, car il est évident qu'elle n'a jamais été utilisée. Toutes les communications privées qui ont été interceptées en vertu de l'autorisation du juge McCart ont eu lieu au 124, rue Cantley à London, la résidence de Brian Daley. Brian Daley était une partie à chacune des communications, sauf dans une interception du 28 juin 1982 entre Daley et l'intimé Paterson, lorsque Daley a interrompu la conversation de façon temporaire et a apparemment demandé à son épouse, Helen Daley de parler à Paterson pendant qu'il est allé à la salle de toilettes. À son retour, Brian Daley a repris sa conversation avec Paterson. La brève conversation entre Helen Daley et Paterson même si elle n'est pas admissible, avait peu d'importance compte tenu des autres éléments de preuve.

Puis il poursuit:

[TRADUCTION] En outre, je suis d'avis que la «clause omnibus» est divisible et n'a pas d'effet sur la validité du reste de l'autorisation.

Et le juge Martin conclut sur ce point, aux pp. 149 et 150:

[TRADUCTION] En l'espèce, il existe une ligne de démarcation claire entre les parties valides et non valides de l'autorisation; elles ne sont pas imbriquées. L'alinéa non conforme à la loi n'est pas d'une importance vitale à l'égard de la partie de l'autorisation qui concerne l'interception des communications privées des personnes désignées et son retranchement dans les circonstances de l'espèce ne bouleverse pas l'esprit de la loi. En l'espèce, étant donné que toutes les interceptions ont été faites en vertu de la partie valide de l'autorisation, il n'est pas nécessaire de séparer les éléments de preuve qui découlent des parties valides et des parties invalides. On n'a jamais eu recours à la «clause omnibus», et aucun élément de preuve direct ou indirect n'en a découlé.

La Cour d'appel de l'Alberta s'est appuyée sur cet arrêt dans *R. v. Munroe* (1985), 38 Alta. L.R. (2d) 189. Le juge Kerans qui rend le jugement de la Cour, a séparé la partie dérogatoire de la partie

authorization the remainder of which was in accordance with the law.

I adopt the passages cited above from Martin J.A.

When there is a clear dividing line between the good and bad parts of an authorization, and they are not so interwoven that they cannot be separated but are actually separate authorizations given in the same order, the Court in my opinion can divide the order and preserve the valid portion, which then forms the authorization. In such a case interceptions made under the valid authorization are admissible.

If paragraph 4(b) is excluded in the case at bar, the authorization is perfectly valid. As in *Paterson* and *Munroe*, the offending paragraph was not used in any way. All the interceptions were made at 620 St-Jacques West. I consider that paragraph 4(b) can be excluded and that the conversations intercepted by authority of an otherwise valid authorization are admissible.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Christiane Filteau, Montréal.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

valide d'une autorisation qui, pour le reste, était conforme à la loi.

Je fais miens les passages précités du juge Martin.

Quand il y a une ligne de démarcation claire entre les bonne et mauvaise parties d'une autorisation, qu'elles ne sont pas entrelacées au point de ne pouvoir être séparées mais constituent en somme des autorisations distinctes réunies dans une même ordonnance, le tribunal peut à mon avis diviser l'ordonnance et sauvegarder la partie valide qui, dès lors, forme l'autorisation. En pareil cas les interceptions faites en vertu de l'autorisation valide sont recevables.

En l'espèce, sans la présence de l'alinéa 4(b), l'autorisation est parfaitement valide. Comme dans *Paterson* et dans *Munroe* l'alinéa dérogatoire n'a d'aucune façon été utilisé. Toutes les interceptions ont été faites au 620 St-Jacques O. Je suis d'avis que l'alinéa 4(b) peut être excepté et que les conversations interceptées grâce à l'autorisation par ailleurs valide sont recevables.

Pour ces motifs je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Christiane Filteau, Montréal.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1985 Vol. 2

4e cahier, 1985 Vol. 2

Cited as [1985] 2 S.C.R. 455-612

Renvoi [1985] 2 R.C.S. 455-612

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD
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

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD
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

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

CONTENTS

Bhinder *et al.* *v.* Canadian National Railway Co. *et al.* **561**

Civil rights — Employment — General work rule — Rule conflicting with religious tenet of employee — Employee dismissed for non-compliance with rule — Whether or not work rule creating discriminatory practice with respect to employee contrary to Canadian Human Rights Act — Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 2, 3, 7, 10, 14(a).

Bouvier *v.* The Queen **485**

Criminal law — Charge to jury — Burden of proof — Identification — Trial judge misdirecting jury with respect to the requirement of proof beyond a reasonable doubt — Standard of proof beyond a reasonable doubt not applying to the individual items of evidence but to the totality of the evidence.

Duane *v.* The Queen **612**

Criminal law — Possession of counterfeit money — Elements of offense — Whether intention to use the counterfeit money as currency an element of the offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 408.

Fraser *v.* Public Service Staff Relations Board **455**

Labour relations — Public Service — Just cause for disciplinary action — Strong, sustained public criticism of government policies by public servant — Whether or not that criticism impaired effectiveness as public servant.

Judicial review — Labour adjudication — Just cause for disciplinary action — Public servant publicly critical of government

Continued on next page

SOMMAIRE

Bhinder *et autre* *c.* Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *et autres* **561**

Libertés publiques — Emploi — Condition générale d'emploi — Condition en conflit avec les préceptes religieux de l'employé — Congédiement de l'employé pour non-respect de la condition — La condition de travail constituait-elle un acte discriminatoire dans le cas de cet employé, contrairement à la Loi canadienne sur les droits de la personne? — Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 2, 3, 7, 10, 14a).

Bouvier *c.* La Reine **485**

Droit criminel — Exposé au jury — Charge de la preuve — Identification — Juge du procès donnant des directives erronées au jury relativement à l'exigence de preuve au-delà de tout doute raisonnable — Norme de la preuve au-delà de tout doute raisonnable ne s'appliquant pas à chaque élément de preuve mais à son ensemble.

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley *c.* Simpsons-Sears Ltd. *et autres* **536**

Libertés publiques — Effet discriminatoire en raison de la croyance — Obligation légitime pour les employés de travailler le vendredi soir et le samedi — Interdiction pour l'appelante, en raison de ses croyances, de travailler le samedi — Y a-t-il effet discriminatoire en raison de la croyance contrairement au Code ontarien des droits de la personne? — Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, chap. 340, art. 4(1)g).

Suite à la page suivante

policies — Whether or not adjudicator erred in law in confirming suspension and discharge — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

John *v.* The Queen **476**

Appeal — Criminal law — Appeal dismissed for want of substantial wrong or miscarriage of justice — Splitting of Crown's case — Evidence adduced on reply — Whether or not accused suffered substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Splitting of Crown's case — Collateral facts — Whether trial judge's error of allowing Crown to adduce reply evidence occasioned appellant no substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Criminal law — *Kienapple* principle — Lesser counts dismissed on rape conviction — Whether or not *Kienapple* principle properly applied.

Ontario Human Rights Commission and O'Malley *v.* Simpsons-Sears Ltd. *et al.* **536**

Civil rights — Discrimination through effect on basis of creed — Employees legitimately required to work Friday evenings and Saturdays — Appellant forbidden by creed to work Saturdays — Whether or not discrimination through effect on basis of creed contrary to Ontario Human Rights Code — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(1)(g).

Re B.C. Motor Vehicle Act **486**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Whether or not absolute liability offence with mandatory imprisonment in breach of that right — Meaning of term "principles of fundamental justice" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Bill of Rights, s. 2(e) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 94(1), (2).

Criminal law — Absolute liability offence with mandatory imprisonment — Charter right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Whether or not offence in breach of that Charter right.

Schuldt *v.* The Queen **592**

Courts — Appellate court jurisdiction — Jurisdiction restricted to errors of law — Acquittal set aside by appeal court and new trial ordered — Whether error of law so as to confer jurisdiction on appellate court or error of fact.

Criminal law — Attempted break and enter with intent to commit indictable offence — Acquittal set aside and new trial ordered on appeal — Appellate jurisdiction where error of law — Whether or not appellate court had jurisdiction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24(1), (2), 306(1)(a), (2)(a), 605(1)(a).

Continued on next page

Duane *c.* La Reine **612**

Droit criminel — Possession de monnaie contrefaite — Éléments de l'infraction — L'intention d'utiliser la monnaie contrefaite comme argent constitue-t-elle un élément de l'infraction? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 408.

Fraser *c.* Commission des relations de travail dans la Fonction publique **455**

Relations de travail — Fonction publique — Juste motif de mesures disciplinaires — Critique violente et soutenue de politiques gouvernementales par un fonctionnaire — Cette critique a-t-elle diminué son efficacité en tant que fonctionnaire?

Contrôle judiciaire — Décision en matière de relations de travail — Juste motif de mesures disciplinaires — Critique ouverte d'un fonctionnaire à l'égard de politiques du gouvernement — L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit en confirmant la suspension et le congédiement? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

John *c.* La Reine **476**

Appel — Droit criminel — Appel rejeté pour absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Division de la preuve de la poursuite — Présentation d'une contre-preuve — L'accusé a-t-il subi un tort important ou a-t-il été victime d'une erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Division de la preuve de la poursuite — Faits incidents — La permission donnée par le juge à la poursuite de présenter une contre-preuve a-t-elle causé à l'appelant un tort important ou l'a-t-elle rendu victime d'une erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

Droit criminel — Principe de l'arrêt *Kienapple* — Acquittement sur les chefs réduits d'accusation, suite à une déclaration de culpabilité de viol — Le principe de l'arrêt *Kienapple* a-t-il été bien appliqué?

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. **486**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et droit de ne pas en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale — Une infraction de responsabilité absolue assortie d'un emprisonnement obligatoire viole-t-elle ce droit? — Sens de l'expression «principes de justice fondamentale» — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Déclaration canadienne des droits, art. 2e) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 94(1), (2).

Droit criminel — Infraction de responsabilité absolue avec emprisonnement obligatoire — Droit à la liberté garanti par la Charte et droit de ne pas en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale — L'infraction viole-t-elle ce droit garanti par la Charte?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Terlecki *v.* The Queen **483**

Criminal law — Procedure — *Kienapple* principle — Driving offences — Accused found guilty on charges of "impaired driving" (s. 234) and "driving over .08" (s. 236) — Conviction registered in Provincial Court for "driving over .08" but not for "impaired driving" — Acquittal entered on appeal to Court of Queen's Bench — Court of Appeal allowing appeal to extent of remitting matters to Court of Queen's Bench for determination on whether or not conviction for "impaired driving" be entered — Not entering conviction equivalent to entering stay on charge — Appeal dismissed and matter remitted to Provincial Court for determination — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.

SOMMAIRE (Fin)

Schuldt *c.* La Reine **592**

Tribunaux — Compétence d'une cour d'appel — Compétence limitée aux erreurs de droit — Acquittement annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — S'agit-il d'une erreur de droit conférant compétence à la Cour d'appel ou d'une erreur de fait?

Droit criminel — Tentative d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel — Acquittement annulé et nouveau procès ordonné en appel — Compétence d'une cour d'appel lorsqu'il y a erreur de droit — La Cour d'appel avait-elle compétence? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24(1), (2), 306(1)a), (2)a), 605(1)a).

Terlecki *c.* La Reine **483**

Droit criminel — Procédure — Principe de l'arrêt *Kienapple* — Infractions relatives à la conduite — Accusé reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies (art. 234) et de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg (art. 236) — Déclaration inscrite en Cour provinciale pour conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg mais non pour conduite avec facultés affaiblies — Acquittement inscrit en appel à la Cour du Banc de la Reine — Cour d'appel accueillant l'appel seulement pour renvoyer à la Cour du Banc de la Reine la question de savoir si la déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies doit être inscrite — Non-inscription de cette déclaration de culpabilité équivalant à un sursis — Pourvoi rejeté et question renvoyée à la Cour provinciale pour qu'elle en décide — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.

Neil Fraser *Appellant*;

and

Public Service Staff Relations Board *Respondent.*

File No.: 17451.

1985: February 14; 1985: December 10.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour relations — Public Service — Just cause for disciplinary action — Strong, sustained public criticism of government policies by public servant — Whether or not that criticism impaired effectiveness as public servant.

Judicial review — Labour adjudication — Just cause for disciplinary action — Public servant publicly critical of government policies — Whether or not adjudicator erred in law in confirming suspension and discharge — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

Appellant, a unit supervisor employed by Revenue Canada at Kingston, publicly criticized the federal government's policies concerning metrification and the constitutional entrenchment of a charter of rights. The criticisms were at first innocuous but soon assumed a vitriolic tone, even to the point of being vicious. Appellant, who was earlier asked by his superior to refrain from making his public criticisms, received two suspensions and finally his discharge when the criticism continued. The Public Service Staff Relations Board decided the first suspension was unjustified but held the second suspension and the discharge to be appropriate. The Federal Court of Appeal dismissed an application for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*. At issue here was whether or not the Adjudicator erred in law, for the purposes of s. 28, when he confirmed the discharge of a federal public servant who publicly expressed views highly critical of the Government. Central to this issue was striking an appropriate balance between the right of the individual to speak freely and the duty of the individual, *qua* public servant, to fulfil his functions properly.

Held: The appeal should be dismissed.

Neil Fraser *Appelant*;

et

Commission des relations de travail dans la Fonction publique *Intimée.*

N° du greffe: 17451.

1985: 14 février; 1985: 10 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Relations de travail — Fonction publique — Juste motif de mesures disciplinaires — Critique violente et soutenue de politiques gouvernementales par un fonctionnaire — Cette critique a-t-elle diminué son efficacité en tant que fonctionnaire?

Contrôle judiciaire — Décision en matière de relations de travail — Juste motif de mesures disciplinaires — Critique ouverte d'un fonctionnaire à l'égard de politiques du gouvernement — L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit en confirmant la suspension et le congédiement? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

L'appelant, un chef de groupe au service de Revenu Canada à Kingston, a critiqué ouvertement les politiques du gouvernement fédéral en matière de conversion au système métrique et l'enchâssement d'une charte des droits dans la Constitution. Inoffensives au départ, les critiques ont bientôt pris de l'ampleur et un ton cinglant, au point même d'être violentes. L'appelant, à qui son surveillant avait d'abord demandé de s'abstenir de faire des critiques en public, a reçu deux suspensions et a finalement été congédié quand il a continué ses critiques. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique a décidé que la première suspension n'était pas justifiée, mais a maintenu la seconde suspension et le congédiement. La Cour d'appel fédérale a rejeté une demande d'examen judiciaire fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. En l'espèce, il s'agit de savoir si l'arbitre a commis une erreur de droit, aux fins de l'art. 28, lorsqu'il a confirmé le congédiement d'un fonctionnaire fédéral qui a exprimé publiquement des opinions très critiques à l'égard du gouvernement. Le point central de ce litige consiste à établir un équilibre entre le droit de l'individu de s'exprimer librement et son devoir, en tant que fonctionnaire, de remplir ses fonctions adéquatement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Some speech by public servants on public issues is permitted. An absolute prohibition would not be consistent with the deep-rooted principles of robust public discussion in a democratic society, with the size of the public service, or with plain common sense. Yet, free speech or expression by the public servant is not an absolute, unqualified value and may be modified by a competing interest.

A job in the public service has two dimensions, one relating to the employee's tasks and performance and the other to the perception held by the public. Appellant's criticisms were correctly characterized as job-related given the importance and necessity of maintaining an impartial public service. The public interest in both the actual and apparent impartiality of the public service dictates a general requirement of loyalty on the part of the public servant to the Government of Canada, as opposed to the political party in power. In some circumstances it may be appropriate to express opposition to the government's policies. Appellant's sustained and highly visible attacks on major government policy, however, amounted to a lack of loyalty to the Government inconsistent with his duties as an employee of the Government.

Appellant's effectiveness as a public servant was impaired, with respect to both his specific job and his wider capacity as a public servant, by his public statements, notwithstanding no direct evidence to that effect. The rule that there be direct evidence of impairment to perform a specific job is not absolute. When the nature of the public servant's occupation is both important and sensitive and when the form and context of his criticism is extreme, an inference of impairment can be drawn. Direct evidence of impairment of the wider capacity as public servant, too, was not necessarily required. It is open to an adjudicator to infer impairment on the whole of the evidence if there is evidence of a pattern of behaviour which an adjudicator could reasonably conclude would impair the usefulness of the public servant. The substance, form and context of appellant's criticism made the inference of impairment irresistible.

Appellant's conduct leading to the second suspension and discharge did not flow from the first suspension. Rather, that conduct flowed solely from his behaviour concerning the expression of his views.

Les fonctionnaires jouissent d'une certaine liberté de parole en ce qui a trait aux questions d'intérêt public. Une interdiction absolue ne serait compatible ni avec les principes bien ancrés qui permettent une discussion libre et franche dans une société démocratique, ni avec la taille de la fonction publique, ni avec le simple bon sens. Toutefois, la liberté de parole ou d'expression d'un fonctionnaire n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle et peut être limitée par un intérêt concurrent.

Un emploi dans la fonction publique comporte deux dimensions, l'une se rapportant aux tâches de l'employé et à la manière dont il les accomplit, l'autre se rapportant à la manière dont le public les perçoit. On a eu raison de dire que les critiques de l'appelant se rapportaient à son emploi étant donné l'importance et la nécessité de maintenir une fonction publique impartiale. L'intérêt public dans cette impartialité, réelle et apparente, exige la loyauté du fonctionnaire à l'égard du gouvernement du Canada, par opposition au parti politique au pouvoir. Dans certaines circonstances il peut être acceptable d'exprimer son opposition aux politiques du gouvernement. Les attaques soutenues et très visibles de l'appelant contre des politiques importantes du gouvernement sont toutefois la manifestation envers le gouvernement d'un manque de loyauté incompatible avec ses fonctions en tant qu'employé du gouvernement.

Les déclarations publiques de l'appelant, malgré l'absence de preuve directe à cet effet, ont diminué son efficacité en tant que fonctionnaire, tant à l'égard de son travail précis que de sa capacité générale d'agir en tant que fonctionnaire. La règle qu'il doit y avoir une preuve directe de l'empêchement d'accomplir un travail précis n'est pas absolue. Lorsque la nature du poste du fonctionnaire est à la fois importante et délicate et lorsque, par sa forme et son contexte, sa critique est extrême, on peut conclure à une incidence néfaste. N'est pas non plus nécessaire la preuve directe d'une incidence néfaste sur la capacité générale d'agir en tant que fonctionnaire. Un arbitre peut déduire qu'il y a une incidence néfaste d'après l'ensemble de la preuve si des éléments de preuve indiquent un type de comportement qui peut raisonnablement l'amener à conclure qu'elle est de nature à diminuer l'efficacité du fonctionnaire. Le fond, la forme et le contexte des critiques de l'appelant amènent nécessairement la conclusion qu'il y a eu incidence néfaste.

La conduite de l'appelant qui a entraîné la seconde suspension et le congédiement ne découlait pas de la première suspension. Toutefois, cette conduite découlait seulement de son comportement en ce qui a trait à l'expression de ses opinions.

Cases Cited

Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission, [1979] 2 S.C.R. 768; *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; *Trans Mountain Pipe Line Co. v. National Energy Board*, [1979] 2 F.C. 118; *Canadian Lift Truck Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1955), 1 D.L.R. (2d) 497 (S.C.C.); *Dominion Engineering Works Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise)*, [1958] S.C.R. 652; *Hetex Garn A.G. v. Anti-dumping Tribunal*, [1978] 2 F.C. 507; *Re Ontario Public Service Employees Union and Attorney-General for Ontario* (1980), 31 O.R. (2d) 321, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Constitution Act, 1867, preamble.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91(1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 1 F.C. 372, dismissing an application made under s. 28 of the *Federal Court Act* for the review and setting aside of a decision of the Public Service Staff Relations Board. Appeal dismissed.

Maurice W. Wright, Q.C., and *Andrew J. Raven*, for the appellant.

T. B. Smith, Q.C., and *Graham Garton*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Does an adjudicator err in law, for the purpose of s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 when he or she confirms the discharge of a federal public servant who has expressed views highly critical of the Government? Central to that issue is the proper legal balance between (i) the right of an individual, as a member of the Canadian democratic community, to speak freely and without

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *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; *Trans Mountain Pipe Line Co. c. Office national de l'énergie*, [1979] 2 C.F. 118; *Canadian Lift Truck Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1955), 1 D.L.R. (2d) 497 (C.S.C.); *Dominion Engineering Works Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise)*, [1958] R.C.S. 652; *Hetex Garn A.G. c. Tribunal antidumping*, [1978] 2 C.F. 507; *Re Ontario Public Service Employees Union and Attorney-General for Ontario* (1980), 31 O.R. (2d) 321.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.
Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 91(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 1 C.F. 372, qui a rejeté une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant à l'examen et à l'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Pourvoi rejeté.

Maurice W. Wright, c.r., et *Andrew J. Raven*, pour l'appelant.

T. B. Smith, c.r., et *Graham Garton*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Un arbitre commet-il une erreur de droit, aux fins de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, lorsqu'il confirme le renvoi d'un fonctionnaire fédéral qui a très sévèrement critiqué le gouvernement? Cette question porte principalement sur le juste équilibre juridique entre (i) le droit d'une personne, à titre de membre de la société démocratique canadienne, de s'exprimer librement et sans

inhibition on important public issues and (ii) the duty of an individual, *qua* federal public servant, to fulfil properly his or her functions as an employee of the Government of Canada.

I

Facts

On February 23, 1982 the appellant, Mr. Neil Fraser, was discharged from his job with Revenue Canada, Taxation. Prior to his discharge, he had worked for the department for ten years. For the five years immediately preceding the discharge he had been Group head of the Business Audit Division of the Kingston District Office. In this position he supervised four to six auditors and was responsible for selecting large corporations and similar undertakings and auditing their financial statements to determine whether an appropriate amount of taxes had been paid.

On January 18, 1982 the Kingston *Whig-Standard* published a letter to the editor written by Mr. Fraser criticizing the Government's policy on metric conversion, a major topic of national debate at that time. On January 25, 1982 Mr. Fraser attended a meeting of the Kingston City Council at which a motion was presented opposing the federal Government's policy on metric conversion. The next day an article appeared in the Kingston *Whig-Standard* in which Mr. Fraser's views on mandatory metric conversion were briefly quoted. Beside the article was a photograph of Mr. Fraser holding a placard bearing the slogan: "Your freedom to measure is a measure of your freedom."

Mr. Fraser's supervisor, Mr. Bruce Lowe, Director of the Kingston District Office, decided that Mr. Fraser's activities warranted a disciplinary response. On January 29, 1982 Mr. Lowe suspended him for three days without pay for having "exceeded the bounds of acceptable conduct of a public servant". He was directed "to refrain from any further public statements that criticize a Gov-

réserve sur des questions importantes de nature publique et (ii) le devoir d'une personne, en tant que fonctionnaire fédéral, de remplir correctement ses fonctions à titre d'employé du gouvernement du Canada.

I

Faits

Le 23 février 1982, l'appelant, M. Neil Fraser, a été congédié de Revenu Canada, Impôts. Il travaillait pour ce ministère depuis dix ans. Pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé son congédiement, il était chef de groupe de la Division de la vérification des dossiers d'entreprises au bureau du district de Kingston. À ce titre, il dirigeait une équipe formée de quatre à six vérificateurs et était chargé de sélectionner des grandes sociétés et des entreprises semblables et de vérifier leurs états financiers pour déterminer si elles avaient payé le bon montant d'impôt.

Le 18 janvier 1982, le *Whig-Standard* de Kingston a publié une lettre adressée au rédacteur par M. Fraser dans laquelle il critiquait la politique du gouvernement en matière de conversion au système métrique, une question importante qui faisait l'objet d'un débat national à ce moment-là. Le 25 janvier 1982, M. Fraser a assisté à une réunion du conseil municipal de Kingston où a été présentée une motion contestant la politique du gouvernement en matière de conversion au système métrique. Le lendemain, le *Whig-Standard* de Kingston a publié un article qui citait brièvement les opinions de M. Fraser sur la conversion obligatoire au système métrique. L'article était accompagné d'une photographie de M. Fraser tenant une pancarte arborant le slogan suivant: [TRADUCTION] «Nous imposer un système de mesure, c'est imposer une mesure à notre liberté.»

Le surveillant de M. Fraser, M. Bruce Lowe, directeur du bureau du district de Kingston, a décidé que les activités de M. Fraser justifiaient une mesure disciplinaire. Le 29 janvier 1982, M. Lowe l'a suspendu pour trois jours sans traitement pour s'être [TRADUCTION] «conduit d'une façon indigne d'un fonctionnaire». Il lui a ordonné de [TRADUCTION] «s'abstenir désormais de critiquer

ernment department or agency, its officials, or its rules and regulations".

Mr. Fraser was greatly concerned about the implications of this restraint on his freedom of speech. On February 1, 1982 he attended another meeting of the Kingston City Council and expressed these concerns. This time he criticized not only the Government's metric conversion program but also its intention to proceed with a constitutional *Charter of Rights and Freedoms*. Like its metric policy, the Government's policy concerning a *Charter of Rights and Freedoms* was a major, highly visible and divisive issue at that time.

On February 5, 1982 Mr. Fraser agreed to appear on an open line radio talk show for a local Kingston radio station. He stated he would not discuss anything related to Revenue Canada but continued to voice his criticisms of the Government's metric and *Charter* policies. Among other things, he compared Prime Minister Trudeau's manner of governing to that of the dictatorship in Poland.

On February 8, 1982 Mr. Fraser met twice with senior departmental staff who advised him that further disciplinary action would be taken if he did not cease his activities. In between these two meetings he appeared on an open-line television program. At these meetings he was asked to refrain from further criticisms of Government policy until the matter had been dealt with through normal grievance channels. Senior departmental staff promised to try and expedite the grievance process. Mr. Fraser was not receptive to this proposal. He maintained his position that any criticism he made of Government policy, unrelated to the policies of his department, was consistent with his right to engage in free speech.

At the second meeting on February 8, 1982 Mr. Fraser was given a second suspension, this time for ten days. During the course of this suspension, from February 9th to 22nd, he made a number of local and national media appearances. He criti-

publiquement les ministères, les organismes publics, les règlements et les dirigeants de l'État».

M. Fraser s'est beaucoup inquiété des effets de cette restriction sur sa liberté de parole. Le 1er février 1982, il a assisté à une autre réunion du conseil municipal de Kingston et a exprimé ces inquiétudes. Cette fois, il a non seulement critiqué le programme du gouvernement de conversion au système métrique, mais également son intention d'adopter une *Charte des droits et libertés* constitutionnelle. Comme sa politique relative au système métrique, la politique du gouvernement relative à la *Charte des droits et libertés* constituait une question importante, très actuelle et qui suscitait des divisions à ce moment-là.

Le 5 février 1982, M. Fraser a accepté de participer à une tribune téléphonique d'une station radio locale de Kingston. Il a déclaré qu'il ne voulait pas discuter de ce qui touchait à Revenu Canada mais a continué de critiquer les politiques du gouvernement en matière de système métrique et de *Charte*. Notamment, il a comparé la manière de gouverner du Premier ministre Trudeau à celle de la dictature polonaise.

Le 8 février 1982, M. Fraser a rencontré à deux reprises des cadres supérieurs du ministère qui lui ont fait savoir que d'autres mesures disciplinaires allaient être prises s'il ne cessait pas ses activités. Entre ces deux réunions, il a participé à une tribune téléphonique télévisée. Au cours de ces réunions, on lui a demandé de ne plus critiquer les politiques du gouvernement jusqu'à ce que l'affaire ait été traitée de la façon normale au moyen d'un grief. La haute direction du ministère lui a promis d'essayer d'accélérer la procédure de griefs. M. Fraser n'était pas ouvert à cette proposition. Il a maintenu sa position selon laquelle ses critiques de la politique gouvernementale, qui n'étaient pas reliées aux politiques de son ministère, étaient compatibles avec son droit de s'exprimer librement.

À la deuxième réunion, le 8 février 1982, on a imposé une seconde suspension à M. Fraser, cette fois pour une période de dix jours. Au cours de cette suspension, du 9 au 22 février, il a participé à un certain nombre d'émissions locales et nationa-

cized, more broadly and more fervently than ever, the policies of the Government. He continued his campaign against British approval of the Government's constitutional proposals and against the Government's alleged abuse of the democratic process. He tried to organize a national pamphlet and telegram campaign to protest these matters. He began to make vicious personal attacks against the Prime Minister and compared him and the Canadian Government to the Nazi *regime*. He was working, by his own admission, eighteen hours a day in opposition to the Government and its policies.

By letter dated February 22, 1982 Mr. Fraser was advised that as a consequence of the statements he had made to both local and national media he was being discharged from Revenue Canada, Taxation, effective February 23, 1982.

Mr. Fraser grieved his two suspensions and the discharge. These grievances were referred to adjudication pursuant to s. 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35. This section provides an employee covered by the Act the right to refer a grievance to arbitration if the employee has grieved to the final level in the process in relation to, *inter alia*, "disciplinary action resulting in discharge" and "his grievance has not been dealt with to his satisfaction".

les. Il a critiqué plus ouvertement et avec plus de ferveur que jamais les politiques du gouvernement. Il a continué sa campagne contre l'approbation par le Parlement britannique des propositions constitutionnelles du gouvernement et contre l'abus qu'aurait fait le gouvernement du processus démocratique. Il a tenté d'organiser une campagne nationale de pamphlets et de télégrammes pour protester contre ces questions. Il a commencé à faire des attaques personnelles violentes contre le Premier ministre et l'a comparé ainsi que le gouvernement canadien au régime nazi. Il travaillait, de son propre aveu, dix-huit heures par jour pour s'opposer au gouvernement et à ses politiques.

M. Fraser a été avisé par une lettre datée du 22 février 1982, que, par suite des déclarations qu'il avait faites aux médias locaux et nationaux, son emploi à Revenu Canada, Impôts prenait fin le 23 février 1982.

M. Fraser a présenté des griefs relativement à ses deux suspensions et à son congédiement. Ces griefs ont été renvoyés à l'arbitrage en vertu du par. 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-35. Ce paragraphe accorde à un employé visé par la Loi le droit de renvoyer un grief à l'arbitrage s'il a présenté un grief jusqu'au dernier palier de la procédure applicable notamment au sujet «d'une mesure disciplinaire entraînant le congédiement» et «que son grief n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante pour lui».

II

Judgments

Public Service Staff Relations Board

Mr. Fraser's grievances were heard by an adjudicator, Deputy Chairman Kates of the Public Service Staff Relations Board. The Adjudicator reviewed carefully and in detail the relevant principles and authorities. He recognized that a line had to be drawn, or a balance reached, between Mr. Fraser's freedom of expression and the desire of the Government to maintain a public service characterized by professionalism and impartiality.

II

Jugements

Commission des relations de travail dans la Fonction publique

Les griefs de M. Fraser ont été entendus par un arbitre, le président suppléant Kates de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. L'arbitre a examiné soigneusement et de façon détaillée la jurisprudence et les principes pertinents. Il a reconnu qu'il fallait fixer des limites ou rechercher un équilibre entre la liberté d'expression de M. Fraser et le désir du gouvernement de maintenir une fonction publique caractérisée par le professionnalisme et l'impartialité.

The Adjudicator decided that the first suspension of Mr. Fraser was not justified. It followed Mr. Fraser's first letter to the editor and his fairly passive attendance at one meeting of Kingston City Council. These activities, the Adjudicator concluded, were not deserving of disciplinary action on the part of the employer.

The Adjudicator then considered the second suspension and the discharge. He found that Mr. Fraser's activities after February 8, 1982—prolonged and highly visible criticism of major governmental policies and personalities—jeopardized his ability to perform his duties at his department. Specifically, he found Mr. Fraser's conduct unlikely to instil confidence in a clientele (persons subject to tax audits) that had a right to expect impartial and judicious treatment. In these circumstances, concluded the Adjudicator, some disciplinary action was appropriate. The specific disciplinary measures taken, first a ten-day suspension and then the discharge, were also appropriate in light of the history of the relations between the parties and Mr. Fraser's express intention to continue his activities critical of the Government.

Federal Court of Appeal

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal, taken by Mr. Fraser under s. 28 of the *Federal Court Act*. See [1983] 1 F.C. 372. Pratte J. held that the Adjudicator had made no error of law. He had considered the relevant facts and law. His conclusion that the behaviour of Mr. Fraser constituted misconduct was a question of fact, not reviewable by the Federal Court of Appeal. Furthermore, it was not necessary that there be evidence before the Adjudicator to permit him to make a finding that Mr. Fraser's activities impaired his ability to do his job; this is a finding the Adjudicator is entitled to make, in assessing Mr. Fraser's conduct and its relationship to the requirements of the public service.

Thurlow C.J. and Ryan J. wrote concurring reasons. They do not differ in substance from the

L'arbitre a décidé que la première suspension de M. Fraser n'était pas justifiée. Elle suivait la première lettre de M. Fraser au journal et sa présence plutôt passive à une réunion du conseil municipal de Kingston. L'arbitre a conclu que ces activités ne justifiaient pas une mesure disciplinaire de la part de l'employeur.

L'arbitre a ensuite examiné la seconde suspension et le congédiement. Il a conclu que les activités de M. Fraser postérieures au 8 février 1982, savoir une critique prolongée et très visible de politiques gouvernementales importantes et de personnalités, ont compromis sa capacité de remplir ses fonctions dans son ministère. De façon précise, il a conclu que la conduite de M. Fraser n'était pas susceptible d'inspirer la confiance à une clientèle (les personnes soumises aux vérifications fiscales) qui a le droit de s'attendre à un traitement impartial et judicieux. Dans ces circonstances, l'arbitre a conclu que certaines mesures disciplinaires étaient appropriées. Il a conclu que les mesures disciplinaires précises qui ont été prises, tout d'abord une suspension de dix jours et ensuite le renvoi étaient également appropriées compte tenu de l'historique des relations entre les parties et du fait que M. Fraser a exprimé l'intention de continuer de critiquer le gouvernement.

Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par M. Fraser en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Voir [1983] 1 C.F. 372. Le juge Pratte a statué que l'arbitre n'avait commis aucune erreur de droit. Il a examiné les faits pertinents et le droit applicable. Sa conclusion que le comportement de M. Fraser constituait une inconduite était une question de fait qui ne pouvait faire l'objet d'un examen par la Cour d'appel fédérale. En outre, il n'était pas nécessaire de présenter des preuves à l'arbitre pour lui permettre de conclure que les activités de M. Fraser l'ont empêché d'accomplir son travail; il s'agit d'une conclusion que l'arbitre a le droit de tirer en évaluant la conduite de M. Fraser et le lien de celle-ci avec les exigences de la fonction publique.

Le juge en chef Thurlow et le juge Ryan ont rédigé des motifs concourants qui ne sont pas

reasons of Pratte J.: essentially they reiterate that the Adjudicator considered the relevant factors and legal principles and applied them in a correct fashion.

III

The Issues

There is really only one issue in this appeal: was the Federal Court of Appeal correct in concluding that the Adjudicator did not err in law in reaching his decision?

Mr. Fraser alleges two errors of law. First, he says the Adjudicator erred in holding that his criticism of government policies, unrelated to the work of his department, could form the basis for disciplinary action. Secondly, he contends the Adjudicator erred in finding, without any evidence to that effect, that his effectiveness as a public servant was impaired by his public statements.

Before dealing with these arguments, it is necessary to discuss some general legal considerations, including the principles relevant in a review application under s. 28 of the *Federal Court Act*.

IV

General Legal Considerations

This appeal is not about certain things. It does not arise under either the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (which had not been proclaimed when the events in this case arose) or the *Canadian Bill of Rights* (because no federal law is being challenged). Accordingly, the "freedom of expression" and "freedom of speech" provisions of these watershed documents are not in issue.

That is not to say, however, that this is not, at least in part, a "freedom of speech" case. It is. As Mr. Fraser correctly points out, "freedom of speech" is a deep-rooted value in our democratic system of government. It is a principle of our common law constitution, inherited from the United Kingdom by virtue of the preamble to the

différents sur le fond des motifs du juge Pratte: essentiellement ils réitèrent que l'arbitre a examiné les facteurs et les principes juridiques pertinents et les a appliqués correctement.

III

Les questions en litige

Le présent pourvoi ne soulève réellement qu'une seule question: la Cour d'appel fédérale a-t-elle eu raison de conclure que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur de droit en rendant sa décision?

M. Fraser allègue qu'il y a eu deux erreurs de droit. D'abord, il dit que l'arbitre a commis une erreur lorsqu'il a conclu que ses critiques à l'égard des politiques du gouvernement, qui ne se rapportaient pas au travail de son ministère, pouvaient justifier une mesure disciplinaire. Ensuite, il soutient que l'arbitre a commis une erreur en concluant en l'absence de preuve à cet effet, que ses déclarations publiques avaient diminué son efficacité en tant que fonctionnaire.

Avant de traiter de ces arguments, il est nécessaire d'analyser certaines considérations juridiques d'ordre général, y compris les principes pertinents dans une demande d'examen fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

IV

Considérations juridiques d'ordre général

Le présent pourvoi ne porte pas sur certaines choses. Il ne résulte pas de la *Charte canadienne des droits et libertés* (qui n'avait pas été proclamée lorsque les événements en l'espèce se sont produits) ni de la *Déclaration canadienne des droits* (parce qu'aucune loi fédérale n'est contestée). Par conséquent, les dispositions de ces documents décisifs portant sur la «liberté d'expression» et la «liberté de parole» ne sont pas en litige.

Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas, du moins en partie, d'une affaire portant sur la «liberté de parole». Elle s'y rapporte. Comme M. Fraser l'a à juste titre souligné, la «liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-

Constitution Act, 1867.

But it is not an absolute value. Probably no values are absolute. All important values must be qualified, and balanced against, other important, and often competing, values. This process of definition, qualification and balancing is as much required with respect to the value of "freedom of speech" as it is for other values. In the present case, the Adjudicator determined that the value of freedom of speech must be qualified by the value of an impartial and effective public service.

Before going on to answer whether the Adjudicator erred in law, it is necessary to understand the principles relating to s. 28(1)(*b*) of the *Federal Court Act*. The section provides:

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 tribunal

(*a*) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(*b*) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(*c*) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

There is no question in this case of failure to observe the principles of natural justice or of any other jurisdictional error. As stated above, Mr. Fraser alleges two errors on the part of the Adjudicator. Both alleged errors raise issues of law and thereby fall within s. 28(1)(*b*).

Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Toutefois, il ne s'agit pas d'une valeur absolue. Il n'y a probablement aucune valeur absolue. Toutes les valeurs importantes doivent être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes. Ce processus de définition, de restriction et d'évaluation est aussi nécessaire pour ce qui est de la «liberté de parole» en tant que valeur qu'elle l'est pour les autres valeurs. En l'espèce, l'arbitre a déterminé que la liberté de parole en tant que valeur doit être restreinte par la valeur que représente une fonction publique impartiale et efficace.

Avant de répondre à la question de savoir si l'arbitre a commis une erreur de droit, il est nécessaire de comprendre les principes relatifs à l'al. 28(1)*b*) de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'article prévoit:

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;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

En l'espèce, il n'est pas question de défaut d'observer les principes de justice naturelle ni d'aucune autre erreur en matière de compétence. Comme je l'ai déjà dit, M. Fraser allègue que l'arbitre a commis deux erreurs. Ces deux erreurs soulèvent des questions de droit et par conséquent sont visées par l'al. 28(1)*b*).

It should be noted, at the outset, that the Adjudicator correctly directed himself according to the principles enunciated in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768. In that case the Court said, at p. 772:

> The question for the adjudicator was whether the employer had just and sufficient cause to discharge the appellant. In deciding this question the adjudicator had three tasks before him. First, did the employee engage in the conduct alleged? Second, was the conduct deserving of disciplinary action on the part of the employer? Third, if so, was the offence serious enough to warrant discharge?

The Adjudicator asked, and answered, these three questions. He clearly followed the correct procedure by adopting the methodology expressed in the foregoing passage.

As a general principle, a reviewing court, under s. 28 of the *Federal Court Act* or otherwise, must exercise its powers with caution and sensitivity in the context of grievance adjudication. As this Court stated in *Heustis, supra*, at 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.

A restrained approach to disturbing the decisions of specialized administrative tribunals, particularly in the context of labour relations, is essential if the courts are to respect the intentions and policies of Parliament and the provincial legislatures in establishing such tribunals: see *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, and *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227.

A reviewing court, whether under s. 28(1)(*b*) of the *Federal Court Act*, or under the common law

Tout d'abord, il convient de souligner que l'arbitre a, à juste titre, suivi les principes énoncés dans *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768. Dans cet arrêt la Cour a dit à la p. 772:

> L'arbitre des griefs devait déterminer si l'employeur avait une cause juste et suffisante pour congédier l'appelant. À cette fin, il devait répondre à trois questions. Premièrement, l'employé a-t-il fait l'acte reproché? Deuxièmement, cet acte justifiait-il une mesure disciplinaire de la part de l'employeur? Troisièmement, le cas échéant, l'acte était-il suffisamment grave pour justifier un congédiement?

L'arbitre a posé ces trois questions et y a répondu. Il a, de toute évidence, suivi la bonne procédure en adoptant la méthodologie exprimée dans le passage cité.

À titre de principe général, le tribunal qui procède à un examen, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou d'une autre disposition, doit exercer ses pouvoirs avec précaution et doigté dans le contexte de l'arbitrage des griefs. Comme cette Cour l'a dit dans *Heustis*, précité, à la p. 781:

> 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.

Il est essentiel que les tribunaux adoptent une attitude modérée à l'égard de la modification des décisions des tribunaux administratifs spécialisés, particulièrement dans le contexte des relations de travail, s'ils doivent respecter les intentions et les politiques du Parlement et des assemblées législatives des provinces qui les ont amenés à créer ces tribunaux: voir *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, et *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Un tribunal chargé de procéder à un examen, que ce soit en vertu de l'al. 28(1)*b*) de la *Loi sur la*

principles of judicial review, should not interfere with the decision of a statutory decision maker in a case such as this unless the statutory decision maker makes a mistake of law, such as addressing his or her mind to the wrong question, applying the wrong principle, failing to apply a principle he or she would have applied, or incorrectly applying a legal principle. See: *Trans Mountain Pipe Line Co. v. National Energy Board*, [1979] 2 F.C. 118 (C.A.), at p. 121; *Canadian Lift Truck Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1955), 1 D.L.R. (2d) 497 (S.C.C.), at p. 498; *Dominion Engineering Works Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise)*, [1958] S.C.R. 652, at p. 656; *Hetex Garn A.G. v. Anti-dumping Tribunal*, [1978] 2 F.C. 507 (C.A.)

Against the background of these general considerations I turn now to consider the errors of law alleged to have been made in this appeal.

V

Extent of Permissible Criticism of Government by Public Servants

Mr. Fraser's primary submission is that there is a fundamental distinction between job-related criticism and non-job-related criticism. A public servant must exercise restraint, he concedes, where his or her public statements relate to the duties of the position or the policies and programs of the department in which he or she is employed. A governmental employee is as free as a private citizen, however, to criticize government policies unrelated to his or her job or department. Mr. Fraser contends that his statements, critical of the Government's metric conversion program and its constitutional policies, were so remotely related to his duties as a tax audit manager as not to constitute misconduct.

The respondent does not accept the line Mr. Fraser seeks to draw. The respondent agrees that a public servant cannot publicly criticize policies relating directly to his or her job or department,

Cour fédérale ou en vertu des principes de *common law* en matière de contrôle judiciaire, ne devra pas modifier la décision d'un tribunal habilité par la loi comme en l'espèce, à moins que celui-ci n'ait commis une erreur de droit, par exemple en examinant la mauvaise question, en appliquant un principe erroné, en n'appliquant pas un principe qu'il aurait dû appliquer ou en appliquant incorrectement un principe juridique. Voir: *Trans Mountain Pipe Line Co. c. Office national de l'énergie*, [1979] 2 C.F. 118 (C.A.), à la p. 121; *Canadian Lift Truck Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1955), 1 D.L.R. (2d) 497 (C.S.C.), à la p. 498; *Dominion Engineering Works Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise)*, [1958] R.C.S. 652, à la p. 656; *Hetex Garn A.G. c. Tribunal antidumping*, [1978] 2 C.F. 507 (C.A.)

Compte tenu de ces considérations d'ordre général, j'examine maintenant les erreurs de droit qu'on allègue avoir été commises en l'espèce.

V

Étendue des critiques du gouvernement permises aux fonctionnaires

Le principal argument de M. Fraser porte qu'il existe une distinction fondamentale entre la critique qui se rapporte au travail et celle qui ne s'y rapporte pas. Il admet qu'un fonctionnaire doit faire preuve de modération lorsque ses déclarations publiques se rapportent aux fonctions du poste ou aux politiques et aux programmes du ministère dont il est l'employé. Toutefois, un employé du gouvernement a la même liberté qu'un citoyen ordinaire pour critiquer les politiques du gouvernement qui ne se rapportent pas à son emploi ou à son ministère. M. Fraser soutient que ses déclarations qui critiquaient le programme de conversion au système métrique du gouvernement et ses politiques en matière constitutionnelle étaient tellement éloignées de ses fonctions de gestionnaire en vérification fiscale qu'elles ne constituaient pas une inconduite.

L'intimée n'accepte pas la distinction que M. Fraser tente de tirer. L'intimée convient qu'un fonctionnaire ne peut publiquement critiquer les politiques qui se rapportent directement à son

but goes further, contending that a public servant must not criticize other government policies. The reason for this limitation, says the respondent, is the need to preserve the neutrality and impartiality, both actual and perceived, of the public service.

The Adjudicator recognized that a balance had to be struck between the employee's freedom of expression and the Government's desire to maintain an impartial and effective public service. He said:

> [It is] incumbent upon the public servant to exercise some restraint in the expression of his views in opposition to Government policy. Underlying this notion is the legitimate concern that the Public Service and its servants should be seen to serve the public in the administration and implementation of Government policies and programs in an impartial and effective manner. Any individual upon assuming employment with the Public Service knows or ought to be deemed to know that in becoming a public servant he or she has undertaken an obligation to exercise restraint in what he or she says or does in opposition to Government policy. Moreover, it is recognized that the exercise of such restraint may very well not be a requirement of employees who work in less visible sectors of Canadian society.

In other words, a public servant is required to exercise a degree of restraint in his or her actions relating to criticism of government policy, in order to ensure that the public service is perceived as impartial and effective in fulfilling its duties. It is implicit throughout the Adjudicator's reasons that the degree of restraint which must be exercised is relative to the position and visibility of the civil servant.

In my opinion, the Adjudicator was correct in identifying the applicable principles and in applying them to the circumstances of the case. The act of balancing must start with the proposition that some speech by public servants concerning public issues is permitted. Public servants cannot be, to use Mr. Fraser's apt phrase, "silent members of society". I say this for three reasons.

travail ou à son ministère, mais va plus loin soutenant qu'un fonctionnaire ne doit pas critiquer d'autres politiques du gouvernement. Selon l'intimée, le motif de cette restriction se fonde sur la nécessité de préserver la neutralité et l'impartialité réelles et perçues de la fonction publique.

L'arbitre a reconnu qu'il faut établir un équilibre entre la liberté d'expression de l'employé et le désir du gouvernement de maintenir une fonction publique impartiale et efficace. Il a dit:

> [C']est qu'il incombe au fonctionnaire de faire preuve de modération dans ses déclarations contre la politique du gouvernement. Sous-jacente à cette idée est une préoccupation légitime, soit que la Fonction publique et ses membres administrent et appliquent les politiques et les programmes du gouvernement d'une manière impartiale et efficace. Toute personne qui entre dans la fonction publique est censée savoir qu'elle s'engage par le fait même à modérer ses paroles et ses actes contre la politique du gouvernement. De plus, il est reconnu qu'une telle modération peut très bien ne pas être exigée de l'employé qui travaille dans un secteur moins en vue de la société canadienne.

En d'autres termes, le fonctionnaire est tenu de faire preuve d'un certain degré de modération dans ses actions relatives aux critiques des politiques du gouvernement, de sorte que la fonction publique soit perçue comme impartiale et efficace dans l'accomplissement de ses fonctions. Il ressort implicitement des motifs de l'arbitre que le degré de modération dont on doit faire preuve dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire.

À mon avis, l'arbitre a correctement identifié les principes applicables et les a bien appliqués aux circonstances de l'espèce. Pour ce qui est de l'équilibre à respecter, il faut tout d'abord tenir compte de la proposition selon laquelle il est permis aux fonctionnaires de s'exprimer dans une certaine limite sur des questions d'intérêt public. Les fonctionnaires ne peuvent être, pour employer l'expression appropriée de M. Fraser [TRADUCTION] «les membres silencieux de la société». Il y a trois raisons à cela.

First, our democratic system is deeply rooted in, and thrives on, free and robust public discussion of public issues. As a general rule, all members of society should be permitted, indeed encouraged, to participate in that discussion.

Secondly, account must be taken of the growth in recent decades of the public sector—federal, provincial, municipal—as an employer. A blanket prohibition against all public discussion of all public issues by all public servants would, quite simply, deny fundamental democratic rights to far too many people.

Thirdly, common sense comes into play here. An absolute rule prohibiting all public participation and discussion by all public servants would prohibit activities which no sensible person in a democratic society would want to prohibit. Can anyone seriously contend that a municipal bus driver should not be able to attend a town council meeting to protest against a zoning decision having an impact on her residential street? Should not a provincial clerk be able to stand in a crowd on a Sunday afternoon and protest a provincial government decision cutting off funding for a day care centre or a shelter for single mothers? And surely a federal commissionaire could speak out at a Legion meeting to protest against a perceived lack of federal support for war veterans. These examples, and many others could be advanced, demonstrate that an absolute prohibition against public servants criticizing government policies would not be sensible.

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the compet-

Premièrement, notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.

Deuxièmement, il faut tenir compte de la croissance qu'a connue le secteur public—fédéral, provincial, municipal—à titre d'employeur au cours des dernières décennies. Une interdiction générale de toute discussion publique sur toute question d'intérêt public par tous les fonctionnaires aurait tout simplement pour effet de priver beaucoup trop de gens de leurs droits démocratiques fondamentaux.

Troisièmement, à ce stade, le bon sens entre en jeu. Une règle absolue interdisant toute participation et discussion publique par tous les fonctionnaires aurait pour effet d'interdire des activités qu'aucune personne sensée dans une société démocratique ne voudrait interdire. Peut-on sérieusement soutenir qu'une conductrice d'autobus municipal ne devrait pas pouvoir assister à une réunion du conseil municipal pour protester contre une décision en matière de zonage qui a un effet sur la rue où elle habite? Un commis provincial ne devrait-il pas pouvoir manifester dans une foule un dimanche après-midi pour protester contre une décision du gouvernement provincial réduisant le financement d'une garderie ou d'un refuge pour les mères célibataires? Et de toute évidence un commissionnaire fédéral pourrait prendre la parole à une réunion de la légion pour protester contre ce qu'il perçoit comme un manque d'appui du fédéral à l'égard des anciens combattants. Ces exemples, et de nombreux autres qu'on pourrait imaginer, démontrent qu'une interdiction absolue des critiques des politiques du gouvernement par les fonctionnaires ne serait pas judicieuse.

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se

ing value is a powerful one. Thus, for example, we have laws dealing with libel and slander, sedition and blasphemy. We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

A similar type of balancing is required in the present appeal. Public servants have some freedom to criticize the Government. But it is not an absolute freedom. To take but one example, whereas it is obvious that it would not be "just cause" for a provincial Government to dismiss a provincial clerk who stood in a crowd on a Sunday afternoon to protest provincial day care policies, it is equally obvious that the same Government would have "just cause" to dismiss the Deputy Minister of Social Services who spoke vigorously against the same policies at the same rally.

That brings me to the crucial question: did the Adjudicator err in where he drew the line in this case? Mr. Fraser would have a clear line drawn between job-related and non-job-related criticisms. He then asserts that his criticisms fall on the non-job-related side of the line. The Adjudicator concluded that Mr. Fraser's criticisms were job-related. Accordingly, even if there is, as Mr. Fraser contends, a valid distinction between criticism which is job-related and criticism which is non-job-related, the Adjudicator concluded that Mr. Fraser's criticisms were related to his job and that, therefore, the discharge was justified. Mr. Fraser would not succeed even on the test for which he contends.

It is true that Mr. Fraser's major criticisms were directed against two policies, the metric conversion program and the *Charter*. It is also true that his job and the policies of his department did not bear on these two policies. But it does not follow that the Adjudicator erred in law in finding that Mr. Fraser's criticisms were related to his job. A job in

produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. Ainsi, par exemple, nous avons des lois qui traitent de la diffamation écrite et verbale, des propos séditieux et du blasphème. Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Dans le présent pourvoi, il est nécessaire d'établir un équilibre de ce genre. Les fonctionnaires jouissent d'une certaine liberté pour critiquer le gouvernement. Toutefois il ne s'agit pas d'une liberté absolue. Si l'on prend un exemple, alors qu'il est évident qu'il ne serait pas «raisonnable» qu'un gouvernement provincial congédie un commis provincial qui a manifesté dans une foule un dimanche après-midi pour protester contre les politiques provinciales en matière de garderie, il est également évident que le même gouvernement aurait un «motif raisonnable» de congédier le sous-ministre des Affaires sociales qui aurait pris la parole vigoureusement contre les mêmes politiques au même rassemblement.

Ceci m'amène à poser la question cruciale: l'arbitre a-t-il commis une erreur lorsqu'il a fixé les limites en l'espèce? M. Fraser aurait fixé une limite claire entre les critiques qui se rapportent à son travail et celles qui ne s'y rapportent pas. Il a alors allégué que ses critiques ne se rapportaient pas à son travail. L'arbitre a conclu que les critiques de M. Fraser se rapportaient à son travail. Par conséquent, même s'il existe, comme le soutient M. Fraser, une distinction valide entre la critique qui se rapporte au travail et celle qui ne s'y rapporte pas, l'arbitre a conclu que les critiques de M. Fraser se rapportaient à son travail et que, par conséquent, le congédiement était justifié. M. Fraser ne pourrait avoir gain de cause même en vertu du critère qu'il défend.

Il est vrai que les critiques principales de M. Fraser visaient deux politiques, le programme de conversion au système métrique et la *Charte*. Il est également vrai que son travail et les politiques de son ministère ne portaient pas sur ces deux politiques. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'arbitre a commis une erreur de droit parce qu'il a conclu

the public service has two dimensions, one relating to the employee's tasks and how he or she performs them, the other relating to the perception of a job held by the public. In my opinion, the Adjudicator appreciated these two dimensions. His discussion on this point is in these terms:

When Mr. Fraser suggested on the Floyd Patterson radio hot-line program on February 5, 1982 that the Prime Minister in the conduct of the nation would prefer to act in a similar manner to the present regime in Poland, he adversely affected his own ability to conduct the affairs of the department in which he worked. For example, a corporate taxpayer who is selected as the subject of an audit by Mr. Fraser who also assigns the auditor to examine his records might well speculate about the reasons for having been selected and be concerned about the professionalism of the exercise. Surely a relatively influential official of Revenue Canada who publicly and vehemently accuses his employer, the Government of Canada, and the Prime Minister of autocratic and cœrcive behaviour is unlikely to instill confidence in a clientele that has a right to expect impartial and judicious treatment. And if a taxpayer's reservations were to be perceived by an auditor as an obstacle to an effective investigation, Revenue Canada officials could then rely on the widest and most far-reaching instruments of search and seizure. In this context Mr. Lowe's concern about the public's perception of Revenue Canada merits some attention. A public servant simply cannot be allowed under the rubric of free speech to cultivate distrust of the employer amongst members of the constituency whom he is obliged to serve. I am satisfied that Mr. Fraser cast doubt on his effectiveness as a Government employee once he escalated his criticism of Government policy to a point and in a form that far exceeded the issues of general public interest that he espoused before February 1, 1982. Or, more succinctly, his incipient and persistent campaign in opposition to the incumbent Government conflicted with the continuation of his employment relationship. Once that situation arose he either had to cease his activities or resign from the position he occupied.

This analysis and conclusion, namely that Mr. Fraser's criticisms were job-related, is, in my view, correct in law. I say this because of the importance and necessity of an impartial and effective public service. There is in Canada a separation of powers among the three branches of government—the legislature, the executive and the judiciary. In

que les critiques de M. Fraser se rapportaient à son travail. Un emploi dans la fonction publique comporte deux dimensions, l'une se rapportant aux tâches de l'employé et à la manière dont il les accomplit, l'autre se rapportant à la manière dont le public perçoit l'emploi. À mon avis, l'arbitre a évalué ces deux dimensions. Son analyse de ce point est la suivante:

En laissant entendre à la tribune téléphonique de Floyd Patterson le 5 février 1982 que le Premier ministre aimerait prendre modèle sur les dirigeants de la Pologne pour gouverner le Canada, M. Fraser s'est lui-même révélé inapte à administrer les affaires du ministère où il travaillait. Par exemple, si M. Fraser choisit une société commerciale et nomme un vérificateur pour en apurer les comptes, celle-ci pourrait se demander pourquoi elle a été désignée et remettre en question le sérieux d'une telle opération. De toute évidence, un fonctionnaire relativement haut placé à Revenu Canada qui accuse publiquement et sévèrement son employeur, le Gouvernement du Canada, et le Premier ministre d'exercer l'autocratie et la coercition ne peut guère inspirer confiance au public qui est en droit de s'attendre à un service impartial et rationnel. Et si un vérificateur jugeait que les doutes d'un contribuable nuisent à l'efficacité de son enquête, Revenu Canada pourrait alors appliquer les méthodes de recherche et de saisie les plus élaborées et les plus minutieuses. À ce sujet, les inquiétudes de M. Lowe concernant l'image de Revenu Canada méritent qu'on s'y arrête. Un fonctionnaire ne peut tout simplement pas se permettre, au nom de la liberté de parole, de discréditer l'employeur auprès de la population qu'il sert. Je suis persuadé que M. Fraser a fait planer le doute sur ses qualités de fonctionnaire dès le moment où ses déclarations contre la politique du gouvernement se sont amplifiées au point de déborder largement le cadre des questions d'intérêt général auxquelles il avait pris sur lui de s'attaquer avant le 1er février 1982. Bref, la croisade qu'il avait amorcée contre le gouvernement était incompatible avec son emploi dans la Fonction publique. Il devait donc renoncer à ses activités ou donner sa démission.

Cette analyse et cette conclusion, savoir que les critiques de M. Fraser se rapportaient à son emploi, sont à mon avis, bien fondées en droit. Je le dis parce qu'il est important et nécessaire d'avoir une fonction publique impartiale et efficace. Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement—le

broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy.

The federal public service in Canada is part of the executive branch of Government. As such, its fundamental task is to administer and implement policy. In order to do this well, the public service must employ people with certain important characteristics. Knowledge is one, fairness another, integrity a third.

As the Adjudicator indicated, a further characteristic is loyalty. As a general rule, federal public servants should be loyal to their employer, the Government of Canada. The loyalty owed is to the Government of Canada, not the political party in power at any one time. A public servant need not vote for the governing party. Nor need he or she publicly espouse its policies. And indeed, in some circumstances a public servant may actively and publicly express opposition to the policies of a government. This would be appropriate if, for example, the Government were engaged in illegal acts, or if its policies jeopardized the life, health or safety of the public servant or others, or if the public servant's criticism had no impact on his or her ability to perform effectively the duties of a public servant or on the public perception of that ability. But, having stated these qualifications (and there may be others), it is my view that a public servant must not engage, as the appellant did in the present case, in sustained and highly visible attacks on major Government policies. In conducting himself in this way the appellant, in my view, displayed a lack of loyalty to the Government that was inconsistent with his duties as an employee of the Government.

As the Adjudicator pointed out, there is a powerful reason for this general requirement of loyalty, namely the public interest in both the actual, and apparent, impartiality of the public service. The benefits that flow from this impartiality have

législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.

La fonction publique fédérale au Canada fait partie de l'exécutif du gouvernement. À ce titre, sa tâche fondamentale est d'administrer et d'appliquer les politiques. Pour bien accomplir sa tâche, la fonction publique doit employer des personnes qui présentent certaines caractéristiques importantes parmi lesquelles les connaissances, l'équité et l'intégrité.

Comme l'arbitre l'a indiqué, il existe une autre caractéristique qui est la loyauté. En règle générale, les fonctionnaires fédéraux doivent être loyaux envers leur employeur, le gouvernement du Canada. Ils doivent être loyaux envers le gouvernement du Canada et non envers le parti politique au pouvoir. Un fonctionnaire n'est pas tenu de voter pour le parti au pouvoir. Il n'est pas non plus tenu d'endosser publiquement ses politiques. En fait, dans certaines circonstances, un fonctionnaire peut activement et publiquement exprimer son opposition à l'égard des politiques d'un gouvernement. Ce serait le cas si, par exemple, le gouvernement accomplissait des actes illégaux ou si ses politiques mettaient en danger la vie, la santé ou la sécurité des fonctionnaires ou d'autres personnes, ou si les critiques du fonctionnaire n'avaient aucun effet sur son aptitude à accomplir d'une manière efficace ses fonctions ni sur la façon dont le public perçoit cette aptitude. Toutefois, ayant énoncé ces qualités (et il peut y en avoir d'autres), je suis d'avis qu'un fonctionnaire ne doit pas, comme l'a fait l'appelant en l'espèce, attaquer de manière soutenue et très visible des politiques importantes du gouvernement. Selon moi, en se conduisant de cette manière, l'appelant a manifesté envers le gouvernement un manque de loyauté incompatible avec ses fonctions en tant qu'employé du gouvernement.

Comme l'a souligné l'arbitre, il existe un motif important à l'appui de cette règle générale de loyauté, savoir l'intérêt du public vis-à-vis de l'impartialité réelle et apparente de la fonction publique. Les avantages qui découlent de cette impar-

been well-described by the MacDonnell Commission. Although the description relates to the political activities of public servants in the United Kingdom, it touches on values shared with the public service in Canada:

Speaking generally, we think that if restrictions on the political activities of public servants were withdrawn two results would probably follow. The public might cease to believe, as we think they do now with reason believe, in the impartiality of the permanent Civil Service; and Ministers might cease to feel the well-merited confidence which they possess at present in the loyal and faithful support of their official subordinates; indeed they might be led to scrutinise the utterances or writings of such subordinates, and to select for positions of confidence only those whose sentiments were known to be in political sympathy with their own.

If this were so, the system of recruitment by open competition would provide but a frail barrier against Ministerial patronage in all but the earlier years of service; the Civil Service would cease to be in fact an impartial, non-political body, capable of loyal service to all Ministers and parties alike; the change would soon affect the public estimation of the Service, and the result would be destructive of what undoubtedly is at present one of the greatest advantages of our administrative system, and one of the most honourable traditions of our public life.

See paragraphs 10-11 of c. 11 of MacDonnell Committee quoted in *Re Ontario Public Service Employees Union and Attorney-General for Ontario* (1980), 31 O.R. (2d) 321 (C.A.), at p. 329.

There is in Canada, in my opinion, a similar tradition surrounding our public service. The tradition emphasizes the characteristics of impartiality, neutrality, fairness and integrity. A person entering the public service or one already employed there must know, or at least be deemed to know, that employment in the public service involves acceptance of certain restraints. One of the most important of those restraints is to exercise caution when it comes to making criticisms of the Government.

tialité ont été bien décrits par la commission MacDonnell. Bien que la description se rapporte aux activités politiques des fonctionnaires au Royaume-Uni, elle touche à des valeurs qui s'appliquent à la fonction publique au Canada:

[TRADUCTION] D'une manière générale, nous croyons que si les restrictions relatives aux activités politiques des fonctionnaires devaient être levées, cela aurait probablement deux conséquences. Le public pourrait cesser de croire, comme nous pensons qu'il le fait maintenant avec raison, en l'impartialité de la fonction publique permanente; et les ministres pourraient cesser de sentir la confiance bien méritée qu'ils possèdent à l'heure actuelle dans l'appui loyal et fidèle de leurs fonctionnaires; en fait, ils pourraient être portés à examiner à fond les paroles et les écrits de leurs subordonnés et à choisir pour occuper des postes de confiance, seulement ceux dont ils savent qu'ils partagent les mêmes sympathies politiques.

Si tel était le cas, le système de recrutement par concours public constituerait seulement une barrière fragile contre le népotisme ministériel au cours de toutes les années de service sauf au début; la fonction publique cesserait en fait d'être un organisme impartial, apolitique, capable de loyaux services envers tous les ministres et les partis; le changement aurait rapidement des effets sur l'opinion que le public se fait de la fonction publique et le résultat serait destructif à l'égard de ce qui est sans aucun doute, à l'heure actuelle, l'un des plus grands avantages de notre système administratif et l'une des traditions les plus honorables de notre vie publique.

Voir les alinéas 10 et 11 du chap. 11 du Comité MacDonnell cité dans *Re Ontario Public Service Employees Union and Attorney-General for Ontario* (1980), 31 O.R. (2d) 321 (C.A.), à la p. 329.

À mon avis, il existe au Canada une tradition semblable en ce qui a trait à notre fonction publique. La tradition met l'accent sur les caractéristiques d'impartialité, de neutralité, d'équité et d'intégrité. Une personne qui entre dans la fonction publique ou une qui y est déjà employée doit savoir, ou du moins est présumée savoir, que l'emploi dans la fonction publique comporte l'acceptation de certaines restrictions. L'une des plus importantes de ces restrictions est de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de critiquer le gouvernement.

For the reasons outlined, I conclude that the Adjudicator did not err in law and that the Federal Court of Appeal was right in not reversing his decision on this point.

VI

Evidence of Impairment to Perform Job

Mr. Fraser further contends the Adjudicator erred in law by finding that his effectiveness as a public servant was impaired by his public statements, without any evidence to that effect.

It is true the Adjudicator found Mr. Fraser's effectiveness as a public servant was impaired. It is also true there was no direct evidence to this effect before the Adjudicator. There was not, for example, testimony from so-called "clients" of Revenue Canada (*i.e.*, persons subject to a tax audit) establishing that in their eyes Mr. Fraser's conduct placed his impartiality and judiciousness in doubt. In spite of this, the Adjudicator concluded that Mr. Fraser's activities were job-related in that they led to "impairment" of his ability to do his job properly. Indeed he found impairment in two senses: first, impairment to perform effectively the specific job because of the inferred effect on clients; secondly, and in a wider sense, impairment to be a public servant because of the special and important characteristics of that occupation.

I do not think the Adjudicator erred on either count. As to impairment to perform the specific job, I think the general rule should be that direct evidence of impairment is required. However, this rule is not absolute. When, as here, the nature of the public servant's occupation is both important and sensitive and when, as here, the substance, form and context of the public servant's criticism is extreme, then an inference of impairment can be drawn. In this case the inference drawn by the Adjudicator, namely that Mr. Fraser's conduct could or would give rise to public concern, unease and distrust of his ability to perform his employ-

Pour les motifs exposés, je conclus que l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit et que la Cour d'appel fédérale a eu raison de ne pas renverser sa décision sur ce point.

VI

Preuve de l'empêchement d'accomplir son travail

M. Fraser soutient en outre que l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu, sans aucun élément de preuve à cet effet, que ses déclarations publiques avaient diminué son efficacité en tant que fonctionnaire.

Il est vrai que l'arbitre a conclu qu'il y avait eu diminution de l'efficacité de M. Fraser en tant que fonctionnaire. Il est également vrai qu'aucun élément de preuve précis à cet effet n'a été produit devant l'arbitre. Il n'y avait par exemple pas de témoignages de ce qu'on peut appeler des «clients» de Revenu Canada (c'est-à-dire des personnes soumises à une vérification fiscale) établissant que, à leurs yeux, la conduite de M. Fraser avait soulevé un doute sur son impartialité et sur sa sagesse. Malgré cela, l'arbitre a conclu que les activités de M. Fraser se rapportaient à son travail, car elles avaient une «incidence néfaste» sur son aptitude à accomplir son travail correctement. En fait il a conclu qu'il y avait incidence néfaste de deux manières: d'abord, l'empêchement d'accomplir son travail précis d'une manière efficace à cause de l'effet inféré à l'égard des clients; ensuite, dans un sens plus large, l'empêchement d'être un fonctionnaire à cause des caractéristiques spéciales et importantes de cet emploi.

Je ne crois pas que l'arbitre ait commis d'erreur sur ces deux points. En ce qui a trait à l'empêchement d'accomplir le travail précis, je crois que selon la règle générale la preuve directe de l'incidence néfaste devrait être exigée. Toutefois cette règle n'est pas absolue. On peut déduire qu'il y a eu incidence néfaste lorsque, comme en l'espèce, la nature du poste du fonctionnaire est à la fois importante et délicate et lorsque comme en l'espèce, le fond, la forme et le contexte de la critique du fonctionnaire est extrême. En l'espèce, la déduction de l'arbitre, savoir que la conduite de M. Fraser pouvait ou allait susciter des inquiétudes,

ment duties, was not an unreasonable one for him to take.

Turning to impairment in the wider sense, I am of opinion that direct evidence is not necessarily required. The traditions and contemporary standards of the public service can be matters of direct evidence. But they can also be matters of study, of written and oral argument, of general knowledge on the part of experienced public sector adjudicators, and ultimately, of reasonable inference by those adjudicators. It is open to an adjudicator to infer impairment on the whole of the evidence if there is evidence of a pattern of behaviour which an adjudicator could reasonably conclude would impair the usefulness of the public servant. Was there such evidence of behaviour in this case? In order to answer that question it becomes relevant to consider the substance, form and context of Mr. Fraser's criticism of government policy.

On this point, the Adjudicator found the evidence overwhelming. The substantive criticism was of two major and, at the time, divisive policies—the metric conversion program and the *Charter*. In form, the criticism was prolonged and, as the national media focussed its attention on Mr. Fraser, increasingly derogatory in tone. As events developed, his criticism went beyond the two policies mentioned above. He began to impugn and attack the character of the Prime Minister and the integrity of the Government. He did this on a local, then a national, and finally an international basis. He said in Kingston:

> We have sold the rights of English-speaking Quebecers down the drain.
>
> The Federal Government never had any mandate from the people.
>
> We are not killing Jews as they did in Nazi Germany, but Canadians are up against that same insidious mentality today from their government.

de la gêne ou de la méfiance de la part du public à l'égard de son aptitude à accomplir ses fonctions, n'était pas déraisonnable.

Si on examine l'incidence néfaste dans un sens plus large, je suis d'avis qu'une preuve directe n'est pas nécessairement exigée. Les traditions et les normes contemporaines de la fonction publique peuvent constituer des éléments de preuve directe. Toutefois elles peuvent également être des éléments d'étude, d'argumentation écrite et orale, de connaissance générale de la part d'arbitres qui ont l'expérience du secteur public et enfin, de déductions raisonnables par ces derniers. Un arbitre peut déduire qu'il y a une incidence néfaste d'après l'ensemble de la preuve si des éléments de preuve indiquent un type de conduite qui peut raisonnablement l'amener à conclure qu'elle est de nature à diminuer l'efficacité du fonctionnaire. Y avait-il en l'espèce de tels éléments de preuve sur la conduite? Pour répondre à cette question il devient pertinent d'examiner le fond, la forme et le contexte des critiques de M. Fraser contre les politiques du gouvernement.

Sur ce point, l'arbitre a conclu que la preuve était écrasante. Les critiques principales portaient sur deux politiques importantes qui, à ce moment-là, suscitaient des divisions—le programme de conversion au système métrique et la *Charte*. En ce qui a trait à la forme, la critique a été prolongée et, comme les médias nationaux accordaient beaucoup d'attention à M. Fraser, elle était d'un ton de plus en plus désobligeant. Avec le temps, sa critique a dépassé les deux politiques mentionnées. Il a commencé à contester et à attaquer la personnalité du Premier ministre et l'intégrité du gouvernement. Il l'a d'abord fait à un niveau local, puis à un niveau national et enfin à un niveau international. Il a dit à Kingston:

> [TRADUCTION] Nous avons trahi les Québécois anglophones.
>
> Le peuple n'a jamais confié de mandat au gouvernement fédéral.
>
> Nous ne massacrons pas les juifs comme ils l'ont fait en Allemagne nazie, mais aujourd'hui des Canadiens se révoltent contre cette même mentalité insidieuse de leur gouvernement.

He telexed Sir Francis Pym, Leader of the British House of Commons:

> You are dealing with a federal government that has a record of broken promises to the Canadian people.

When one examines the substance of the criticisms (two major government policies and the character and integrity of the Prime Minister and Government), the context of those criticisms (prolonged, virtually full time, in public meetings, on radio, on television, in newspapers, local, national, international), and the form of the criticisms (initially restrained, but increasingly vitriolic and vituperative) the Adjudicator's conclusion that Mr. Fraser's ability to perform his own job and his suitability to remain in the public service were both impaired was a fair conclusion. Though no direct evidence of the fact of impairment of capacity is required, here the evidence clearly established circumstances from which the inference of impairment is clearly irresistible. Put simply, although there is not an absolute prohibition against public servants criticizing government policies, Mr. Fraser in this case went much too far.

There is one final matter which needs to be addressed. Mr. Fraser contends that if his course of conduct after the first suspension was improper, which he denies, it must be assessed in light of the fact that the first suspension itself was not justified. In other words, the initial improper action by the employer fed or provoked his later improper conduct, if any.

I see no merit in this argument. Even if one accepts this cause and effect analysis, the whole *rationale* of most grievance systems, including the federal system applicable in this appeal, is to deal with precisely this type of situation. There was a disagreement there. The employee wanted to speak out. The employer said that he could not. The employee persisted. The employer suspended him. But that is not all the employer did. The employer recognized that the employee was taking a principled stand. Accordingly, the employer offered to expedite the grievance procedure, provided the

Il a expédié un télex à sir Francis Pym, leader de la Chambre des communes britannique:

> [TRADUCTION] Vous traitez avec un gouvernement fédéral qui a derrière lui une histoire de promesses non tenues à l'égard du peuple canadien.

Lorsqu'on examine le fond des critiques (deux politiques gouvernementales importantes et la personnalité et l'intégrité du Premier ministre et du gouvernement), le contexte de ces critiques (prolongées, pratiquement à temps plein, dans des assemblées publiques, à la radio, à la télévision, dans les journaux, aux niveaux local, national et international) et la forme de ces critiques (au départ limitées, mais de plus en plus cinglantes et injurieuses), on peut constater la justesse de la conclusion de l'arbitre selon laquelle tant l'aptitude de M. Fraser à accomplir son travail que sa capacité de demeurer dans la fonction publique étaient diminuées. Bien qu'aucune preuve directe d'incidence néfaste sur la capacité ne soit requise, la preuve en l'espèce établit clairement des circonstances qui nous amènent nécessairement à conclure qu'il y a eu une incidence néfaste. Simplement, bien qu'il n'y ait pas d'interdiction absolue contre les critiques des fonctionnaires à l'endroit des politiques du gouvernement, en l'espèce, M. Fraser est allé beaucoup trop loin.

Il y a une dernière question qui doit être examinée. M. Fraser soutient que si sa conduite après la première suspension était incorrecte, ce qu'il nie, elle doit être évaluée à la lumière du fait que la première suspension en soi n'était pas justifiée. En d'autres termes, il dit que la première mesure inappropriée prise par l'employeur a encouragé ou provoqué sa conduite postérieure incorrecte, si tel est le cas.

Je suis d'avis que cet argument n'est pas fondé. Même si l'on accepte cette analyse de cause à effet, l'entière raison d'être de la plupart des systèmes de règlement des griefs, y compris le système fédéral applicable en l'espèce, est précisément de traiter de ce genre de situation. Il y a eu un désaccord en l'espèce. L'employé voulait exprimer ses opinions. L'employeur a dit qu'il ne pouvait pas le faire. L'employé a persisté. L'employeur l'a suspendu. Toutefois, ce n'est pas tout ce que l'employeur a fait. L'employeur a reconnu qu'un employé adoptait une position de principe. Par

employee would cease his criticism. The employee refused. He decided to continue, and in fact greatly expanded, his criticism of the Government. In doing this, it seems to me, he voluntarily assumed the risk that his conduct might be adjudged to be sufficient cause for the initial suspension or for subsequent disciplinary action. Indeed, at the outset of his address to the Kingston City Council Mr. Fraser indicated that he appreciated the risks to his job security that he was assuming in appearing before Council but was willing "to pay the price". As it turned out, the Adjudicator held that the first suspension was not waranted but the second suspension and the discharge were warranted. In my opinion, Mr. Fraser's conduct leading to the second suspension and the discharge did not flow from the first suspension. Rather, that conduct flowed solely from his behaviour concerning the expression of his views.

For these reasons, I conclude the Adjudicator did not err by finding that Mr. Fraser's effectiveness as a public servant was impaired by his public statements, without any direct evidence to that effect. And the Federal Court of Appeal was correct in affirming the Adjudicator's decision on this point.

VII

Conclusions

As I have indicated, the Adjudicator considered the relevant factors, applied the governing legal principles, and reached the correct result. He made no error of law. Accordingly, the Federal Court of Appeal, reviewing the Adjudicator's decision under s. 28 of the *Federal Court Act*, made no error.

I would dismiss the appeal. This is not a case for costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady and Morin, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

conséquent, l'employeur a offert d'accélérer le processus de griefs à la condition que l'employé cesse ses critiques. L'employé a refusé. Il a décidé de continuer et en fait il a étendu ses critiques à l'égard du gouvernement. Ce faisant, il me semble avoir volontairement pris le risque que sa conduite puisse être jugée comme une cause suffisante pour justifier la première suspension ou une mesure disciplinaire subséquente. En fait, au début de son allocution devant le conseil municipal de Kingston, M. Fraser a dit savoir pertinemment qu'il risquait de perdre son emploi en se présentant devant le conseil, mais qu'il était disposé à [TRADUCTION] «en payer le prix». En l'occurrence, l'arbitre a conclu que la première suspension n'était pas justifiée mais que la seconde suspension et le congédiement étaient justifiés. À mon avis, la conduite de M. Fraser qui a entraîné la seconde suspension et le congédiement ne découlait pas de la première suspension. Cette conduite découlait plutôt seulement de son comportement en ce qui a trait à l'expression de ses opinions.

Pour ces motifs, je conclus que l'arbitre n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que l'efficacité de M. Fraser en tant que fonctionnaire avait été diminuée par ses déclarations publiques, sans aucun élément de preuve directe à cet effet. De même, la Cour d'appel fédérale a eu raison de confirmer la décision de l'arbitre sur ce point.

VII

Conclusions

Comme je l'ai indiqué précédemment, l'arbitre a examiné les facteurs pertinents, a appliqué les principes juridiques en vigueur et est parvenu au résultat approprié. Il n'a commis aucune erreur de droit. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale n'a également commis aucune erreur dans son examen de la décision de l'arbitre aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'y a pas lieu d'adjuger de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady et Morin, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Tracy Evans John *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Tracy Evans John *Respondent.*

File Nos.: 18190 and 18292.

1985: March 6; 1985: December 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Appeal — Criminal law — Appeal dismissed for want of substantial wrong or miscarriage of justice — Splitting of Crown's case — Evidence adduced on reply — Whether or not accused suffered substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Splitting of Crown's case — Collateral facts — Whether trial judge's error of allowing Crown to adduce reply evidence occasioned appellant no substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Criminal law — Kienapple principle — Lesser counts dismissed on rape conviction — Whether or not Kienapple principle properly applied.

Accused was charged and convicted on five counts arising out of the same incident: (1) taking a woman away against her will with intent to have illicit sexual intercourse, (2) unlawfully confining that person, (3) indecent assault, (4) rape, and (5) carrying a weapon for the purpose of committing the indictable offence of rape.

At trial, the complainant testified in-chief and on cross-examination as to the accused's limp and his difficulty climbing stairs. The accused then elected to testify and did nothing to disturb the testimony with respect to his restricted mobility. The Crown, in reply, called witnesses to contradict the essence of complainant's testimony as to the accused's difficulties in walk-

Tracy Evans John *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

et entre

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Tracy Evans John *Intimé.*

N^os du greffe: 18190 et 18292.

1985: 6 mars; 1985: 10 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 DE L'ONTARIO

Appel — Droit criminel — Appel rejeté pour absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Division de la preuve de la poursuite — Présentation d'une contre-preuve — L'accusé a-t-il subi un tort important ou a-t-il été victime d'une erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Division de la preuve de la poursuite — Faits incidents — La permission donnée par le juge à la poursuite de présenter une contre-preuve a-t-elle causé à l'appelant un tort important ou l'a-t-elle rendu victime d'une erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

Droit criminel — Principe de l'arrêt Kienapple — Acquittement sur les chefs réduits d'accusation, suite à une déclaration de culpabilité de viol — Le principe de l'arrêt Kienapple a-t-il été bien appliqué?

L'accusé a été inculpé et déclaré coupable relativement à cinq chefs d'accusation découlant du même incident, savoir: (1) enlèvement d'une femme contre son gré dans l'intention d'avoir des rapports sexuels illicites, (2) séquestration de cette personne, (3) attentat à la pudeur, (4) viol et (5) port d'une arme dans le but de commettre l'acte criminel de viol.

Au procès, la plaignante a déposé, dans son témoignage principal et dans son contre-interrogatoire, que l'accusé boitait et avait de la difficulté à monter les escaliers. L'accusé a alors choisi de déposer et il n'a rien fait pour contredire le témoignage relatif à la difficulté qu'il éprouvait à se déplacer. En contre-preuve, la poursuite a appelé des témoins pour contredire l'essentiel du

ing. When the Crown called the complainant in reply, she testified about a new topic completely unrelated to any previous evidence. The evidence adduced in reply forced the accused to enter the witness box a second time. The Crown's cross-examination dealt with a collateral issue and amounted to a sharp attack on accused's credibility. Accused appealed, citing reversible error below in the conduct of the trial, and subsidiarily citing the application of the *Kienapple* principle to some of the counts. The Court of Appeal agreed there was error below but the majority, applying s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, dismissed the appeal. All convictions except that of rape were later quashed in an addendum to the original judgment released before the formal Order.

Held: The appeals should be allowed.

Dividing the prosecution's case so as to sandwich the defence violates one of the fundamental precepts of our criminal process. The accused must be given the opportunity to elect to remain silent or to enter the witness box in his own defence in the full awareness of the Crown's complete case. This did not occur here.

Section 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* could not be invoked here. The reviewing tribunal could not, with anything approaching reality, retry the case to assess the worth of the evidence remaining after the improperly adduced evidence had been extracted. The situation resulting from the trial failed to qualify under any of the authorities for the application of the proviso in s. 613(1)(*b*)(iii). Since the conviction for rape was quashed and a new trial ordered by this Court, it was unnecessary to consider the issues raised concerning the application of the *Kienapple* principle for its application flowed from the conviction for rape. It was sufficient to allow the Crown appeals for the purpose of ordering a new trial on all five counts.

Cases Cited

Kienapple v. The Queen, [1975] 1 S.C.R. 729, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143, 613(1)(*b*)(iii).

témoignage de la plaignante quant aux difficultés que l'accusé avait à marcher. Lorsque la poursuite a appelé la plaignante en contre-preuve, celle-ci a témoigné à propos d'un nouveau sujet qui n'avait absolument rien à voir avec les dépositions antérieures, ce qui a obligé l'accusé à venir témoigner une seconde fois. Le contre-interrogatoire de l'accusé par la poursuite a porté sur une question incidente et a consisté à mettre directement en doute la crédibilité de l'accusé. L'accusé a interjeté appel en soutenant qu'il y avait eu erreur donnant lieu à cassation en première instance dans la conduite du procès et, subsidiairement, que le principe de l'arrêt *Kienapple* s'appliquait à certains chefs d'accusation. La Cour d'appel a reconnu qu'il y avait eu erreur en première instance, mais la cour à la majorité a appliqué le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* et a rejeté l'appel. Toutes les déclarations de culpabilité sauf celle de viol ont par la suite été annulées dans un addenda aux motifs originaux, émis avant de délivrer la minute du jugement.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

La division de la preuve de la poursuite de manière à coincer la défense viole un des principes fondamentaux de notre procédure criminelle. L'accusé doit avoir la possibilité de choisir de garder le silence ou de témoigner en toute connaissance de la totalité de la preuve de la poursuite. Ce n'est pas ce qui s'est produit ici.

Le sous-alinéa 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* ne peut être invoqué en l'espèce. La Cour d'appel ne peut, de façon vraiment réaliste, juger de nouveau l'affaire pour déterminer la valeur des témoignages qui restent après avoir retiré ceux offerts illégalement. La situation qui résulte du procès ne correspond nullement à celle des arrêts relatifs à l'application de la réserve énoncée au sous-al. 613(1)*b*)(iii). Puisque la déclaration de culpabilité de viol a été annulée et qu'un nouveau procès a été ordonné par cette Cour, il n'est pas nécessaire d'aborder les points soulevés au sujet de l'application du principe de l'arrêt *Kienapple* parce que son application découlait de la déclaration de culpabilité de viol. Il suffit d'accueillir les pourvois de la poursuite dans le but d'ordonner un nouveau procès relativement aux cinq chefs d'accusation.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 143, 613(1)(*b*)(iii).

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by G. Ferguson Co. Ct. J. on the count of rape allowing an appeal from conviction on all other counts. Appeals allowed.

Michael Code, for Tracy Evans John.

Damien Frost, for Her Majesty The Queen.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY AND LAMER JJ.—Tracy Evans John was charged and convicted in Toronto by a jury on five counts, all arising out of the same incident:

1. ... he, on or about the 11th day of April in the year 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, did take away Joanne Marie Volk, a female person, against her will with intent to have illicit sexual intercourse with her, contrary to the Criminal Code.

2. ... he, on or about the 11th day of April in the year 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, without lawful authority, confined Joanne Marie Volk, contrary to the Criminal Code.

3. ... he, on or about the 11th day of April in the year 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, indecently assaulted Joanne Marie Volk, a female person, contrary to the Criminal Code.

4. ... he, on or about the 11th day of April in the year 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, raped Joanne Marie Volk, contrary to the Criminal Code.

5. ... he, on or about the 11th day of April in the year 1981, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, carried a weapon, to wit: a knife, for the purpose of committing the indictable offence of rape, contrary to the Criminal Code.

The accused appealed his convictions to the Ontario Court of Appeal arguing reversible error below in the conduct of the trial and, subsidiarily, that a conviction, if any, could not be entered as

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge G. Ferguson de la Cour de comté relativement au chef d'accusation de viol et accueilli l'appel des déclarations de culpabilité relatives à tous les autres chefs d'accusation. Pourvois accueillis.

Michael Code, pour Tracy Evans John.

Damien Frost, pour Sa Majesté La Reine.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES ESTEY ET LAMER—Tracy Evans John a été accusé et déclaré coupable à Toronto par un jury relativement à cinq chefs d'accusation qui découlent tous du même incident:

[TRADUCTION]

1. ... d'avoir, le 11 avril 1981 ou vers cette date, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, enlevé contre son gré Joanne Marie Volk, une personne du sexe féminin, dans l'intention d'avoir avec elle des rapports sexuels illicites, contrairement au Code criminel.

2. ... d'avoir, le 11 avril 1981 ou vers cette date, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, sans autorisation légitime séquestré Joanne Marie Volk, contrairement au Code criminel.

3. ... d'avoir, le 11 avril 1981 ou vers cette date, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, attenté à la pudeur de Joanne Marie Volk, une personne du sexe féminin, contrairement au Code criminel.

4. ... d'avoir, le 11 avril 1981 ou vers cette date, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, violé Joanne Marie Volk, contrairement au Code criminel.

5. ... d'avoir, le 11 avril 1981 ou vers cette date, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, porté une arme, soit un couteau, dans le but de commettre l'acte criminel de viol, contrairement au Code criminel.

L'accusé a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité à la Cour d'appel de l'Ontario, soutenant qu'il y avait eu erreur donnant lieu à cassation en première instance dans la conduite du

regards some of the counts under the principle set out by this Court in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. All agreed that there was error below, but the majority, applying s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, dismissed the appeal. Brooke J. A. dissenting, would not have applied the proviso and would have allowed the appeal from conviction and ordered a new trial. The judgment was released on November 17, 1983. No reference was made in the judgment to the issue regarding multiple convictions.

Before the issuance of the formal Order, the Court of Appeal released, on December 1, 1983, an addendum to the original judgment. In this addendum, all of the convictions except the conviction for rape were quashed on the basis of the rule against multiple convictions.

The accused appeals to this Court his conviction for rape while the Crown appeals the application of the *Kienapple* principle as regards some of the counts. The Crown also invites this Court to pronounce upon certain procedural aspects that arise upon an application of *Kienapple*.

The issues in these appeals therefore divide into two parts. The first part concerns the application by the majority in the court below of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* to confirm a conviction under s. 143 of the *Code* for rape. The second part concerns the quashing by the Court of Appeal of the convictions on the other four counts in the indictment, as a result of an application of the principle set out in *Kienapple*, *supra*.

The issue arising out of the application of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* concerns the Crown's action in calling in reply the complainant and nine other witnesses to introduce evidence concerning the physical characteristics of the accused, particularly his mobility and agility, not-

procès et, subsidiairement, qu'il ne pouvait y avoir déclaration de culpabilité à l'égard de certains des chefs d'accusation en vertu du principe énoncé par cette Cour dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Tous ont reconnu qu'il y avait eu erreur en première instance, mais la cour à la majorité a appliqué le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* et a rejeté l'appel. Le juge Brooke, dissident, n'aurait pas appliqué la réserve, mais aurait accueilli l'appel des déclarations de culpabilité et aurait ordonné un nouveau procès. Le jugement a été rendu le 17 novembre 1983. Le jugement ne fait pas mention de la question des déclarations de culpabilité multiples.

Avant de délivrer la minute du jugement, la Cour d'appel a émis, le 1er décembre 1983, un addenda aux motifs originaux. Dans cet addenda, toutes les déclarations de culpabilité sauf celle de viol ont été annulées par application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples.

L'accusé se pourvoit en cette Cour à l'encontre de sa déclaration de culpabilité de viol alors que la poursuite se pourvoit contre l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* à l'égard de certains chefs d'accusation. La poursuite demande également à la Cour de se prononcer sur certains aspects de procédure que soulève l'application de l'arrêt *Kienapple*.

Les questions soulevées par les présents pourvois se divisent donc en deux parties. La première porte sur l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* qu'a fait la Cour d'appel à la majorité pour confirmer la déclaration de culpabilité de viol prononcée en vertu de l'art. 143 du *Code*. La seconde partie vise l'annulation par la Cour d'appel des déclarations de culpabilité relativement aux quatre autres chefs de l'accusation, par suite de l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*, précité.

La question soulevée par l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* a trait au fait que la poursuite a appelé la plaignante et neuf autres témoins à déposer pour offrir une contre-preuve relative aux caractéristiques physiques de l'accusé, notamment sa mobilité et son agilité,

withstanding that he had an artificial limb from the knee down on one leg. The complainant testified in-chief and in cross-examination that the accused walked with a limp and had difficulty climbing the two flights of stairs to his dwelling. Indeed, the complainant admitted that in the course of the journey up the stairs, there was a possibility that she could have escaped by reason of the accused's difficulty except that she was frightened and this was probably due to the possession of a knife by the accused. Against the backdrop of this evidence, the accused elected to testify and he did nothing to disturb the complainant's description of his restricted ability to move about. Indeed, he may have emphasized the complainant's evidence by limping to the witness stand. In reply, other witnesses called by the Crown contradicted the essence of the complainant's testimony as to the difficulties the accused had in walking by reason of his artificial limb. The Crown could not have called these witnesses to contradict its own witness, the complainant Volk. To allow the Crown to do so in reply is doubly wrong because the effect was to force the accused to return to the witness box. When the Crown called the complainant in reply, she testified about a new topic which had nothing whatever to do with any evidence entered by the accused or on behalf of the accused in his defence. She proceeded to tell the jury about a statement alleged to have been made by the accused to her that he "had planned ... [the offence] for a week and it could have been anyone". The effect of this evidence on a juror's mind would in all likelihood be serious. It is of course impossible to reconstruct this trial by jury so as to determine what the verdict would have been had this evidence not been presented. This information did not fall out of the complainant accidentally, as the very form of the Crown's question indicates an awareness of the answer desired. Indeed, counsel for the Crown, in proper frankness, acknowledged that this was the case. Clearly this is the situation referred to in criminal practice as the prosecution splitting its case. The wrongs which flow from such a practice are manifold and the practice has been prohibited from the

malgré qu'il ait eu une jambe artificielle à partir du genou. La plaignante a déposé dans son témoignage principal et dans son contre-interrogatoire que l'accusé boitait et avait de la difficulté à monter les deux séries de marches qui conduisent à son logement. La plaignante a même reconnu qu'en montant les marches elle aurait eu la possibilité de s'échapper à cause de la difficulté qu'éprouvait l'accusé mais qu'elle était effrayée probablement parce que l'accusé avait un couteau en sa possession. Devant cette preuve, l'accusé a choisi de déposer et il n'a rien fait pour contredire la description de la plaignante quant à la difficulté qu'il éprouvait à se déplacer. Il a peut-être même corroboré le témoignage de la plaignante en boitant jusqu'à la barre des témoins. En contre-preuve, d'autres témoins appelés par la poursuite ont contredit l'essentiel de la déposition de la plaignante quant aux difficultés que l'accusé avait à marcher à cause de sa jambe artificielle. La poursuite ne pouvait faire comparaître ces témoins pour contredire son propre témoin, c'est-à-dire la plaignante Volk. Permettre à la poursuite d'agir de la sorte en contre-preuve est doublement répréhensible parce que cela a eu pour effet d'obliger l'accusé à revenir déposer. Lorsque la poursuite a appelé la plaignante en contre-preuve, celle-ci a témoigné à propos d'un nouveau sujet qui n'avait absolument rien à voir avec les dépositions faites en défense par l'accusé ou des témoins de l'accusé. Elle a donc parlé au jury d'une déclaration que l'accusé lui aurait faite selon laquelle il avait [TRADUCTION] «planifié ... [l'infraction] depuis une semaine et il aurait pu s'agir de n'importe qui». L'effet de ce témoignage sur l'esprit d'un juré est tout probablement sérieux. Il est évidemment impossible de reconstituer ce procès avec jury de manière à savoir quel aurait été le verdict si ce témoignage n'avait pas été donné. La plaignante n'a pas laissé échapper ce renseignement de façon accidentelle, puisque la tournure même de la question de la poursuite donne une indication de la réponse recherchée. Le substitut du procureur général a même admis en toute franchise que c'était le cas. Il s'agit là manifestement de la situation désignée en pratique criminelle comme la division de la preuve de la poursuite. Les effets néfastes qui découlent de cette pratique sont nom-

earliest days of our criminal law.

The effect of this evidence by the complainant also forced the accused to enter the witness box for the second time. He was required so to do firstly in order to deal with the evidence of his agility or mobility, and secondly to meet the evidence that he had indeed planned the offence in general for some time. The cross-examination of the accused by the Crown centered on his ability to ascend stairs and to play basketball. The first related to evidence led by reply witnesses who contradicted the evidence of the complainant on this subject and the second related to evidence by reply witnesses who introduced a purely collateral matter, namely the accused's ability to play basketball without using a wheelchair. In the course of this cross-examination the issue was squarely put to the accused that he had been lying in his examination-in-chief when he said he played basketball only with the aid of a wheelchair. The process reduced itself to a simple sharp attack in front of the jury on the accused's credibility on an issue wholly collateral.

These are the consequences that flow from a violation of one of the fundamental precepts of our criminal process, namely the dividing of the prosecution's case so as to sandwich the defence. This is a particularly lethal tactic where the evidence in reply raises a new issue and attacks the accused's credibility for this is the last evidence which the members of the jury hear prior to their deliberations. It also raises the question as to the propriety of the Crown's conduct in the context of the accused's right to elect to remain silent or to elect to enter the witness box in his own defence. He must be given the opportunity of making this decision in the full awareness of the Crown's complete case. This did not occur in these proceedings.

Section 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* cannot be invoked in these circumstances. The reviewing tribunal cannot, with anything approaching reality, retry the case to assess the worth of the residual evidence after the improperly

breux et elle est interdite depuis le tout début de notre droit criminel.

Ce témoignage de la plaignante a aussi eu pour effet de forcer l'accusé à venir témoigner une seconde fois. Il a dû le faire d'abord pour répondre à la preuve relative à son agilité ou sa mobilité, puis pour contredire le témoignage qu'il avait en réalité planifié l'infraction de façon générale depuis quelque temps. Le contre-interrogatoire de l'accusé par la poursuite a tourné autour de sa capacité à monter les escaliers et à jouer au basket. Le premier sujet visait les dépositions offertes par les témoins appelés en contre-preuve qui contredisaient celle de la plaignante sur le même sujet et le second avait trait aux dépositions des mêmes témoins qui ont amené un sujet purement accessoire soit la capacité de l'accusé de jouer au basket sans utiliser un fauteuil roulant. Au cours de ce contre-interrogatoire, on a carrément reproché à l'accusé d'avoir menti au cours de son interrogatoire principal lorsqu'il a dit ne pouvoir jouer au basket qu'à l'aide d'un fauteuil roulant. Le procédé consistait simplement à mettre directement en doute la crédibilité du témoin en présence du jury sur une question tout à fait incidente.

Ce sont là les conséquences qui découlent de la violation d'un des préceptes fondamentaux de notre procédure criminelle, c'est-à-dire la division de la preuve de la poursuite de manière à coincer la défense. C'est une tactique particulièrement destructrice si le témoignage donné en contre-preuve soulève une nouvelle question et met en cause la crédibilité de l'accusé, puisqu'il s'agit du dernier témoignage que les membres du jury entendent avant de délibérer. Cette pratique pose également la question de la justesse de la conduite de la poursuite eu égard au droit de l'accusé de choisir de garder le silence ou de choisir de témoigner pour sa propre défense. Il doit avoir la possibilité de prendre cette décision en toute connaissance de la totalité de la preuve de la poursuite. Ce n'est pas ce qui s'est produit dans ces procédures.

Le sous-alinéa 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* ne peut être invoqué dans ces circonstances. La Cour d'appel ne peut, de façon vraiment réaliste, juger de nouveau l'affaire pour déterminer la valeur des témoignages qui restent après avoir retiré du dos-

adduced evidence has been extracted from the record. The appellate tribunal does not have the advantage of seeing the witnesses, and in any case, was never intended in the criminal process to replace the jury. It is unnecessary to reopen the many authorities in this Court on the application of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* because the situation resulting from the trial in these proceedings fails to qualify under any of these authorities for the application of the proviso in s. 613(1)(*b*)(iii).

The accused's appeal succeeds, the conviction for rape is quashed and a new trial ordered on that count of rape. As the conviction for rape, the foundation upon which the convictions at trial for the other offences were set aside and quashed under the "*Kienapple* principle", no longer exists, it is unnecessary to address the issues raised by the Crown appeals as regards the alleged improper application by the Court of Appeal of the principle in *Kienapple* to those convictions. It is sufficient, in this case, to allow the Crown appeals for the purpose of ordering a new trial on all five counts.

Appeals allowed.

Solicitors for Tracy Evans John: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for Her Majesty The Queen: Attorney General for Ontario, Toronto.

sier ceux offerts illégalement. La Cour d'appel n'a pas l'avantage de voir les témoins et, de toute façon, on n'a jamais voulu qu'elle remplace le jury en matière criminelle. Il n'est pas nécessaire de réétudier la jurisprudence abondante de cette Cour qui porte sur l'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* parce que la situation qui résulte du procès tenu en l'espèce ne correspond nullement à celles des arrêts relatifs à l'application de la réserve énoncée au sous-al. 613(1)*b*)(iii).

Le pourvoi de l'accusé est accueilli, la déclaration de culpabilité de viol est annulée et un nouveau procès est ordonné relativement au chef d'accusation de viol. Puisque la déclaration de culpabilité de viol à cause de laquelle les autres déclarations de culpabilité au procès ont été annulées par application du «principe de l'arrêt *Kienapple*» n'existe plus, il est inutile d'aborder les points soulevés par les pourvois de la poursuite au sujet de l'application irrégulière du principe de l'arrêt *Kienapple* qu'aurait fait la Cour d'appel à ces déclarations de culpabilité. Il suffit, en l'espèce, d'accueillir les pourvois de la poursuite dans le but d'ordonner un nouveau procès relativement aux cinq chefs d'accusation.

Pourvois accueillis.

Procureurs de Tracy Evans John: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de Sa Majesté La Reine: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Henry Terlecki *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17641.

1985: December 12.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Procedure — Kienapple principle — Driving offences — Accused found guilty on charges of "impaired driving" (s. 234) and "driving over .08" (s. 236) — Conviction registered in Provincial Court for "driving over .08" but not for "impaired driving" — Acquittal entered on appeal to Court of Queen's Bench — Court of Appeal allowing appeal to extent of remitting matters to Court of Queen's Bench for determination on whether or not conviction for "impaired driving" be entered — Not entering conviction equivalent to entering stay on charge — Appeal dismissed and matter remitted to Provincial Court for determination — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1983), 4 C.C.C. (3d) 522, allowing an appeal (to the extent of remitting a related but stayed charge for determination by the Court of Queen's Bench) from an acquittal entered by the Court of Queen's Bench on appeal from a conviction entered by Stevenson Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

John E. Johnson, for the appellant.

Bruce Duncan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We dismiss the appeal. We find no error in the Court of Appeal in con-

Henry Terlecki *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 17641.

1985: 12 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et La Forest.

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

Droit criminel — Procédure — Principe de l'arrêt Kienapple — Infractions relatives à la conduite — Accusé reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies (art. 234) et de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg (art. 236) — Déclaration inscrite en Cour provinciale pour conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg mais non pour conduite avec facultés affaiblies — Acquittement inscrit en appel à la Cour du Banc de la Reine — Cour d'appel accueillant l'appel seulement pour renvoyer à la Cour du Banc de la Reine la question de savoir si la déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies doit être inscrite — Non-inscription de cette déclaration de culpabilité équivalant à un sursis — Pourvoi rejeté et question renvoyée à la Cour provinciale pour qu'elle en décide — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1983), 4 C.C.C. (3d) 522, qui a accueilli un appel (seulement pour faire statuer par la Cour du Banc de la Reine sur une accusation connexe mais suspendue) à l'encontre d'un acquittement inscrit par la Cour du Banc de la Reine en appel d'une déclaration de culpabilité inscrite par le juge Stevenson de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

John E. Johnson, pour l'appelant.

Bruce Duncan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous rejetons le pourvoi. Nous concluons que la Cour d'appel n'a pas

struring the trial judge's not registering a conviction on the count of impaired driving under s. 234 of the *Criminal Code* as equivalent to entering a stay on the charge. We differ from the Court of Appeal only in that we would return the matter back to Stevenson Prov. Ct. J. rather than Moshansky J., the Appeal Court Judge, to consider whether to register a conviction on the s. 234 charge and if so, to impose sentence.

commis d'erreur en considérant que, comme le juge du procès n'a pas inscrit de déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation de conduite avec facultés affaiblies en vertu de l'art. 234 du *Code criminel*, cela équivalait à l'inscription d'un sursis relativement à l'accusation. La seule différence d'avec la Cour d'appel est que nous sommes d'avis qu'il faut renvoyer la question au juge Stevenson de la Cour provinciale plutôt qu'au juge Moshansky de la Cour d'appel pour décider s'il y a lieu d'inscrire une déclaration de culpabilité aux termes de l'art. 234 et, dans l'affirmative, d'imposer une sentence.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: MacPherson and Associates, Calgary.

Procureurs de l'appelant: MacPherson and Associates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Gaetan Bouvier *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 18361.

1985: December 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Burden of proof — Identification — Trial judge misdirecting jury with respect to the requirement of proof beyond a reasonable doubt — Standard of proof beyond a reasonable doubt not applying to the individual items of evidence but to the totality of the evidence.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, 1 O.A.C. 302, setting aside the accused's acquittal on charges of rape and robbery and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Michael J. Neville, for the appellant.

D. C. Hunt, Q.C., 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. Hunt. We are not persuaded that the Court of Appeal of Ontario erred in its conclusion and in ordering a new trial. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Burritt, Grace, Neville & Hall, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

Gaetan Bouvier *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

N° du greffe: 18361.

1985: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Charge de la preuve — Identification — Juge du procès donnant des directives erronées au jury relativement à l'exigence de preuve au-delà de tout doute raisonnable — Norme de la preuve au-delà de tout doute raisonnable ne s'appliquant pas à chaque élément de preuve mais à son ensemble.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, 1 O.A.C. 302, qui a infirmé l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations de viol et de vol qualifié et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Michael J. Neville, pour l'appelant.

D. C. Hunt, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Me Hunt, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Nous ne sommes pas persuadés que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur dans sa conclusion et en ordonnant un nouveau procès. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Burritt, Grace, Neville & Hall, Ottawa.

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

IN THE MATTER OF the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63

AND IN THE MATTER OF the Reference re Section 94(2) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, as amended by the *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (B.C.), c. 36.

File No.: 17590.

1984: November 15; 1985: December 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Whether or not absolute liability offence with mandatory imprisonment in breach of that right — Meaning of term "principles of fundamental justice" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Bill of Rights, s. 2(e) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 94(1), (2).

Criminal law — Absolute liability offence with mandatory imprisonment — Charter right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Whether or not offence in breach of that Charter right.

The B.C. *Motor Vehicle Act* provided for minimum periods of imprisonment for the offence of driving on a highway or industrial road without a valid driver's licence or with a licence under suspension. Section 94(2) of the Act, moreover, provided that this offence was one of absolute liability in which guilt was established by the proof of driving, whether or not the driver knew of the prohibition or suspension. The Court of Appeal, on a reference by the provincial government, found s. 94(2) to be of no force or effect as it was inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: "the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." That decision was appealed to this Court.

DANS L'AFFAIRE de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1970, chap. 63

ET DANS L'AFFAIRE du renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288, modifiée par la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (C.-B.), chap. 36.

N° du greffe: 17590.

1984: 15 novembre; 1985: 17 décembre.

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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et droit de ne pas en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale — Une infraction de responsabilité absolue assortie d'un emprisonnement obligatoire viole-t-elle ce droit? — Sens de l'expression «principes de justice fondamentale» — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Déclaration canadienne des droits, art. 2e) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 94(1), (2).

Droit criminel — Infraction de responsabilité absolue avec emprisonnement obligatoire — Droit à la liberté garanti par la Charte et droit de ne pas en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale — L'infraction viole-t-elle ce droit garanti par la Charte?

La *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique prévoit des périodes minimales d'emprisonnement si quelqu'un commet l'infraction de conduire sur une route ou un chemin industriel sans permis de conduire valide ou alors que son permis est suspendu. Le paragraphe 94(2) de la Loi dispose de plus que cette infraction est une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y a culpabilité sur preuve que la personne a conduit un véhicule qu'elle ait été au courant ou non de l'interdiction ou de la suspension. Dans un renvoi soumis par le gouvernement provincial, la Cour d'appel a statué que le par. 94(2) est inopérant parce qu'il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui accorde à chacun le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». D'où le pourvoi en cette Cour contre cet arrêt.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.: A law with the potential of convicting a person who really has done nothing wrong offends the principles of fundamental justice and violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter* if imprisonment is available as a penalty.

The analysis of s. 7 was limited to determining the scope of the words "principles of fundamental justice". That phrase is not a protected right but a qualifier to the protected right not to be deprived of "life, liberty and security of the person"; its function is to set the parameters of that right. Interpretation of the term must be with reference to the protected rights but not so as to frustrate or stultify them. An interpretation equating "fundamental justice" with "natural justice" would not only be wrong, in that it would strip the protected interests of most of their content, but also would be inconsistent with the affirmative purposive expression of those rights.

Sections 8 to 14 address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. These sections are illustrative of the meaning of "principles of fundamental justice" in criminal or penal law. They recognize principles given expression at common law, by international convention and in the very entrenchment of the *Charter* as essential elements for the administration of justice founded on the dignity and worth of the human person and the rule of law.

The principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles not only of our judicial process but also of the other components of our legal system. These principles are not limited to procedural guarantees, although many are of that nature. Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 must rest on an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our evolving legal system. The words "principles of fundamental justice", therefore, cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7.

The Minutes of the Proceedings of the Special Joint Committee were admissible but without much weight

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard, Lamer et Le Dain: Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, elle viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

L'analyse de l'art. 7 se limite à déterminer la portée de l'expression «principes de justice fondamentale». Cette expression constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas voir porter atteinte «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne»; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit. Il faut l'interpréter par rapport aux droits protégés et de manière à ne pas les rendre inutiles ou vides de sens. Interpréter l'expression «justice fondamentale» comme équivalente à «justice naturelle» serait non seulement erroné car ce serait dépouiller les intérêts protégés de presque tout leur sens, mais aussi parce que ce serait incompatible avec le style affirmatif dans lequel ces droits sont énoncés.

Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ces articles constituent des illustrations du sens, en droit pénal ou criminel, de «principes de justice fondamentale». Ils représentent des principes reconnus par la *common law*, par les conventions internationales et par l'enchâssement même de la *Charte* en tant qu'éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondée sur la foi en la dignité et en la valeur de la personne humaine et sur la primauté du droit.

Les principes de justice fondamentale se trouvent non seulement dans les préceptes de notre procédure judiciaire, mais aussi dans les autres composantes de notre système juridique. Ces principes ne se limitent pas aux garanties offertes par la procédure, bien que nombre d'entre eux soient de cette nature. Savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique en évolution. En conséquence, on ne peut donner aux mots «principes de justice fondamentale» un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.

Les procès-verbaux du Comité mixte spécial étaient recevables, mais n'ont pas beaucoup de poids à cause de

given the inherent unreliability of such speeches and statements. The comments of a few public servants, however distinguished, could not be determinative in light of the many actors and the role of the provinces in arriving at the *Charter*. To cast the interpretation of s. 7 in terms of the comments made at the Joint Committee Proceedings would freeze the rights, values and freedoms expressed in the *Charter* as of the moment of adoption and deny it growth and adjustment over time.

The *Canadian Bill of Rights*, too, was of little assistance in construing s. 7. The words "principles of fundamental justice" in s. 2(*e*) of the *Canadian Bill of Rights* are placed explicitly in context of and qualify a "right to a fair hearing". Section 7 of the *Charter* does not create the same context: the words "principles of fundamental justice" are placed in context of and qualify much more fundamental rights. The distinction was important.

Absolute liability does not *per se* violate s. 7 of the *Charter*. An absolute liability offence violates s. 7 only if and to the extent that it has the potential to deprive life, liberty or the security of the person. There is no need that imprisonment be mandatory. The combination of imprisonment and absolute liability, however, violates s. 7 irrespective of the nature of the offence and can only be salvaged if the authorities demonstrate, under s. 1, such a deprivation to be a justified limit in a free and democratic society. Generally, no imprisonment may be imposed for an absolute liability offence and an offence punishable by imprisonment cannot be an absolute liability offence.

Public interest cannot be a factor in determining if absolute liability offends the principles of fundamental justice but only as a justification under s. 1. Administrative expediency, invoked as a justification for sacrificing s. 7 rights, should only succeed in cases arising out of exceptional conditions such as war, natural disasters or epidemics.

Section 94(2) enacts in the clearest of terms an absolute liability offence for which conviction will result in a person's being deprived of his liberty. Whether or not the provision is of limited or broad effect cannot change the fact that it is in violation of the *Charter* and at best could only be considered under s. 1. Notwithstanding the desirability of keeping bad drivers off the roads or of punishing them, no evidence was adduced

la nature foncièrement douteuse de ces déclarations et allocutions. Les observations de quelques fonctionnaires, si distingués soient-ils, ne peuvent être déterminantes en raison du grand nombre d'intervenants et du rôle des provinces dans l'adoption de la *Charte*. Façonner l'interprétation de l'art. 7 en fonction des observations faites au Comité mixte spécial figerait les droits, les valeurs et les libertés exprimés dans la *Charte* à l'époque de son adoption, sans possibilité de croissance et d'évolution dans le temps.

La *Déclaration canadienne des droits* n'est pas non plus très utile pour l'interprétation de l'art. 7. L'expression «principes de justice fondamentale» à l'al. 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits* est expressément rattachée «aux droits à une audition impartiale» qu'elle modifie. L'article 7 de la *Charte* ne crée pas le même lien: les mots «principes de justice fondamentale» sont rattachés à un droit beaucoup plus fondamental qu'ils modifient. La distinction est importante.

La responsabilité absolue ne viole pas en soi l'art. 7 de la *Charte*. Une infraction de responsabilité absolue viole l'art. 7 que si elle peut avoir comme conséquence de priver une personne de la vie, de la liberté ou de la sécurité et dans la mesure où elle peut le faire. Il n'est pas nécessaire que l'emprisonnement soit obligatoire. La combinaison de l'emprisonnement et de la responsabilité absolue viole l'art. 7 sans égard à la nature de l'infraction et ne peut être maintenue que si les autorités démontrent, en vertu de l'article premier, qu'une telle atteinte à la liberté constitue une limite raisonnablement justifiée dans une société libre et démocratique. De façon générale, on ne peut imposer l'emprisonnement pour une infraction de responsabilité absolue et une infraction punissable d'emprisonnement ne peut être une infraction de responsabilité absolue.

L'intérêt public ne peut pas être un facteur pour déterminer si la responsabilité absolue est contraire aux principes de justice fondamentale, mais seulement à titre de justification par application de l'article premier. La commodité administrative, qu'on invoque comme justification pour sacrifier les droits garantis par l'art. 7, ne pourra prévaloir que dans les cas résultant de conditions extraordinaires comme l'état de guerre, les désastres naturels ou les épidémies.

Le paragraphe 94(2) crée dans les termes les plus clairs une infraction de responsabilité absolue dont l'auteur, s'il est déclaré coupable, perdra sa liberté. Que la disposition ait un effet étendu ou limité ne change pas le fait qu'elle viole la *Charte*, et au mieux on ne pourrait en tenir compte que sous l'angle de l'article premier. Malgré qu'il soit tout à fait souhaitable d'éliminer les mauvais conducteurs de la route ou de les punir sévère-

demonstrating this end or the risk of imprisonment of a few innocent people to be a reasonable and justifiable limit on s. 7 within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

Per McIntyre J.: Section 94(2) of the *Motor Vehicle Act* is inconsistent with s. 7 of the *Charter*. Fundamental justice, as used in the *Charter*, involves more than natural justice, which is largely procedural, and includes a substantive element. On any definition of the term "fundamental justice", the imposition of minimum imprisonment for an offence which may be committed unknowingly and without intent and for which no defence can be made deprives or may deprive of liberty and offends the principles of fundamental justice.

Per Wilson J.: Section 94(2) of the *Motor Vehicle Act* violates s. 7 of the *Charter* and is not saved by s. 1. This is because a mandatory sanction of imprisonment cannot be attached to an absolute liability offence without offending s. 7.

The phrase "in accordance with the principles of fundamental justice" is not a qualification on the right to life, liberty and security of the person in the sense that it limits or modifies that right or defines its parameters. Rather it protects the right against deprivation or impairment unless such deprivation or impairment is effected in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 7 does not affirm a right to the principles of fundamental justice *per se*. Accordingly an absolute liability offence does not offend s. 7 unless it violates the right to either the life, liberty or security of the person through a violation of the principles of fundamental justice.

Section 1 of the *Charter* permits reasonable limits to be placed on the citizen's s. 7 right provided the limits are "prescribed by law" and can be demonstrably justified in a free and democratic society. If these limits are not imposed in accordance with the principles of fundamental justice, however, they can be neither reasonable nor justified under s. 1. The phrase "except in accordance with the principles of fundamental justice" restricts the government's power to impose limits under s. 1. A limit imposed on the s. 7 right in accordance with the principles of fundamental justice must still meet the tests in s. 1.

ment, on n'a pas fait la preuve que ce but ou le risque d'emprisonner quelques innocents constituent une limite raisonnable à l'art. 7 qui se justifie au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le juge McIntyre: Le paragraphe 94(2) de la *Motor Vehicle Act* est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. L'expression «justice fondamentale» utilisée dans la *Charte* vise plus que la justice naturelle et comprend un élément de fond. Quelle que soit la définition qu'on donne à l'expression «justice fondamentale», l'imposition d'une peine d'emprisonnement minimum pour une infraction à l'égard de laquelle aucun moyen de défense ne peut être soulevé et qui peut être commise par inadvertance et sans mauvaise intention porte ou peut porter atteinte à la liberté et viole les principes de justice fondamentale.

Le juge Wilson: Le paragraphe 94(2) de la *Motor Vehicle Act* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et il ne peut être sauvé par l'article premier. Il en est ainsi parce qu'on ne peut pas assortir une infraction de responsabilité absolue d'une peine d'emprisonnement obligatoire sans violer l'art. 7.

L'expression «en conformité avec les principes de justice fondamentale» n'est pas un modificatif apporté au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne en ce sens qu'elle limite ou modifie ce droit ou en détermine les paramètres. Elle vise plutôt à protéger ce droit contre toute atteinte à moins que cette atteinte ne soit conforme aux principes de justice fondamentale.

L'article 7 ne garantit pas un droit aux principes de justice fondamentale comme tels. Par conséquent une infraction de responsabilité absolue n'est pas contraire à l'art. 7 à moins qu'elle ne viole le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne par une violation des principes de justice fondamentale.

L'article premier de la *Charte* permet d'imposer des limites raisonnables au droit du citoyen garanti par l'art. 7 pourvu que ces limites soient conformes à une «règle de droit» et que la justification puisse en être démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Toutefois si ces limites ne sont pas imposées conformément aux principes de justice fondamentale, ils ne peuvent être ni raisonnables ni justifiées en vertu de l'article premier. L'expression «qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale» limite le pouvoir du gouvernement d'imposer des restrictions par l'article premier. Une limite imposée au droit prévu à l'art. 7 en conformité avec les principes de justice fondamentale doit néanmoins satisfaire aux critères de l'article premier.

The courts must determine the principles which fall under the rubric "principles of fundamental justice". It would seem, however, that the phrase must include the fundamental tenets of our justice system. The framers of the *Charter* obviously deliberately avoided the concepts of "natural justice" and "due process". There seems no good reason to restrict the principles of fundamental justice to procedural matters in light of the reference to the rule of law in the preamble. Indeed, no purpose is achieved by importing the dichotomy between substance and procedure into s. 7.

The principles of sentencing, and especially that the minimum sentence required to obtain the objectives of the system be imposed, were key to determining that s. 94(2) offended fundamental justice. Imprisonment is the most severe sentence imposed by law, apart from death, and is generally reserved as a last resort for occasions when other sanctions cannot achieve the objectives of the system. Mandatory imprisonment for an absolute liability offence committed unknowingly and unwittingly and after the exercise of due diligence is excessive and inhumane. Such sanction offends the principles of fundamental justice embodied in our penal system and accordingly is inconsistent with s. 7 of the *Charter*.

Cases Cited

R. v. City of Sault Ste. Marie, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Cadeddu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734, 39 C.R. (3d) 78; *Re Mason; Mason v. R. in Right of Canada* (1983), 35 C.R. (3d) 393; *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, [1950] S.C.R. 124; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1942);

Il appartient aux tribunaux de déterminer quels principes appartiennent à la catégorie des «principes de justice fondamentale». Il semble toutefois que l'expression vise certainement les principes fondamentaux de notre système de justice. Les rédacteurs de la *Charte* ont de toute évidence délibérément évité les concepts «de justice naturelle» et d'«application régulière de la loi». Il ne semble y avoir aucune raison valable de limiter les principes de justice fondamentale aux questions de procédure étant donné la mention de la primauté du droit dans le préambule. D'ailleurs il ne servirait à rien d'introduire dans l'art. 7 la dichotomie entre le fond et la procédure.

Les principes applicables aux peines, plus particulièrement la sentence minimale à imposer pour réaliser les objectifs du système, permettent de conclure que le par. 94(2) est contraire à la justice fondamentale. À part la peine de mort, l'emprisonnement est la sentence la plus sévère imposée par la loi et il est considéré de façon générale comme une solution de dernier recours lorsque aucune autre sanction ne peut réaliser les objectifs du système. Un emprisonnement obligatoire pour une infraction de responsabilité absolue commise par inadvertance et involontairement après avoir fait preuve de diligence raisonnable est excessive et cruelle. Cette sanction est contraire aux principes de justice fondamentale consacrés dans notre système pénal et en conséquence elle est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. v. Cadeddu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734, 39 C.R. (3d) 78; *Re Mason; Mason v. R. in Right of Canada* (1983), 35 C.R. (3d) 393; *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378; *Gosselin v. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, [1950] R.C.S. 124; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *McNabb v. United States*, 318 U.S.

Harding v. Price, [1948] 1 K.B. 695; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, preamble, s. 2(*e*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 33.
Constitutional Act, 1867, ss. 91(27), 92(14).
Constitutional Act, 1982, s. 52(1).
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c. 63, s. 1.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 94 (am. by *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (B.C.), c. 36, s. 19).

Authors Cited

Abel, A. S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U. of T. L.J.* 487, 487-521.
Allen, Sir Carleton Kemp. *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931.
Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 30th ed. by Robert Ernest Ross and Maxwell Turner, London, Sweet & Maxwell, Ltd., 1938.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, 17th ed., by E. Christian, London, T. Tagg, 1830.
Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 11, "Imprisonment and Release" in *Studies on Imprisonment*, Ottawa, Law Reform Commission of Canada, 1976.
Holdsworth, Sir William S. *A History of English Law*, 3rd ed., vol. 2, London, Methuem & Co. Ltd., 1923.
Kenny, Courtney Stanhope. *Outlines of Criminal Law*, 16th ed. by J. W. Cecil Turner, Cambridge, University Press, 1952.
Laskin, B. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed. rev., Toronto, Carswells, 1969.
Lederman, W. R., ed. *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland & Stewart Ltd., 1964.
Magnet, J. E. "The Presumption of Constitutionality" (1980), 18 *Osgoode Hall L.J.* 87, 87-145.
Tremblay, L. "Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?" (1984), 18 *U.B.C.L. Rev.* 201, 201-254.
Walker, Nigel. *Sentencing in a Rational Society*, Western Printing Services Ltd., Bristol, 1969.
Williams, G. *Criminal Law, The General Part*, 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1961.

332 (1942); *Harding v. Price*, [1948] 1 K.B. 695; *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 33.
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, chap. 63, art. 1.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, préambule, art. 2*e*).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 94 (mod. par *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (C.-B.), chap. 36, art. 19).

Doctrine citée

Abel, A. S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U. of T. L.J.* 487, 487-521.
Allen, Sir Carleton Kemp. *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931.
Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 30th ed. by Robert Ernest Ross and Maxwell Turner, London, Sweet & Maxwell, Ltd., 1938.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, 17th ed., by E. Christian, London, T. Tagg, 1830.
Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 11, «Emprisonnement - Libération» dans *Études sur l'emprisonnement*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1976.
Holdsworth, Sir William S. *A History of English Law*, 3rd ed., vol. 2, London, Methuem & Co. Ltd., 1923.
Kenny, Courtney Stanhope. *Outlines of Criminal Law*, 16th ed. by J. W. Cecil Turner, Cambridge, University Press, 1952.
Laskin, B. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed. rev., Toronto, Carswells, 1969.
Lederman, W. R., ed. *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland & Stewart Ltd., 1964.
Magnet, J. E. «The Presumption of Constitutionality» (1980), 18 *Osgoode Hall L.J.* 87, 87-145.
Tremblay, L. «Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?» (1984), 18 *U.B.C.L. Rev.* 201, 201-254.
Walker, Nigel. *Sentencing in a Rational Society*, Western Printing Services Ltd., Bristol, 1969.
Williams, G. *Criminal Law, The General Part*, 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1961.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 42 B.C.L.R. 364, 147 D.L.R. (3d) 539, 4 C.C.C. (3d) 243, 33 C.R. (3d) 22, 5 C.R.R. 148, 19 M.V.R. 63, [1983] 3 W.W.R. 756, in the matter of a reference concerning the constitutional validity of s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act* of British Columbia. Appeal dismissed.

Allan Stewart, Q.C., for the appellant the Attorney General of British Columbia.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ian MacDonnell and *M. D. Lepofsky*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Andrew Petter and *James MacPherson*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

William Henkel, Q.C., and *D. W. Kinloch*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

C. G. Stein, for those contending for a negative answer (respondent).

J. J. Camp and *P. G. Foy*, for the intervener the British Columbia Branch of the Canadian Bar Association.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ. was delivered by

LAMER J.—

Introduction

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* (*Constitution Act, 1982*, as enacted by the *Canada Act, 1982*, 1982 (U.K.), c. 11).

In other words, absolute liability and imprisonment cannot be combined.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 42 B.C.L.R. 364, 147 D.L.R. (3d) 539, 4 C.C.C. (3d) 243, 33 C.R. (3d) 22, 5 C.R.R. 148, 19 M.V.R. 63, [1983] 3 W.W.R. 756, sur un renvoi relatif à la constitutionnalité du par. 94(2) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Allan Stewart, c.r., pour l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ian MacDonnell et *M. D. Lepofsky*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Andrew Petter et *James MacPherson*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

William Henkel, c.r., et *D. W. Kinloch*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

C. G. Stein, pour les tenants d'une réponse négative (intimé).

J. J. Camp et *P. G. Foy*, pour l'intervenante la division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Chouinard, Lamer et Le Dain rendu par

LE JUGE LAMER—

Introduction

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Loi constitutionnelle de 1982*, édictée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), chap. 11).

En d'autres termes, la responsabilité absolue et la peine d'emprisonnement ne peuvent être combinées.

The Facts

On August 16, 1982, the Lieutenant-Governor in Council of British Columbia referred the following question to the Court of Appeal of that province, by virtue of s. 1 of the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63:

Is s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, as amended by the *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

On February 3, 1983, the Court of Appeal handed down reasons in answer to the question in which it stated that s. 94(2) of the Act is inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: (1983), 42 B.C.L.R. 364, 147 D.L.R. (3d) 539, 4 C.C.C. (3d) 243, 33 C.R. (3d) 22, 5 C.R.R. 148, 19 M.V.R. 63, [1983] 3 W.W.R. 756. The Attorney General for British Columbia launched an appeal to this Court.

The Legislation

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 94, as amended by the *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (B.C.), c. 36, s. 19:

94. (1) A person who drives a motor vehicle on a highway or industrial road while

(a) he is prohibited from driving a motor vehicle under sections 90, 91, 92 or 92.1, or

(b) his driver's licence or his right to apply for or obtain a driver's licence is suspended under section 82 or 92 as it was before its repeal and replacement came into force pursuant to the *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*,

commits an offence and is liable,

(c) on a first conviction, to a fine of not less than $300 and not more than $2 000 and to imprisonment for not less than 7 days and not more than 6 months, and

(d) on a subsequent conviction, regardless of when the contravention occurred, to a fine of not less than $300 and not more than $2 000 and to imprisonment for not less than 14 days and not more than one year.

(2) Subsection (1) creates an absolute liability offence in which guilt is established by proof of driving, whether

Les faits

Le 16 août 1982, le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-Britannique a soumis la question suivante à la Cour d'appel de cette province, conformément à l'art. 1 de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 63:

[TRADUCTION] Le paragraphe 94(2) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, modifiée par la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, est-il compatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Le 3 février 1983, la Cour d'appel a répondu à la question par des motifs dans lesquels elle affirme que le par. 94(2) de la Loi est incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*: (1983), 42 B.C.L.R. 364, 147 D.L.R. (3d) 539, 4 C.C.C. (3d) 243, 33 C.R. (3d) 22, 5 C.R.R. 148, 19 M.V.R. 63, [1983] 3 W.W.R. 756. Le procureur général de la Colombie-Britannique a interjeté appel à cette Cour.

Les lois

La *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 94, modifiée par la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (C.-B.), chap. 36, art. 19:

[TRADUCTION]

94. (1) Quiconque conduit un véhicule à moteur sur une route ou sur un chemin industriel

a) alors qu'il lui est interdit de conduire un véhicule à moteur en vertu des articles 90, 91, 92 ou 92.1, ou

b) alors que son permis de conduire ou son droit de demander ou d'obtenir un permis de conduire est suspendu en vertu de l'article 82 ou de l'article 92 avant son abrogation et son remplacement par la mise en vigueur de la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*,

commet une infraction et est passible,

c) pour la première condamnation, d'une amende de 300 $ à 2 000 $ et d'un emprisonnement de 7 jours à 6 mois, et

d) pour une condamnation subséquente peu importe quand l'infraction a eu lieu, d'une amende de 300 $ à 2 000 $ et d'un emprisonnement de 14 jours à un an.

(2) Le paragraphe (1) crée une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y a culpabilité sur

or not the defendant knew of the prohibition or suspension.

Canadian Charter of Rights and Freedoms; Constitution Act, 1982:

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.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

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

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.

The Judgment of the Court of Appeal of British Columbia

The Court was of the view that the phrase "principles of fundamental justice" was not restricted to matters of procedure, but extended to substantive law, and that the courts were "therefore called upon, in construing the provisions of s. 7 of the Charter, to have regard to the content of legislation".

Relying on the decision of this Court in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, the Court of Appeal found "that s. 94(2) of the Motor Vehicle Act is inconsistent with the principles of fundamental justice". They did not heed the invitation of counsel opposing the validity of s. 94(2) to declare that, as a result of that decision by our Court, all absolute liability offences violated s. 7 of the *Charter* and could not be salvaged under s. 1. Quite the contrary, the Court of Appeal said that "there are, and will remain, certain public welfare offences, e.g. air and water pollution offences, where the public interest requires

preuve que la personne accusée a conduit un véhicule, qu'elle ait connu ou non l'existence de l'interdiction ou de la suspension.

Charte canadienne des droits et libertés; Loi constitutionnelle de 1982:

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.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

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

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

L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique

La Cour d'appel a estimé que l'expression «principes de justice fondamentale» ne se limite pas aux questions de procédure, mais qu'elle s'applique également aux règles de fond et que les tribunaux [TRADUCTION] «doivent donc, en interprétant les dispositions de l'art. 7 de la *Charte*, tenir compte du contenu de la loi».

Invoquant l'arrêt de cette Cour *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, la Cour d'appel a conclu [TRADUCTION] «que le par. 94(2) de la Motor Vehicle Act est incompatible avec les principes de justice fondamentale». La cour n'a pas prêté attention aux avocats opposés à la validité du par. 94(2) qui l'invitaient à déclarer que, par suite de l'arrêt *Sault Ste-Marie*, toutes les infractions de responsabilité absolue violent l'art. 7 de la *Charte* et ne peuvent être sauvées par application de l'article premier. Bien au contraire, la Cour d'appel a affirmé que [TRADUCTION] «il y a et il y aura toujours certaines infractions contre le bien-

that the offences be absolute liability offences". Their finding was predicated on the following reasoning:

> The effect of s. 94(2) is to transform the offence from a mens rea offence to an absolute liability offence, hence giving the defendant no opportunity to prove that his action was due to an honest and reasonable mistake of fact or that he acted without guilty intent. Rather than placing the burden to establish such facts on the defendant and thus making the offence a strict liability offence, the legislature has seen fit to make it an absolute liability offence coupled with a mandatory term of imprisonment.

It can therefore be inferred with certainty that, in the Court's view, the combination of mandatory imprisonment and absolute liability was offensive to s. 7. It cannot however be ascertained from their judgment whether the violation was triggered by the requirement of minimum imprisonment or solely by the availability of imprisonment as a sentence.

Section 7

1. Introduction

The issue in this case raises fundamental questions of constitutional theory, including the nature and the very legitimacy of constitutional adjudication under the *Charter* as well as the appropriateness of various techniques of constitutional interpretation. I shall deal first with these questions of a more general and theoretical nature as they underlie and have shaped much of the discussion surrounding s. 7.

2. The Nature and Legitimacy of Constitutional Adjudication Under the *Charter*

The British Columbia Court of Appeal has written in the present case that the *Constitution Act, 1982* has added a new dimension to the role of the courts in that the courts have now been empowered by s. 52 to consider not only the *vires* of legislation but also to measure the content of legislation against the constitutional requirements of the *Charter*.

être public, par exemple les infractions de pollution de l'air et de l'eau, qui dans l'intérêt public doivent être des infractions de responsabilité absolue». Sa conclusion se fonde sur le raisonnement suivant:

> [TRADUCTION] Le paragraphe 94(2) a pour effet de transformer cette infraction, qui en est une qui exige la *mens rea*, en une infraction de responsabilité absolue, privant ainsi l'accusé de toute possibilité de prouver que son acte découle d'une erreur de fait honnête et raisonnable ou qu'il a agi sans intention coupable. Plutôt que d'imposer à l'accusé l'obligation de prouver ces faits et de faire ainsi de l'infraction une infraction de responsabilité stricte, la Législature a jugé bon d'en faire une infraction de responsabilité absolue assortie d'une période d'emprisonnement obligatoire.

On peut donc conclure avec certitude que, selon la Cour, la combinaison d'une période d'emprisonnement obligatoire et de la responsabilité absolue contrevient à l'art. 7. On ne peut cependant savoir avec certitude, d'après les motifs de jugement, si la violation de l'article découle de l'exigence d'un emprisonnement minimum ou de la seule possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement.

L'article 7

1. Introduction

L'espèce soulève des questions fondamentales de théorie constitutionnelle, notamment quant à la nature et à la légitimité même des décisions constitutionnelles rendues en vertu de la *Charte* et à l'à-propos de diverses techniques d'interprétation constitutionnelle. J'aborderai d'abord ces questions de nature plus générale et plus théorique puisqu'elles ont sous-tendu et influencé la plupart des débats sur l'art. 7.

2. La nature et la légitimité des décisions constitutionnelles rendues en vertu de la *Charte*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a écrit en l'espèce que la *Loi constitutionnelle de 1982* a ajouté une nouvelle dimension au rôle des tribunaux en leur permettant, en vertu de l'art. 52, non seulement de se prononcer sur la constitutionnalité des lois, mais également d'apprécier le contenu des lois en fonction des exigences constitutionnelles de la *Charte*.

The novel feature of the *Constitution Act, 1982*, however, is not that it has suddenly empowered courts to consider the content of legislation. This the courts have done for a good many years when adjudicating upon the *vires* of legislation. The initial process in such adjudication has been characterized as "a distillation of the constitutional value represented by the challenged legislation" (Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3rd ed. rev. 1969), p. 85), and as identifying "the true meaning of the challenged law" (Lederman (ed.), *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), p. 186), and "an abstract of the statute's content" (Professor A. S. Abel, "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U. of T. L.J.* 487, p. 490). This process has of necessity involved a measurement of the content of legislation against the requirements of the Constitution, albeit within the more limited sphere of values related to the distribution of powers.

The truly novel features of the *Constitution Act, 1982* are that it has sanctioned the process of constitutional adjudication and has extended its scope so as to encompass a broader range of values. Content of legislation has always been considered in constitutional adjudication. Content is now to be equally considered as regards new constitutional issues. Indeed, the values subject to constitutional adjudication now pertain to the rights of individuals as well as the distribution of governmental powers. In short, it is the scope of constitutional adjudication which has been altered rather than its nature, at least, as regards the right to consider the content of legislation.

In neither case, be it before or after the *Charter*, have the courts been enabled to decide upon the appropriateness of policies underlying legislative enactments. In both instances, however, the courts are empowered, indeed required, to measure the content of legislation against the guarantees of the Constitution. The words of Dickson J. (as he then was) in *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590, continue to govern:

L'aspect nouveau de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'est cependant pas le fait qu'elle accorde subitement aux tribunaux le pouvoir d'examiner le contenu des lois. Les tribunaux le font depuis un bon nombre d'années quand ils se prononcent sur la constitutionnalité d'une loi. La première étape de ces décisions a été qualifiée de [TRADUCTION] «distillation de la valeur constitutionnelle de la loi contestée» (Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3rd ed. rev. 1969), p. 85), et comme visant à identifier [TRADUCTION] «le sens véritable de la loi contestée» (Lederman (ed.), *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), p. 186), et à établir [TRADUCTION] «un résumé du contenu de la loi» (professeur A. S. Abel «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U. of T. L.J.* 487, p. 490). Ce processus comporte nécessairement une appréciation du contenu de la loi en fonction des exigences de la Constitution, bien que ce soit dans le domaine plus limité des valeurs liées au partage des pouvoirs.

Les éléments vraiment nouveaux de la *Loi constitutionnelle de 1982* tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs. Le contenu de la loi a toujours été examiné dans les décisions constitutionnelles. On doit maintenant prêter la même attention au contenu en ce qui concerne les nouvelles questions constitutionnelles. En réalité, les valeurs sur lesquelles peuvent porter les décisions constitutionnelles ont trait maintenant aux droits des particuliers tout autant qu'au partage des pouvoirs entre gouvernements. En bref, c'est la portée des décisions constitutionnelles qui a été modifiée plutôt que leur nature, du moins pour ce qui est du droit d'examiner le contenu de la loi.

Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution. Les paroles du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, à la p. 590, continuent de s'appliquer:

The Courts will not question the wisdom of enactments . . . but it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power.

In this respect, s. 7 is no different than other *Charter* provisions. As the Attorney General for Ontario has noted in his factum:

Section 7, like most of the other sections in the *Charter*, limits the bounds of legislative action. It is the function of the Court to determine whether the challenged legislation has honoured those boundaries. This process necessitates judicial review of the content of the legislation.

Yet, in the context of s. 7, and in particular, of the interpretation of "principles of fundamental justice", there has prevailed in certain quarters an assumption that all but a narrow construction of s. 7 will inexorably lead the courts to "question the wisdom of enactments", to adjudicate upon the merits of public policy.

From this have sprung warnings of the dangers of a judicial "super-legislature" beyond the reach of Parliament, the provincial legislatures and the electorate. The Attorney General for Ontario, in his written argument, stated that,

. . . the judiciary is neither representative of, nor responsive to the electorate on whose behalf, and under whose authority policies are selected and given effect in the laws of the land.

This is an argument which was heard countless times prior to the entrenchment of the *Charter* but which has in truth, for better or for worse, been settled by the very coming into force of the *Constitution Act, 1982*. It ought not to be forgotten that the historic decision to entrench the *Charter* in our Constitution was taken not by the courts but by the elected representatives of the people of Canada. It was those representatives who extended the scope of constitutional adjudication and entrusted the courts with this new and onerous responsibility. Adjudication under the *Charter* must be approached free of any lingering doubts as to its legitimacy.

Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs . . . mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs.

À cet égard, l'art. 7 ne diffère pas des autres dispositions de la *Charte*. Comme le procureur général de l'Ontario l'a noté dans son mémoire:

[TRADUCTION] L'article 7, comme la plupart des autres articles de la *Charte*, détermine les limites de l'activité législative. Il appartient à la Cour de déterminer si la loi contestée a respecté ces limites. Ce processus exige l'examen judiciaire du contenu de la loi.

Cependant, pour ce qui est de l'art. 7 et plus particulièrement de l'interprétation des «principes de justice fondamentale», on a pensé dans certains milieux que, à moins de donner une interprétation restreinte à l'art. 7, les tribunaux seront inévitablement amenés à «mettre en doute la sagesse des textes législatifs» et à se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales.

De là sont venus les avertissements quant aux dangers d'une «superlégislature» judiciaire qui échapperait au contrôle du Parlement, des législatures provinciales et de l'électorat. Le procureur général de l'Ontario écrit ce qui suit dans son argumentation:

[TRADUCTION] . . . le pouvoir judiciaire n'est ni élu ni responsable envers l'électorat pour le compte et sous l'autorité duquel les politiques sont choisies et mises en œuvre dans les lois du territoire.

C'est un argument qu'on a entendu maintes et maintes fois avant l'enchâssement de la *Charte*, mais qui, en vérité, pour le meilleur ou pour le pire, a été réglé par l'entrée en vigueur même de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.

The concerns with the bounds of constitutional adjudication explain the characterization of the issue in a narrow and restrictive fashion, *i.e.*, whether the term "principles of fundamental justice" has a substantive or merely procedural content. In my view, the characterization of the issue in such fashion preempts an open-minded approach to determining the meaning of "principles of fundamental justice".

The substantive/procedural dichotomy narrows the issue almost to an all-or-nothing proposition. Moreover, it is largely bound up in the American experience with substantive and procedural due process. It imports into the Canadian context American concepts, terminology and jurisprudence, all of which are inextricably linked to problems concerning the nature and legitimacy of adjudication under the U.S. Constitution. That Constitution, it must be remembered, has no s. 52 nor has it the internal checks and balances of ss. 1 and 33. We would, in my view, do our own Constitution a disservice to simply allow the American debate to define the issue for us, all the while ignoring the truly fundamental structural differences between the two constitutions. Finally, the dichotomy creates its own set of difficulties by the attempt to distinguish between two concepts whose outer boundaries are not always clear and often tend to overlap. Such difficulties can and should, when possible, be avoided.

The overriding and legitimate concern that courts ought not to question the wisdom of enactments, and the presumption that the legislator could not have intended same, have to some extent distorted the discussion surrounding the meaning of "principles of fundamental justice". This has led to the spectre of a judicial "super-legislature" without a full consideration of the process of constitutional adjudication and the significance of ss. 1 and 33 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This in turn has also led to a narrow characterization of the issue and to the assumption that only a procedural content to "principles of fundamental justice" can prevent the courts from adjudicating upon the merits or

Les inquiétudes relatives aux limites des décisions en matière constitutionnelle expliquent la formulation étroite et restrictive de la question, savoir si l'expression «principes de justice fondamentale» a une acception qui vise le fond ou seulement la procédure. À mon avis, cette formulation exclut l'absence de parti pris dans la recherche du sens de l'expression «principes de justice fondamentale».

La dichotomie entre le fond et la procédure réduit le débat presque à un choix entre tout ou rien. De plus, elle est dans une large mesure liée, selon l'expérience américaine, à l'application régulière des règles de fond et de procédure. Elle transpose dans le contexte canadien une terminologie, une théorie et des concepts américains qui sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la nature et à la légitimité des décisions en vertu de la Constitution des États-Unis. Dans cette constitution, faut-il le rappeler, on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des art. 1 et 33. À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions. Enfin, cette dichotomie crée des difficultés qui lui sont propres du fait qu'on tente de distinguer deux concepts dont les limites ne sont pas toujours définies clairement et qui tendent souvent à chevaucher. Il faut, lorsque c'est possible, éviter de telles difficultés.

La préoccupation légitime et déterminante selon laquelle les tribunaux ne doivent pas mettre en doute la sagesse des textes législatifs et la présomption que le législateur peut avoir voulu qu'ils le fassent ont, jusqu'à un certain point, faussé le débat sur le sens de l'expression «principes de justice fondamentale». Cela a fait naître le spectre d'une «superlégislature» judiciaire sans qu'il y ait eu examen complet du processus de décision constitutionnelle et de l'importance des art. 1 et 33 de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela a aussi amené une formulation étroite de la question et fait naître l'hypothèse selon laquelle il ne sera possible d'empêcher les tribunaux de se prononcer sur le bien-fondé ou la

wisdom of enactments. If this assumption is accepted, the inevitable corollary, with which I would have to then agree, is that the legislator intended that the words "principles of fundamental justice" refer to procedure only.

But I do not share that assumption. Since way back in time and even recently the courts have developed the common law beyond procedural safeguards without interfering with the "merits or wisdom" of enactments (*e.g.*, *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, entrapment, non-retrospectivity of offences, presumptions against relaxing the burden of proof and persuasion, to give a few examples).

The task of the Court is not to choose between substantive or procedural content *per se* but to secure for persons "the full benefit of the *Charter*'s protection" (Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344), under s. 7, while avoiding adjudication of the merits of public policy. This can only be accomplished by a purposive analysis and the articulation (to use the words in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, at p. 899) of "objective and manageable standards" for the operation of the section within such a framework.

I propose therefore to approach the interpretation of s. 7 in the manner set forth by Dickson J. in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, and by Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. wrote at p. 344:

> In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

sagesse des lois que si l'expression «principes de justice fondamentale» porte uniquement sur la procédure. Si on acceptait cette hypothèse, le corollaire qui en découlerait nécessairement et auquel je devrais alors souscrire serait que le législateur a voulu que l'expression «principes de justice fondamentale» vise la procédure seulement.

Mais je ne souscris pas à cette hypothèse. Depuis fort longtemps et même récemment, les tribunaux ont fait évoluer la *common law* au-delà des garanties en matière de procédure sans s'immiscer dans «le bien-fondé ou la sagesse» des textes législatifs (par ex. *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; à titre d'exemples, citons la provocation policière, le caractère non rétrospectif des infractions, les présomptions qu'il n'a pas lieu de réduire l'obligation de preuve et de persuasion).

Le rôle de la Cour ne consiste pas à choisir entre l'aspect fond et l'aspect procédure en tant que tels, mais à assurer que les personnes «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*» (le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344), à l'art. 7, tout en évitant de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales. Cela ne peut se faire que par une analyse de l'objet visé et la formulation (pour reprendre les termes utilisés dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, à la p. 900) «de normes objectives et faciles à appliquer» pour que l'article s'applique dans ce contexte.

Je propose donc d'aborder l'interprétation de l'art. 7 de la manière énoncée par le juge Dickson dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, et par le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson écrit, à la p. 344:

> Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection.

3. The Principles of Fundamental Justice

I would first note that I shared the views of Wilson J. in her statement in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, that "it is incumbent upon the Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the 'right' contained in s. 7". Each of these, in my view, is a distinct though related concept to be construed as such by the courts. It is clear that s. 7 surely protects the right not to be deprived of one's life, liberty and security of the person when that is done in breach of the principles of fundamental justice. The outcome of this case is dependent upon the meaning to be given to that portion of the section which states "and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". On the facts of this case it is not necessary to decide whether the section gives any greater protection, such as deciding whether, absent a breach of the principles of fundamental justice, there still can be, given the way the section is structured, a violation of one's rights to life, liberty and security of the person under s. 7. Furthermore, because of the fact that only depreviation of liberty was considered in these proceedings and that no one took issue with the fact that imprisonment is a deprivation of liberty, my analysis of s. 7 will be limited, as was the course taken by all, below and in this Court, to determining the scope of the words "principles of fundamental justice", I will not attempt to give any further content to liberty nor address that of

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*.

3. Les principes de justice fondamentale

Je tiens d'abord à souligner que je partage le point de vue du juge Wilson lorsqu'elle affirme dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, qu'il «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l'art. 7». Chacun de ces éléments constitue, à mon avis, un concept distinct, quoique apparenté, que les tribunaux doivent interpréter comme tel. Il ne fait pas de doute que l'art. 7 garantit le droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne lorsque cela est fait contrairement aux principes de justice fondamentale. L'issue de la présente affaire dépend du sens à donner à la partie de l'article où on dit: «il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». D'après les faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'article accorde une plus grande protection, notamment si, en l'absence d'une violation des principes de justice fondamentale, il peut quand même y avoir, compte tenu de la formulation de l'article, une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que garantit l'art. 7. De plus, du fait qu'on a considéré seulement l'atteinte à la liberté dans les présentes procédures et que personne n'a contesté que l'emprisonnement est une atteinte à la liberté, je limiterai mon analyse de l'art. 7, comme toutes les parties l'ont fait en Cour d'appel et en cette Cour, à déterminer la portée de l'expression «principes de justice fondamentale» et je n'essaierai pas de déterminer d'autres sens du mot liberté, ni

the words life or security of the person.

In the framework of a purposive analysis, designed to ascertain the purpose of the s. 7 guarantee and "the interests it was meant to protect" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*), it is clear to me that the interests which are meant to be protected by the words "and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice" of s. 7 are the life, liberty and security of the person. The principles of fundamental justice, on the other hand, are not a protected interest, but rather a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person.

Given that, as the Attorney General for Ontario has acknowledged, "when one reads the phrase 'principles of fundamental justice', a single incontrovertible meaning is not apparent", its meaning must, in my view, be determined by reference to the interests which those words of the section are designed to protect and the particular role of the phrase within the section. As a qualifier, the phrase serves to establish the parameters of the interests but it cannot be interpreted so narrowly as to frustrate or stultify them. For the narrower the meaning given to "principles of fundamental justice" the greater will be the possibility that individuals may be deprived of these most basic rights. This latter result is to be avoided given that the rights involved are as fundamental as those which pertain to the life, liberty and security of the person, the deprivation of which "has the most severe consequences upon an individual" (*R. v. Cadeddu* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.), at p. 139).

For these reasons, I am of the view that it would be wrong to interpret the term "fundamental justice" as being synonymous with natural justice as the Attorney General of British Columbia and others have suggested. To do so would strip the protected interests of much, if not most, of their content and leave the "right" to life, liberty and security of the person in a sorely emaciated state. Such a result would be inconsistent with the broad, affirmative language in which those rights are

d'aborder ceux des termes vie ou sécurité de la personne.

Dans le cadre d'une analyse qui vise à déterminer l'objet de la garantie accordée par l'art. 7 et les «intérêts qu'il . . . vise . . . à protéger» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité), il me semble clair que les intérêts que les mots «il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale» de l'art. 7 visent à protéger sont la vie, la liberté et la sécurité de la personne. Les principes de justice fondamentale, d'autre part, constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne.

Étant donné que, comme le reconnaît le procureur général de l'Ontario, [TRADUCTION] «la lecture de l'expression «principes de justice fondamentale» ne révèle pas un sens unique et incontestable», j'estime qu'il faut l'interpréter en fonction des intérêts que ces mots de l'article visent à protéger et du rôle particulier de l'expression dans cet article. À titre de modificatif, cette expression sert à établir les paramètres des intérêts, mais elle ne peut être interprétée étroitement au point de les rendre inutiles ou vides de sens. En effet, plus le sens donné à l'expression «principes de justice fondamentale» sera étroit, plus grande sera la possibilité que des particuliers se trouvent privés de ces droits les plus fondamentaux. Il faut éviter ce dernier résultat étant donné que les droits en question sont aussi fondamentaux que ceux qui ont trait à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et que la privation de ces droits [TRADUCTION] «a les conséquences les plus graves sur le particulier» (*R. v. Cadeddu* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.), à la p. 139).

Pour ces motifs, j'estime qu'il serait erroné d'interpréter l'expression «justice fondamentale» comme synonyme de justice naturelle, comme le procureur général de la Colombie-Britannique et d'autres l'ont proposé. Ce faire aurait pour conséquence de dépouiller les intérêts protégés de tout leur sens ou presque et de laisser le «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne dans un état d'atrophie déplorable. Un tel résultat serait incompatible avec le style affirmatif et général

expressed and equally inconsistent with the approach adopted by this Court toward the interpretation of *Charter* rights in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, *per* Estey J., and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

It would mean that the right to liberty would be narrower than the right not to be arbitrarily detained or imprisoned (s. 9), that the right to security of the person would have less content than the right to be secure against unreasonable search or seizure (s. 8). Such an interpretation would give the specific expressions of the "right to life, liberty and security of the person" which are set forth in ss. 8 to 14 greater content than the general concept from which they originate.

Sections 8 to 14, in other words, address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7. It would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14. The alternative, which is to interpret all of ss. 8 to 14 in a "narrow and technical" manner for the sake of congruity, is out of the question (*Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, at p. 366).

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice. For they, in effect, illustrate some of the parameters of the "right" to life, liberty and security of the person; they are examples of instances in which the "right" to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice. To put matters in a different way, ss. 7 to 14 could have been fused into one section, with inserted between the words of s. 7 and the rest of those sections the oft utilised provision in our statutes, "and, without limiting the generality of

dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette Cour a adopté, en ce qui concerne l'interprétation des droits garantis par la *Charte*, dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (le juge Estey), et dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

Cela signifierait que le droit à la liberté serait plus restreint que le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires (art. 9), que le droit à la sécurité de la personne aurait un contenu moindre que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (art. 8). Une telle interprétation donnerait aux manifestations spécifiques du «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», qu'on trouve aux art. 8 à 14, un contenu plus considérable que le concept général dont elles émanent.

En d'autres termes, les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'art. 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'art. 7. Il serait absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14. La solution de rechange, qui consiste à interpréter l'ensemble des art. 8 à 14 de façon «étroite et formaliste» par souci d'uniformité est hors de question (*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, à la p. 366).

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale. En effet, ils illustrent certains paramètres du «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l'art. 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui

the foregoing (s. 7) the following shall be deemed to be in violation of a person's rights under this section". Clearly, some of those sections embody principles that are beyond what could be characterized as "procedural".

précède (l'art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article». Manifestement, certains de ces articles énoncent des principes qui vont au-delà de ce qu'on peut appeler de la «procédure».

Thus, ss. 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" (preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III) and on "the rule of law" (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

It is this common thread which, in my view, must guide us in determining the scope and content of "principles of fundamental justice". In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

C'est là le lien qui, à mon avis, doit nous guider dans la délimitation de la portée et du contenu de l'expression «principes de justice fondamentale». En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

Thus, it seems to me that to replace "fundamental justice" with the term "natural justice" misses the mark entirely. It was, after all, clearly open to the legislator to use the term natural justice, a known term of art, but such was not done. We must, as a general rule, be loath to exchange the terms actually used with terms so obviously avoided.

Il me semble donc que remplacer l'expression «justice fondamentale» par l'expression «justice naturelle» équivaut à passer complètement à côté de la question. Après tout, il était parfaitement possible au législateur d'employer l'expression justice naturelle, qui est consacrée, mais ce n'est pas ce qu'il a fait. Nous devons en règle générale hésiter à changer l'expression réellement employée pour des mots qu'on a si manifestement évité d'utiliser.

Whatever may have been the degree of synonymy between the two expressions in the past, (which in any event has not been clearly demonstrated by the parties and interveners), as of the last few decades this country has given a precise meaning to the words natural justice for the purpose of delineating the responsibility of adjudicators (in the wide sense of the word) in the field of administrative law.

It is, in my view, that precise and somewhat narrow meaning that the legislator avoided, clearly indicating thereby a will to give greater content to the words "principles of fundamental justice", the limits of which were left for the courts to develop but within, of course, the acceptable sphere of judicial activity.

4. Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada

A number of courts have placed emphasis upon the Minutes of the Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution in the interpretation of "principles of fundamental justice", *e.g.*, *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734, 39 C.R. (3d) 78; *Re Mason*; *Mason v. R. in Right of Canada* (1983), 35 C.R. (3d) 393 (Ont. H.C.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (B.C. Prov. Ct.)

In particular, the following passages dealing with the testimony of federal civil servants from the Department of Justice, have been relied upon:

Mr. Strayer (Assistant Deputy Minister, Public Law):

Mr. Chairman, it was our belief that the words "fundamental justice" would cover the same thing as what is called procedural due process, that is the meaning of due process in relation to requiring fair procedure. However, it in our view does not cover the concept of what is called substantive due process, which would impose substantive requirements as to policy of the law in question.

This has been most clearly demonstrated in the United States in the area of property, but also in other areas such as the right to life. The term due process has

Quel qu'ait pu être le degré de synonymie entre les deux expressions dans le passé, (ce qui, de toute façon, n'a été démontré clairement ni par les parties ni par les intervenants) depuis quelques dizaines d'années, notre pays a donné un sens précis à l'expression justice naturelle dans le but de délimiter les responsabilités des juges (au sens large) dans le domaine du droit administratif.

À mon avis, c'est ce sens précis et quelque peu étroit que le législateur a évité, manifestant ainsi clairement sa volonté de donner à l'expression «principes de justice fondamentale» un contenu plus général dont on a laissé aux tribunaux le soin de déterminer les paramètres à l'intérieur, cela va de soi, des limites acceptables de l'activité judiciaire.

4. Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada

Un certain nombre de tribunaux ont insisté sur les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution pour ce qui est d'interpréter l'expression «principes de justice fondamentale», notamment dans les affaires: *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734, 39 C.R. (3d) 78; *Re Mason*; *Mason v. R. in Right of Canada* (1983), 35 C.R. (3d) 393 (H.C. Ont.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C. prov. C.-B.)

En particulier, on a invoqué les passages suivants des témoignages de fonctionnaires fédéraux du ministère de la Justice:

Monsieur Strayer (Sous-ministre adjoint, Droit public):

Monsieur le président, à notre avis, les termes «justice fondamentale» comprennent ce qu'on appelle le processus légal, qui comprend le droit à une procédure équitable. Toutefois, je ne comprends pas la notion de ce que l'on peut appeler principes de légalité inhérente, qui exigent des conditions de fond sur l'intention de la loi en question.

Cet aspect a été éprouvé clairement aux États-Unis dans le domaine de la propriété, aussi bien que dans le domaine du droit à la vie. L'expression «voies de droit

been given the broader concept of meaning both the procedure and substance. Natural justice or fundamental justice in our view does not go beyond the procedural requirements of fairness.

. . .

Mr. Strayer: The term "fundamental justice" appears to us to be essentially the same thing as natural justice.

Mr. Tassé (Deputy Minister) also said of the phrase "principles of fundamental justice" in testimony before the Committee:

We assume that the Court would look at that much like a Court would look at the requirements of natural justice, and the concept of natural justice is quite familiar to courts and they have given a good deal of specific meaning to the concept of natural justice. We would think that the Court would find in that phraseology principles of fundamental justice a meaning somewhat like natural justice or inherent fairness.

Courts have been developing the concept of administrative fairness in recent years and they have been able to give a good deal of consideration, certainly to these sorts of concepts and we would expect they could do the same with this.

The Honourable Jean Chrétien, then federal Minister of Justice, also indicated to the Committee that, while he thought "fundamental justice marginally more appropriate than natural justice" in s. 7, either term was acceptable to the Government.

(a) Admissibility

The first issue which arises is whether the Minutes of the Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee may even be considered admissible as extrinsic aids to the interpretation of *Charter* provisions. Such extrinsic materials were traditionally excluded from consideration in constitutional adjudication: *e.g.*, *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, at p. 264; *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, [1950] S.C.R. 124.

In *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at p. 317, however, McIntyre J. stated that,

The general exclusionary rule formerly considered to be applicable in dealing with the admissibility of extrin-

régulières» a été amplifiée et comprend et la procédure et l'intention. Le principe de justice naturelle ou fondamentale, à notre sens, s'en tient strictement aux exigences d'une procédure équitable.

. . .

M. Strayer: En principe, il n'y a pas de différence entre «justice naturelle» et «justice fondamentale».

M. Tassé (Sous-ministre) a aussi affirmé à propos de l'expression «principes de justice fondamentale» dans son témoignage devant le Comité:

Nous devons supposer que le tribunal examinerait cela de la même façon qu'il étudierait les exigences de justice naturelle; les tribunaux connaissent très bien le concept de justice naturelle, qu'ils ont d'ailleurs défini de façon assez précise. Nous pensons que le tribunal interprétera les mots «principes de justice fondamentale» en les rapprochant du concept de justice naturelle ou d'équité inhérente.

Les tribunaux, ces dernières années, ont mis au point le concept d'équité administrative. Il est certain qu'ils ont pu se pencher longuement sur tous ces différents concepts, et nous nous attendons à ce qu'ils fassent de même dans le cas présent.

L'honorable Jean Chrétien, qui était alors ministre fédéral de la Justice, a aussi indiqué au Comité que même s'il croyait que l'expression «justice fondamentale» était légèrement plus juste que l'expression «justice naturelle» à l'art. 7, l'une ou l'autre expression était acceptable pour le gouvernement.

a) Admissibilité

La première question qui se pose est de savoir si les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial peuvent être considérés comme admissibles comme moyens extrinsèques aidant à l'interprétation des dispositions de la *Charte*. Ces documents extrinsèques ont traditionnellement été exclus de l'analyse dans les décisions constitutionnelles: voir, par ex., *Gosselin v. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, à la p. 264; *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, [1950] R.C.S. 124.

Toutefois, dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, le juge McIntyre affirme à la p. 317:

La règle générale d'exclusion des éléments de preuve extrinsèques qui était autrefois jugée applicable aux

sic evidence in constitutional cases has been set aside or at least greatly modified and relaxed.

Indeed, in the reference *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, Laskin C.J. stated, at p. 389:

> ... no general principle of admissibility or inadmissibility can or ought to be propounded by this Court, and ... the questions of resort to extrinsic evidence and what kind of extrinsic evidence may be admitted must depend on the constitutional issues on which it is sought adduce such evidence.

This approach was adopted by Dickson J. in the reference *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, and McIntyre J. in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*, in which he stated at p. 318:

> It will therefore be open to the Court in a proper case to receive and consider extrinsic evidence on the operation and effect of the legislation.

It is to be noted, however, that McIntyre J.'s remarks are in relation to the interpretation of the challenged statutory enactment rather than the interpretation of the Constitution itself. The same is true of the remarks of Laskin C.J. and Dickson J.

With respect to the interpretation of the Constitution, however, such extrinsic materials were considered, in at least two cases, by this Court.

In *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54, the Court stated, at p. 66:

> It is, we think, proper to consider the historical background which led to the provision which was made in the Act for the creation of the Senate as a part of the apparatus for the enactment of federal legislation. In the debates which occurred at the Quebec Conference in 1864, considerable time was occupied in discussing the provisions respecting the Senate. Its important purpose is stated in the following passages in speeches delivered in the debates on Confederation in the parliament of the province of Canada:

The other case is *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206. Laskin C.J., in that case, referred to

affaires constitutionnelles a été écartée ou du moins considérablement modifiée et assouplie.

En fait, dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin affirme à la p. 389:

> ... la Cour doit s'abstenir de formuler un principe général sur l'admissibilité de la preuve extrinsèque, et le droit d'y avoir recours ainsi que le genre d'éléments de preuve susceptibles d'être reçus dépendent des questions constitutionnelles au sujet desquelles on veut les présenter.

Ce point de vue a été adopté par le juge Dickson dans *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, et par le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, dans lequel il affirme à la p. 318:

> Il est donc loisible à la Cour, dans un cas qui s'y prête, de recevoir et d'examiner des éléments de preuve extrinsèques concernant l'application et l'effet de la législation.

Il faut cependant souligner que les observations du juge McIntyre ont trait à l'interprétation de la loi qui était contestée plutôt qu'à l'interprétation de la Constitution elle-même. Il en est de même des observations du juge en chef Laskin et de celles du juge Dickson.

Quant à l'interprétation de la Constitution, cette Cour a cependant pris en considération des documents extrinsèques dans au moins deux cas.

Dans le *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, la Cour dit à la p. 66:

> Il convient, croyons-nous, d'examiner la situation historique qui a suscité les dispositions de l'Acte pour l'institution du Sénat comme partie du système législatif fédéral. Pendant les débats de la Conférence de Québec en 1864, beaucoup de temps a été consacré à la discussion des dispositions relatives au Sénat. Son but important est énoncé dans les passages suivants de discours prononcés au cours des débats sur la Confédération dans le parlement de la province du Canada:

L'autre cas est l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, dans lequel le juge en

the pre-Confederation debates in the course of interpreting ss. 91(27) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867* (at p. 225).

I would adopt this approach when interpreting the *Charter*. Consequently, the Minutes of the Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee on the Constitution should, in my view, be considered.

(b) Weight

Having said that, however, I nonetheless believe that the logic underlying the reluctance to allow the use of materials such as speeches in Parliament carries considerable force with respect to the Minutes of the Committee as well.

In *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act, supra*, McIntyre J. wrote at p. 319;

> ... I would say that the speeches and public declarations by prominent figures in the public and political life of Newfoundland on this question should not be received as evidence. They represent, no doubt, the considered views of the speakers at the time they were made, but cannot be said to be expressions of the intent of the Legislative Assembly.

Professor J. E. Magnet has written in "The Presumption of Constitutionality" (1980), 18 *Osgoode Hall L.J.* 87, at pp. 99-100:

> In an administrative law setting, "The admissibility of ... (factual) evidence (on the issue of legislative intent) ... seems so clear as not to require authority ...."

The transposition of the administrative law principle to a constitutional context is problematic. In the administrative law cases, the issue of intent concerns the intent of a specific person. In the constitutional cases, the issue of intent concerns the legislature, an incorporeal body made up of hundreds of persons. It may be said that such a body, like a corporation, is a legal fiction and has no intention in the relevant sense. It would follow that legislative intent, in the constitutional setting, is a hollow concept.

Largely in consideration of this argument, Canadian courts have developed the rule that, in scrutinizing legislative intent for the purpose of determining consti-

chef Laskin s'est référé aux débats préparatoires à la Confédération en interprétant les par. 91(27) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (à la p. 225).

Je suis d'avis d'adopter cette méthode pour interpréter la *Charte*. En conséquence, il y a lieu d'examiner les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial sur la Constitution.

b) Force probante

Cela étant dit, je crois néanmoins que la logique qui sous-tend la réticence à permettre l'emploi de documents comme les allocutions prononcées devant le Parlement s'applique avec toute sa force aux procès-verbaux du Comité.

Le juge McIntyre écrit à la p. 319 du *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité:

> ... je suis d'avis que les allocutions et les déclarations publiques de personnalités politiques de Terre-Neuve à ce sujet ne devraient pas être reçues en preuve. Elles représentent certainement l'opinion réfléchie de leurs auteurs au moment où ils les ont prononcées, mais on ne peut pas dire qu'elles expriment l'intention de la Législature.

Le professeur J. E. Magnet écrit dans «The Presumption of Constitutionality» (1980), 18 *Osgoode Hall L.J.* 87, aux pp. 99 et 100:

> [TRADUCTION] Dans un contexte de droit administratif, «L'admissibilité ... d'éléments de preuve (factuelle) (quant à la question de l'intention du législateur) ... semble claire au point de n'exiger aucune autorisation ...»

La transposition du principe de droit administratif dans un contexte constitutionnel pose des problèmes. Dans des affaires de droit administratif, la question de l'intention vise l'intention d'une personne précise. Dans les affaires constitutionnelles, la question de l'intention vise la législature qui est une personne morale composée de centaines de personnes physiques. On peut dire qu'un tel organisme, comme une société, est une fiction juridique et n'a pas d'intention au sens véritable. Il s'ensuivrait que l'intention du législateur, dans le contexte constitutionnel, serait un concept vide.

Compte tenu dans une large mesure, de cet argument, les tribunaux canadiens ont formulé la règle selon laquelle, en scrutant l'intention du législateur afin de

tutional validity, statements by members of the legislature during passage of the challenged Act are irrelevant and inadmissible. Several explanations of the rule have been put forward. Strayer has argued that the rule is sound because legislative motive is irrelevant to constitutional validity: "The essential factual issue here is that of effect ...." More convincingly, it has been argued that, considering the way in which the Canadian process of enactment differs from that of the United States, "Hansard gives no convincing proof of what the government intended ...." Moreover, by allowing ambiguities in the statute to be resolved by statements in the legislature, ministers would be given power in effect to legislate indirectly by making such statements. "Cabinets already have powers enough without having this added unto them."

déterminer la constitutionnalité d'une loi, les déclarations faites par les députés à l'occasion de l'adoption de la loi contestée ne sont ni pertinentes ni recevables. On a proposé plusieurs explications à cette règle. Strayer a soutenu que la règle est bien fondée parce que le mobile du législateur n'a rien à voir avec la constitutionnalité: «La question de fait essentielle ici est celle de l'effet . . .» On a aussi soutenu de façon plus convaincante qu'en raison de la différence qui existe entre le processus d'adoption des lois au Canada et celui des États-Unis, «le hansard ne fournit pas de preuve convaincante de l'intention du gouvernement . . .» De plus, permettre de résoudre les ambiguïtés de la loi par le recours aux déclarations faites en Chambre, aurait pour effet de donner aux ministres le pouvoir de légiférer indirectement par de telles déclarations. «Les conseils des ministres ont déjà suffisamment de pouvoirs sans qu'on leur accorde celui-là.»

If speeches and declarations by prominent figures are inherently unreliable (*per* McIntyre J. in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*, at p. 319) and "speeches made in the legislature at the time of enactment of the measure are inadmissible as having little evidential weight" (*per* Dickson J. in the reference *Re: Residential Tenancies Act 1979*, *supra*, at p. 721), the Minutes of the Proceedings of the Special Joint Committee, though admissible, and granted somewhat more weight than speeches should not be given too much weight. The inherent unreliability of such statements and speeches is not altered by the mere fact that they pertain to the *Charter* rather than a statute.

Si les allocutions et les déclarations de personnalités sont douteuses en soi (le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, à la p. 319) et si «les discours prononcés devant le corps législatif au moment de [l']adoption [de la loi en question] sont irrecevables vu leur faible valeur probante» (le juge Dickson, dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 721), on ne doit pas accorder trop d'importance aux procès-verbaux du Comité mixte spécial, même s'ils sont admissibles et s'ils ont un peu plus de force probante que les allocutions. La nature foncièrement douteuse de ces déclarations et allocutions n'est pas modifiée du seul fait qu'ils ont trait à la *Charte* plutôt qu'à une loi en particulier.

Moreover, the simple fact remains that the *Charter* is not the product of a few individual public servants, however distinguished, but of a multiplicity of individuals who played major roles in the negotiating, drafting and adoption of the *Charter*. How can one say with any confidence that within this enormous multiplicity of actors, without forgetting the role of the provinces, the comments of a few federal civil servants can in any way be determinative?

De plus, il demeure que la *Charte* n'est pas le fruit du travail de quelques fonctionnaires, si distingués soient-ils, mais celui d'un grand nombre de personnes qui ont joué des rôles importants dans les pourparlers, la rédaction et l'adoption de la *Charte*. Comment peut-on dire avec quelque certitude que, parmi ce grand nombre d'acteurs, sans oublier le rôle des provinces, les observations de quelques fonctionnaires fédéraux peuvent avoir eu une influence déterminante?

Were this Court to accord any significant weight to this testimony, it would in effect be assuming a fact which is nearly impossible of proof, *i.e.*, the intention of the legislative bodies

Si cette Cour devait accorder un poids quelconque à ce témoignage, elle tiendrait alors pour acquis un fait dont la preuve est presque impossible à faire, c.-à-d. l'intention du corps législatif qui

which adopted the *Charter*. In view of the indeterminate nature of the data, it would in my view be erroneous to give these materials anything but minimal weight.

Another danger with casting the interpretation of s. 7 in terms of the comments made by those heard at the Special Joint Committee Proceedings is that, in so doing, the rights, freedoms and values embodied in the *Charter* in effect become frozen in time to the moment of adoption with little or no possibility of growth, development and adjustment to changing societal needs. Obviously, in the present case, given the proximity in time of the *Charter* debates, such a problem is relatively minor, even though it must be noted that even at this early stage in the life of the *Charter*, a host of issues and questions have been raised which were largely unforeseen at the time of such proceedings. If the newly planted "living tree" which is the *Charter* is to have the possibility of growth and adjustment over time, care must be taken to ensure that historical materials, such as the Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee, do not stunt its growth. As Estey J. wrote in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, at pp. 366-67:

> Narrow and technical interpretation, if not modulated by a sense of the unknowns of the future, can stunt the growth of the law and hence the community it serves. All this has long been with us in the process of developing the institutions of government under the *B.N.A. Act, 1867* (now the *Constitution Act, 1867*). With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.

5. The *Canadian Bill of Rights*

The appellant states that s. 7 "is a blend of s. 1(*a*) and s. 2(*e*) of the *Canadian Bill of Rights*". Considerable emphasis is then placed upon the case of *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, in which this Court interpreted the words "principles of fundamental justice" in s. 2(*e*) of the *Canadian Bill of Rights*. Fauteux C.J. noted, at p. 923:

a adopté la *Charte*. À cause de la nature indéterminée de ces données, ce serait une erreur, à mon avis, de leur accorder une grande importance.

Façonner l'interprétation de l'art. 7 en fonction des observations des témoins entendus par le Comité mixte spécial comporte un autre danger: en procédant de la sorte, les droits, libertés et valeurs enchâssés dans la *Charte* deviennent figés dans le temps à l'époque de son adoption, sans possibilité, ou presque, de croissance, d'évolution et d'ajustement aux besoins changeants de la société. Naturellement, en l'espèce, à cause du caractère récent des débats entourant la *Charte*, ce problème est relativement mineur même s'il y a lieu de noter qu'à ce premier stade de l'existence de la *Charte* on a soulevé une foule de questions qui n'ont pas été envisagées à l'époque de ces audiences. Si on veut que «l'arbre» récemment planté qu'est la *Charte* ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial n'en retardent la croissance. Comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, aux pp. 366 et 367:

> Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert. Nous sommes aux prises avec cela depuis longtemps dans le processus de développement des institutions gouvernementales en vertu de l'*A.A.N.B., 1867* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*). La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.

5. La *Déclaration canadienne des droits*

L'appelant affirme que l'art. 7 [TRADUCTION] «est un amalgame de l'al. 1*a*) et de l'al. 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits*». Il insiste donc beaucoup sur l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, dans lequel cette Cour a interprété l'expression «principes de justice fondamentale» qui se trouve à l'al. 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge en chef Fauteux souligne à la p. 923:

Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias, and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

However, as Le Dain J. has written in *R. v. Therens*, *supra*, with the implicit support of the majority, at p. 638:

> In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts.

And after at pp. 638-39:

> Although it is clear that in several instances, as in the case of s. 10, the framers of the *Charter* adopted the wording of the *Canadian Bill of Rights*, it is also clear that the *Charter* must be regarded, because of its constitutional character, as a new affirmation of rights and freedoms and of judicial power and responsibility in relation to their protection.
>
> . . .
>
> In considering the relationship of a decision under the *Canadian Bill of Rights* to an issue arising under the *Charter*, a court cannot, in my respectful opinion, avoid bearing in mind an evident fact of Canadian judicial history, which must be squarely and frankly faced: that on the whole, with some notable exceptions, the courts have felt some uncertainty or ambivalence in the application of the *Canadian Bill of Rights* because it did not reflect a clear constitutional mandate to make judicial decisions having the effect of limiting or qualifying the traditional sovereignty of Parliament. The significance of the new constitutional mandate for judicial review provided by the *Charter* was emphasized by this Court in its recent decisions in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

This view was also put forward by Wilson J. in her judgment in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, with which Dickson C.J. and Lamer J. concurred, at p. 209:

Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

Cependant, comme le juge Le Dain l'affirme, avec l'appui implicite de la majorité, dans *R. c. Therens*, précité, à la p. 638:

> Selon moi, la prémisse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux.

Puis, aux pp. 638 et 639:

> Même s'il est évident que, dans plusieurs cas comme celui de l'art. 10, les rédacteurs de la *Charte* ont repris la formulation de la *Déclaration canadienne des droits*, il est également évident que la *Charte*, en raison de son caractère constitutionnel, doit être considérée comme une nouvelle déclaration des droits et libertés et du pouvoir et de la responsabilité qu'ont les tribunaux de les protéger.
>
> . . .
>
> Avec égards, j'estime qu'en examinant la relation entre une décision rendue sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* et une question qui relève de la *Charte*, un tribunal ne peut qu'avoir présent à l'esprit une réalité indéniable et implacable de l'histoire judiciaire du Canada, savoir que, dans l'ensemble, à l'exception de quelques cas notables, les tribunaux ont ressenti une certaine incertitude ou ambivalence dans l'application de la *Déclaration canadienne des droits*, du fait que celle-ci ne traduit pas un mandat constitutionnel clair de rendre des décisions judiciaires ayant pour effet de limiter ou de restreindre la souveraineté traditionnelle du Parlement. L'importance du nouveau mandat constitutionnel de contrôle judiciaire prévu par la *Charte* a été soulignée par cette Cour dans ses arrêts récents *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, et *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

Le juge Wilson exprime le même avis dans ses motifs de jugement, à la p. 209 de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, auxquels souscrivent le juge en chef Dickson et le juge Lamer:

It seems to me rather that the recent adoption of the *Charter* by Parliament and nine of the ten provinces as part of the Canadian constitutional framework has sent a clear message to the courts that the restrictive attitude which at times characterized their appproach to the *Canadian Bill of Rights* ought to be re-examined.

In any event, the *Duke* case is of little assistance in the interpretation of s. 7 of the *Charter*. Section 2(*e*) of the *Canadian Bill of Rights* states:

> **2.** Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to
>
> . . .
>
> (*e*) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

In section 2(*e*) of the *Canadian Bill of Rights*, the words "principles of fundamental justice" were placed explicitly in the context of, and qualify a "right to a fair hearing". Section 7 of the *Charter* does not create the same context. In section 7, the words "principles of fundamental justice" are placed in the context of, and qualify much more fundamental rights, the "right to life, liberty and security of the person". The distinction is important.

Conclusion

I have, in this judgment, undertaken a purposive analysis of the term "principles of fundamental justice" in s. 7 of the *Charter* in accordance with the method established by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. Accordingly, the point of departure for the analysis has been a consideration of the general objectives of the *Charter* in the light of the general principles of *Charter* interpretation set forth in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. This was followed by a detailed analysis of the language and structure of

Il me semble plutôt que l'adoption récente de la *Charte* par le Parlement et neuf des dix provinces, comme partie de la Constitution canadienne, a clairement indiqué aux tribunaux qu'ils devraient réexaminer l'attitude restrictive qu'ils ont parfois adoptée en abordant la *Déclaration canadienne des droits*.

De toute façon, l'arrêt *Duke* n'est pas d'un grand secours lorsqu'il s'agit d'interpréter l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits* dit:

> **2.** Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme
>
> . . .
>
> *e*) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

À l'alinéa 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits*, l'expression «principes de justice fondamentale» est expressément rattachée au «droit à une audition impartiale» qu'elle modifie. L'article 7 de la *Charte* ne crée pas le même lien. À l'article 7, les mots «principes de justice fondamentale» sont rattachés à un droit beaucoup plus fondamental qu'ils modifient, c.-à-d. le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». La distinction est importante.

Conclusion

Dans les présents motifs, j'ai procédé à l'analyse de l'objet visé par l'emploi de l'expression «principes de justice fondamentale» qui se trouve à l'art. 7 de la *Charte*, conformément à la méthode établie par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité. En conséquence, le point de départ de l'analyse a consisté à étudier les objectifs généraux de la *Charte* en fonction des principes généraux d'interprétation de la *Charte* énoncés dans les arrêts *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* et *Hunter c. Southam Inc.*, précités. J'ai poursuivi par une analyse détaillée du texte et de l'économie

the section as well as its immediate context within the *Charter*.

The main sources of support for the argument that "fundamental justice" is simply synonymous with natural justice have been the Minutes of the Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee on the Constitution and the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence. In my view, neither the Minutes nor the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence are persuasive or of any great force. The historical usage of the term "fundamental justice" is, on the other hand, shrouded in ambiguity. Moreover, not any one of these arguments, taken singly or as a whole, manages to overcome in my respectful view the textual and contextual analyses.

Consequently, my conclusion may be summarized as follows:

The term "principles of fundamental justice" is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right.

Sections 8 to 14 address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are therefore illustrative of the meaning, in criminal or penal law, of "principles of fundamental justice"; they represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law.

Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.

We should not be surprised to find that many of the principles of fundamental justice are procedural in nature. Our common law has largely been

de l'article et de son contexte dans la *Charte*.

Les principales sources d'appui de l'argument selon lequel «justice fondamentale» est simplement synonyme de justice naturelle ont été les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial sur la Constitution et la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*. À mon avis, ni les procès-verbaux du Comité ni la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits* ne sont convaincants ou très probants. D'autre part, historiquement, l'expression «justice fondamentale» est ambiguë. De plus, ces arguments, pris un à un ou dans leur ensemble, ne parviennent pas, à mon avis, à l'emporter sur l'analyse du texte et du contexte.

En conséquence, je peux résumer mes conclusions ainsi:

L'expression «principes de justice fondamentale» constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit.

Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit pénal ou criminel, de l'expression «principes de justice fondamentale»; ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.

Il ne faudrait pas se surprendre que de nombreux principes de justice fondamentale relèvent, de par leur nature même, du domaine de la procé-

a law of remedies and procedures and, as Frankfurter J. wrote in *McNabb v. United States* 318 U.S. 332 (1942), at p. 347, "the history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards". This is not to say, however, that the principles of fundamental justice are limited solely to procedural guarantees. Rather, the proper approach to the determination of the principles of fundamental justice is quite simply one in which, as Professor L. Tremblay has written, "future growth will be based on historical roots" ("Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?"(1984), 18 *U.B.C.L. Rev.* 201, at p. 254).

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

Consequently, those words cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7.

I now turn to such an analysis of the principle of *mens rea* and absolute liability offences in order to determine the question which has been put to the Court in the present Reference.

Absolute Liability and Fundamental Justice in Penal Law

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law. It is so old that its first enunciation was in Latin *actus non facit reum nisi mens sit rea.*

As Glanville Williams said:

dure. La *common law* a principalement été un droit de redressements et de procédures et, comme l'a écrit le juge Frankfurter, dans l'arrêt *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1942), à la p. 347, [TRADUCTION] «l'histoire de la liberté a largement été l'histoire du respect des garanties en matière de procédure». Cela ne revient pas à dire cependant que les principes de justice fondamentale se limitent aux seules garanties en matière de procédure. La façon dont il faut déterminer les principes de justice fondamentale est tout simplement celle qui, comme l'a écrit le professeur L. Tremblay, reconnaît que [TRADUCTION] «la croissance future reposera sur des racines historiques» («Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?» (1984), 18 *U.B.C.L. Rev.* 201, à la p. 254).

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

En conséquence, on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.

J'aborde maintenant l'analyse du principe de la *mens rea* et des infractions de responsabilité absolue afin de répondre à la question soumise à la Cour dans le présent renvoi.

La responsabilité absolue et la justice fondamentale en droit pénal

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois: *actus non facit reum nisi mens sit rea.*

Comme l'a affirmé Glanville Williams:

There is no need here to go into the remote history of *mens rea*; suffice it to say that the requirement of a guilty state of mind (at least for the more serious crimes) had been developed by the time of Coke, which is as far back as the modern lawyer needs to go. "If one shoot at any wild fowl upon a tree, and the arrow killeth any reasonable creature afar off, without any evil intent in him, this is *per infortunium*."

(Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, 2nd ed. (London, 1961), at p. 30.)

One of the many judicial statements on the subject worth mentioning is of the highest authority, *per* Goddard C.J. in *Harding v. Price*, [1948] 1 K.B. 695, at p. 700, where he said:

The general rule applicable to criminal cases is actus non facit reum nisi mens sit rea, and I venture to repeat what I said in *Brend v. Wood* (1946), 62 T.L.R. 462, 463: 'It is of the utmost importance for the protection of the liberty of the subject that a court should always bear in mind that, unless a statute either clearly or by necessary implication rules out mens rea as a constituent part of a crime, the court should not find a man guilty of an offence against the criminal law unless he has a guilty mind'.

This view has been adopted by this Court in unmistakable terms in many cases, amongst which the better known are *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, and the most recent and often quoted judgment of Dickson J. writing for the Court in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, *supra*.

This Court's decision in the latter case is predicated upon a certain number of postulates one of which, given the nature of the rules it elaborates, has to be to the effect that absolute liability in penal law offends the principles of fundamental justice. Those principles are, to use the words of Dickson J., to the effect that "there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent". He also stated that the argument that absolute liability "violates fundamental principles of penal liability" was the most telling argument against absolute liability and one of greater force than those advanced in support thereof.

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire ici de remonter dans l'histoire ancienne de la *mens rea*; il suffit de dire que l'exigence d'une intention coupable (au moins pour les infractions les plus graves) existait à l'époque de Coke, ce qui est aussi loin dans le temps qu'il est nécessaire aux avocats d'aujourd'hui de remonter. «Si quelqu'un vise un oiseau sauvage quelconque sur un arbre et que la flèche tue une créature raisonnable au loin, sans intention malicieuse, c'est de l'infortune.»

(Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, 2nd ed. (London, 1961), à la p. 30.)

Une des nombreuses déclarations judiciaires à ce sujet qu'il vaut la peine de mentionner à cause de sa grande valeur est celle du juge en chef Goddard dans *Harding v. Price*, [1948] 1 K.B. 695, à la p. 700:

[TRADUCTION] La règle générale applicable aux affaires criminelles est actus non facit reum nisi mens sit rea et j'oserais répéter ce que j'ai dit dans l'arrêt *Brend v. Wood* (1946), 62 T.L.R. 462, à la p. 463: «Il est de la plus haute importance pour la protection de la liberté des citoyens qu'un tribunal se rappelle toujours qu'à moins qu'une loi n'élimine clairement ou par implication logique la mens rea, comme élément constitutif d'un crime, il ne déclarera pas coupable d'une infraction au droit criminel un homme dépourvu d'intention coupable.»

Cette Cour a adopté ce point de vue en des termes qui ne prêtent à aucune équivoque dans plusieurs arrêts, dont le plus connu est *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, et le plus récent et le plus souvent cité est l'arrêt du juge Dickson rendu au nom de la Cour dans *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, précité.

L'arrêt de cette Cour dans ce dernier cas repose sur un certain nombre de prémisses dont l'une, compte tenu de la nature des règles qu'elle établit, doit nécessairement signifier que la responsabilité absolue en droit pénal contrevient aux principes de justice fondamentale. Ces principes portent, pour reprendre les paroles du juge Dickson, qu'«on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent». Il dit également que l'argument selon lequel la responsabilité absolue «viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale» est l'argument le plus sérieux contre la responsabilité absolue et a plus de poids que les arguments présentés en sa faveur.

In my view it is because absolute liability offends the principles of fundamental justice that this Court created presumptions against legislatures having intended to enact offences of a regulatory nature falling within that category. This is not to say, however, and to that extent I am in agreement with the Court of Appeal, that, as a result, absolute liability *per se* offends s. 7 of the *Charter*.

A law enacting an absolute liability offence will violate s. 7 of the *Charter* only if and to the extent that it has the potential of depriving of life, liberty, or security of the person.

Obviously, imprisonment (including probation orders) deprives persons of their liberty. An offence has that potential as of the moment it is open to the judge to impose imprisonment. There is no need that imprisonment, as in s. 94(2), be made mandatory.

I am therefore of the view that the combination of imprisonment and of absolute liability violates s. 7 of the *Charter* and can only be salvaged if the authorities demonstrate under s. 1 that such a deprivation of liberty in breach of those principles of fundamental justice is, in a free and democratic society, under the circumstances, a justified reasonable limit to one's rights under s. 7.

As no one has addressed imprisonment as an alternative to the non-payment of a fine, I prefer not to express any views in relation to s. 7 as regards that eventuality as a result of a conviction for an absolute liability offence; nor do I need to address here, given the scope of my finding and the nature of this appeal, minimum imprisonment, whether it offends the *Charter per se* or whether such violation, if any, is dependent upon whether it be for a *mens rea* or strict liability offence. Those issues were not addressed by the court below and it would be unwise to attempt to address them here. It is sufficient and desirable for this appeal to make the findings I have and no more, that is, that no imprisonment may be imposed for an absolute liability offence, and, consequently, given the ques-

À mon avis, c'est parce que la responsabilité absolue viole les principes de justice fondamentale que cette Cour a créé des présomptions selon lesquelles les législatures n'ont pas voulu définir des infractions de nature réglementaire appartenant à cette catégorie. Cela ne veut pas dire toutefois, ce sur quoi je suis d'accord avec la Cour d'appel, qu'il en résulte que la responsabilité absolue contrevient en soi à l'art. 7 de la *Charte*.

Une loi qui définit une infraction de responsabilité absolue ne violera l'art. 7 de la *Charte* que si et dans la mesure où elle peut avoir comme conséquence de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Manifestement, l'emprisonnement (y compris les ordonnances de probation) prive les personnes de leur liberté. Une infraction peut avoir cet effet dès que le juge peut imposer l'emprisonnement. Il n'est pas nécessaire que l'emprisonnement soit obligatoire comme c'est le cas au par. 94(2).

Je suis donc d'avis que la combinaison de l'emprisonnement et de la responsabilité absolue viole l'art. 7 de la *Charte* et ne peut être maintenue que si les autorités démontrent, en vertu de l'article premier, qu'une telle atteinte à la liberté, qui va à l'encontre de ces principes de justice fondamentale, constitue, dans le cadre d'une société libre et démocratique, dans les circonstances, une limite raisonnablement justifiée aux droits garantis par l'art. 7.

Comme personne n'a traité de l'emprisonnement en tant que peine possible faute de paiement de l'amende, je préfère ne pas exprimer d'avis relativement à l'art. 7 sur cette possibilité dans le cas où quelqu'un aurait été déclaré coupable d'une infraction de responsabilité absolue; il ne m'est pas nécessaire non plus ici, compte tenu de la portée de mes conclusions et de la nature du présent pourvoi, de déterminer si l'emprisonnement minimum contrevient en soi à la *Charte* ou si cette violation, le cas échéant, dépend du fait que cet emprisonnement a trait à une infraction qui exige la *mens rea* ou une infraction de responsabilité stricte. Ces questions n'ont pas été abordées par la Cour d'appel et il ne serait pas sage de tenter de les aborder ici. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit et il

tion put to us, an offence punishable by imprisonment cannot be an absolute liability offence.

Before considering s. 94(2) in the light of these findings, I feel we are however compelled to go somewhat further for the following reason. I would not want us to be taken by this conclusion as having inferentially decided that absolute liability may not offend s. 7 as long as imprisonment or probation orders are not available as a sentence. The answer to that question is dependant upon the content given to the words "security of the person". That issue was and is a live one. Indeed, though the question as framed focuses on absolute liability (s. 94(2)) in relation to the whole *Charter*, including the right to security of the person in s. 7, because of the presence of mandatory imprisonment in s. 94(1) only deprivation of liberty was considered. As the effect of imprisonment on the right to liberty is a foregone conclusion, *a fortiori* minimum imprisonment, everyone directed their arguments when discussing s. 7 to considering whether absolute liability violated the principles of fundamental justice, and then subsidiarily argued *pro* or *contra* the effect of s. 1 of the *Charter*.

Counsel for those opposing the validity of s. 94(2) took the position in this Court that absolute liability and severe punishment, always referring to imprisonment, violated s. 7 of the *Charter*. From the following passage of the judgment in the Court of Appeal it would appear that counsel for those opposing the validity of the section took the wider position in that Court that all absolute liability offences violated s. 7 because of "punishment of the morally innocent":

> In seeking to persuade the court to that conclusion counsel opposing the validity of s. 94(2) contended all absolute offences are now of no force and effect because

est préférable de conclure comme je l'ai fait sans plus, savoir qu'aucune peine d'emprisonnement ne peut être imposée pour une infraction de responsabilité absolue et, en conséquence, étant donné la question qui nous est soumise, qu'une infraction punissable de l'emprisonnement ne peut pas être une infraction de responsabilité absolue.

Avant d'analyser le par. 94(2) en fonction de ces conclusions, j'estime que nous devons toutefois aller un peu plus loin pour le motif suivant. Je ne voudrais pas qu'on pense qu'en tirant cette conclusion nous avons indirectement décidé que la responsabilité absolue ne peut contrevenir à l'art. 7 que si l'emprisonnement ou des ordonnances de probation peuvent être imposées comme peine. La réponse à cette question dépend du contenu donné à l'expression «sécurité de sa personne». La question est toujours d'actualité. En effet, bien que la question, telle que formulée, soit axée sur la responsabilité absolue (par. 94(2)) par rapport à l'ensemble de la *Charte*, dont le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7, à cause de la mention de l'emprisonnement obligatoire au par. 94(1), seule l'atteinte à la liberté a été prise en considération. Comme l'effet de l'emprisonnement, et à plus forte raison celui d'un emprisonnement minimum, sur le droit à la liberté était déjà déterminé, toutes les parties ont fait porter leur argumentation relative à l'art. 7 sur la question de savoir si la responsabilité absolue contrevient aux principes de justice fondamentale et, subsidiairement, ont plaidé pour ou contre l'application de l'article premier de la *Charte*.

Les avocats de ceux qui s'opposent à la validité du par. 94(2) ont soutenu en cette Cour que la responsabilité absolue et les peines sévères, parlant toujours de l'emprisonnement, violent l'art. 7 de la *Charte*. D'après le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel, il semble que les avocats des parties opposées à la validité du paragraphe ont soutenu, en Cour d'appel, de façon plus générale que toutes les infractions de responsabilité absolue violent l'art. 7 parce qu'elles ont pour effet de «punir celui qui est moralement innocent»:

> [TRADUCTION] En cherchant à convaincre la cour de tirer cette conclusion, les avocats qui s'opposent à la validité du par. 94(2) ont soutenu que toutes les infrac-

of s. 7 of the Charter and that the provisions of s. 1 of the Charter should not be invoked to sustain them. In support of this submission counsel relied upon the view expressed by Dickson J. in *Sault Ste. Marie* that there was 'a generally held revulsion against punishment of the morally innocent'. They contended that had the Charter been in effect when *Sault Ste. Marie* was decided all absolute liability offences would have been struck down.

We accept without hesitation the statement expressed by the learned justice but do not think it necessarily follows that because of s. 7 of the Charter this category of offence can no longer be legislated. To the contrary, there are, and will remain, certain public welfare offences, e.g., air and water pollution offences, where the public interest requires that the offences be absolute liability offences.

While I agree with the Court of Appeal, as I have already mentioned, that absolute liability does not *per se* violate s. 7 of the *Charter*, I am somewhat concerned with leaving without comment the unqualified reference by the Court of Appeal to the requirements of the "public interest".

If, by reference to public interest, it was meant that the requirements of public interest for certain types of offences is a factor to be considered in determining whether absolute liability offends the principles of fundamental justice, then I would respectfully disagree; if the public interest is there referred to by the Court as a possible justification under s. 1 of a limitation to the rights protected at s. 7, then I do agree.

Indeed, as I said, in penal law, absolute liability always offends the principles of fundamental justice irrespective of the nature of the offence; it offends s. 7 of the *Charter* if as a result, anyone is deprived of his life, liberty or security of the person, irrespective of the requirement of public interest. In such cases it might only be salvaged for reasons of public interest under s. 1.

In this latter regard, something might be added.

tions de responsabilité absolue sont inopérantes à cause de l'art. 7 de la Charte et qu'on ne saurait invoquer les dispositions de l'article premier de la Charte pour les maintenir. À l'appui de cet argument, les avocats ont invoqué l'avis exprimé par le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* selon lequel «on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent». Ils ont soutenu que, si la Charte avait été en vigueur à l'époque où l'arrêt *Sault Ste-Marie* a été rendu, toutes les infractions de responsabilité absolue auraient été annulées.

Nous acceptons sans hésitation l'avis exprimé par le savant juge, mais nous ne croyons pas qu'il s'ensuit nécessairement qu'en raison de l'art. 7 de la Charte il n'est plus possible de créer ce genre d'infraction. Au contraire, il y aura toujours certaines infractions contre le bien-être public, par ex. les infractions relatives à la pollution de l'air et de l'eau, où l'intérêt public exige que les infractions soient de responsabilité absolue.

Même si, comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la responsabilité absolue ne viole pas en soi l'art. 7 de la *Charte*, j'aurais des scrupules à ne pas commenter la mention qu'a faite la Cour d'appel des exigences de «l'intérêt public» sans formuler aucune réserve.

Si, en mentionnant l'intérêt public, on a voulu dire que les exigences de l'intérêt public à l'égard de certains types d'infractions constituent un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer si la responsabilité absolue est contraire aux principes de justice fondamentale, alors je ne puis être d'accord; si la Cour d'appel parle de l'intérêt public comme étant une justification possible en vertu de l'article premier, d'une limitation des droits garantis par l'art. 7, alors je suis d'accord.

En réalité, comme je l'ai dit, en droit pénal la responsabilité absolue est toujours contraire aux principes de justice fondamentale quelle que soit la nature de l'infraction; elle est contraire à l'art. 7 de la *Charte* si elle a comme conséquence de porter atteinte à la vie de quelqu'un, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne, indépendamment des exigences de l'intérêt public. Dans ces cas, elle ne peut être maintenue que pour des motifs d'intérêt public par application de l'article premier.

Quant à ce dernier aspect, il faut encore ajouter ceci.

Administrative expediency, absolute liability's main supportive argument, will undoubtedly under s. 1 be invoked and occasionally succeed. Indeed, administrative expediency certainly has its place in administrative law. But when administrative law chooses to call in aid imprisonment through penal law, indeed sometimes criminal law and the added stigma attached to a conviction, exceptional, in my view, will be the case where the liberty or even the security of the person guaranteed under s. 7 should be sacrificed to administrative expediency. Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like.

Of course I understand the concern of many as regards corporate offences, specially, as was mentioned by the Court of Appeal, in certain sensitive areas such as the preservation of our vital environment and our natural resources. This concern might well be dispelled were it to be decided, given the proper case, that s. 7 affords protection to human persons only and does not extend to corporations.

Even if it be decided that s. 7 does extend to corporations, I think the balancing under s. 1 of the public interest against the financial interests of a corporation would give very different results from that of balancing public interest and the liberty or security of the person of a human being.

Indeed, the public interest as regards "air and water pollution offences" requires that the guilty be dealt with firmly, but the seriousness of the offence does not in my respectful view support the proposition that the innocent human person be open to conviction, quite the contrary.

Section 94(2)

No doubt s. 94(2) enacts in the clearest of terms an absolute liability offence, the conviction for

On invoquera sans doute, en vertu de l'article premier, la commodité administrative qui est l'argument principal en faveur de la responsabilité absolue, et parfois on le fera avec succès bien que j'oserais prédire que cela se produira rarement. En fait, la commodité administrative a certainement sa place en droit administratif. Cependant, lorsque le droit administratif fait appel à l'emprisonnement au moyen du droit pénal et parfois même du droit criminel et vu les stigmates découlant d'une condamnation, ce sera par exception, à mon avis, qu'il y aura lieu de sacrifier la liberté ou même la sécurité de la personne garanties à l'art. 7 à la commodité administrative. L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite.

Je comprends bien sûr l'inquiétude de plusieurs quant aux infractions commises par des personnes morales, spécialement, comme le mentionne la Cour d'appel, dans certains secteurs délicats comme la préservation du milieu où nous vivons et de nos ressources naturelles. Cette inquiétude pourrait bien être dissipée si l'on devait décider, dans une affaire appropriée, que l'art. 7 protège les personnes physiques seulement et qu'il ne s'étend pas aux personnes morales.

Même si l'on décidait que l'art. 7 s'applique aux personnes morales, je crois que l'équilibre à réaliser, en vertu de l'article premier, entre l'intérêt public et les intérêts financiers d'une société donnerait des résultats très différents de ceux de l'équilibre à réaliser entre l'intérêt public et la liberté ou la sécurité d'une personne physique.

En réalité, l'intérêt public concernant les infractions relatives à la pollution de l'air et de l'eau exige que le coupable soit traité avec fermeté, mais à mon avis la gravité de l'infraction ne permet pas d'affirmer qu'un être humain innocent peut être déclaré coupable, bien au contraire.

Le paragraphe 94(2)

Il ne fait pas de doute que le par. 94(2) crée dans les termes les plus clairs une infraction de

which a person will be deprived of his or her liberty, and little more, if anything, need be added. However, I should not want to conclude without addressing an argument raised by the appellant in this Court and considered by the British Columbia Court of Appeal.

The appellant argues that, as a result of the case of *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605, s. 94(2) (the absolute liability provision) is of limited effect. Hence, the section raises "a false impression of a potential for wholesale injustice," says the appellant. In my view, this argument is of little relevance to the determination of this appeal. Whether the provision is of broad or of "limited" effect does not change its nature nor lead to a different characterization for the purpose of determining a violation of s. 7. The question is whether the provision offends s. 7 of the *Charter* at all, rather than whether it does so in "limited" or "wholesale" fashion. At best, this argument may be considered under s. 1.

The appellant summarizes the decision in *MacDougall* as establishing that "where an accused is charged with driving a motor vehicle while his licence was cancelled (contrary to a provincial statute) and the revocation in question arose automatically as a matter of law pursuant to a provincial statute, ignorance by the accused of the fact that his licence was revoked is ignorance of law and cannot provide the basis for an acquittal".

The respondent, however, distinguishes the *MacDougall* case from the case at bar on two grounds. First, the offence under consideration in *MacDougall* was one of strict liability rather than absolute liability. Secondly, while *MacDougall* "dealt only with a suspension by operation of law, section 94(2) encompasses Court imposed suspensions (section 90(2)), suspensions arising under the 'old law' in the absence of the accused, and suspensions imposed by administrative review by the Superintendent of Motor Vehicles requiring delivery of notice ('old' act, Section 82(3))". Thus, the respondent concludes that there are "at least three classes of morally innocent persons who are, by

responsabilité absolue dont l'auteur, s'il est déclaré coupable, sera privé de sa liberté et il n'est pas vraiment nécessaire d'en dire plus. Cependant, je ne veux pas conclure sans aborder un argument soulevé par l'appelant en cette Cour et examiné par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

L'appelant soutient que, par suite de l'arrêt *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, le par. 94(2) (la disposition qui crée la responsabilité absolue) a un effet limité. Donc le paragraphe fait naître [TRADUCTION] «une fausse impression de risque d'injustice généralisée», selon l'appelant. À mon avis, cet argument est de peu d'utilité pour ce qui est de trancher le présent pourvoi. Que la disposition ait un effet étendu ou «limité» ne change pas sa nature ni n'entraîne une caractérisation différente aux fins de déterminer ce qui constitue une violation de l'art. 7. Il s'agit de déterminer si la disposition contrevient d'aucune manière à l'art. 7 de la *Charte* plutôt que de déterminer si elle le fait de façon «limitée» ou de façon «générale». Au mieux, on pourrait considérer cet argument sous l'angle de l'article premier.

L'appelant résume la décision *MacDougall* en affirmant qu'elle établit que [TRADUCTION] «lorsqu'une personne est accusée d'avoir conduit un véhicule automobile alors que son permis était annulé (contrairement à une loi provinciale), et que la révocation en question est automatique en droit en vertu de la loi provinciale, l'ignorance par l'accusé du fait que son permis était annulé constitue une ignorance de la loi et ne peut justifier un acquittement».

Selon l'intimé toutefois, l'arrêt *MacDougall* et l'espèce sont distincts à deux égards. D'abord, l'infraction en cause dans l'arrêt *MacDougall* était une infraction de responsabilité stricte plutôt qu'une infraction de responsabilité absolue. En second lieu, bien que l'affaire *MacDougall* [TRADUCTION] «ait porté seulement sur une suspension par application de la loi, le paragraphe 94(2) vise aussi les suspensions imposées par les tribunaux (paragraphe 90(2)), les suspensions découlant de l'«ancienne loi» en l'absence de l'accusé et les suspensions imposées par suite d'un contrôle administratif de la part du surintendant des véhicules automobiles qui exigent l'envoi d'un avis (par.

Section 94(2) deprived of the opportunity to present a defence of the type outlined by Dickson J. in *Regina v. Sault Ste. Marie*, (1978) 2 S.C.R. 1299 at 1326".

The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the particular event.

In the final analysis, it seems that both the appellant and the respondent agree that s. 94 will impact upon the right to liberty of a limited number of morally innocent persons. It creates an absolute liability offence which effects a deprivation of liberty for a limited number of persons. To me, that is sufficient for it to be in violation of s. 7.

Section 1

Having found that s. 94(2) offends s. 7 of the *Charter* there remains the question as to whether the appellants have demonstrated that the section is salvaged by the operation of s. 1 of the *Charter*. No evidence was adduced in the Court of Appeal or in this Court. The position in that regard and the argument in support of the operability of s. 94(2) is as follows in appellant's factum:

If this Court rules that S. 94(2) of the Motor Vehicle Act is inconsistent with S. 7 (or S. 11(d)) of the Charter, then it is submitted that S. 1 of the Charter is applicable. It is submitted that Laskin J. (as he then was) made it clear in *Curr v. The Queen*, supra, that it is within the scope of judicial notice for this Court to recognize that a statutory provision was enacted as part of a legislative scheme aimed at reducing the human and economic cost of bad driving. S. 94 is but part of the overall scheme laid out in the Motor Vehicle Act by which the Legislature is attempting to get bad drivers off the road. S. 94 imposes severe penalties on those who drive while prohibited from driving and those who drive while their driver's licence is suspended.

It is submitted that if S. 94(2) is inconsistent with one of the above-noted provisions of the Charter, then S. 82(3)) de l'«ancienne» loi)». L'intimé conclut donc qu'il y a [TRADUCTION] «au moins trois catégories de personnes moralement innocentes qui, en vertu du par. 94(2), sont privées de la possibilité de soumettre une défense du genre de celle que mentionne le juge Dickson dans l'arrêt *Regina c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1326».

La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question.

En définitive, il semble que l'appelant et l'intimé sont d'accord pour dire que l'art. 94 aura une influence sur le droit à la liberté d'un nombre limité de personnes moralement innocentes. Il crée une infraction de responsabilité absolue qui entraîne une privation de liberté pour un nombre limité de personnes. Quant à moi, cela est suffisant pour qu'il contrevienne à l'art. 7.

L'article premier

Ayant conclu que le par. 94(2) contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, il reste à déterminer si les appelants ont démontré que cette disposition est sauvée par application de l'article premier de la *Charte*. Aucun élément de preuve n'a été soumis à la Cour d'appel ni à cette Cour. La position à ce sujet et quant à l'argumentation à l'appui de la validité du par. 94(2) est ainsi formulée dans le mémoire de l'appelant:

[TRADUCTION] Si cette Cour décide que le par. 94(2) de la *Motor Vehicle Act* est incompatible avec l'art. 7 (ou l'al. 11*d*)) de la *Charte*, on soutient alors que l'article premier de la *Charte* s'applique. On fait valoir que le juge Laskin (alors juge puîné) a dit clairement dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, précité, que cette Cour peut reconnaître judiciairement qu'une disposition législative a été adoptée dans le cadre d'un programme législatif visant à réduire le coût, en vies humaines et en argent, de la mauvaise conduite de véhicules à moteur. L'article 94 n'est qu'une partie du plan général établi dans la *Motor Vehicle Act* par lequel la législature vise à retirer les mauvais conducteurs de la route. L'article 94 impose des peines sévères à ceux qui conduisent alors qu'il leur est interdit de le faire et à ceux qui conduisent alors que leur permis est suspendu.

On soutient que si le par. 94(2) est incompatible avec l'une des dispositions susmentionnées de la *Charte*, alors

94(2) contains a 'reasonable limit, etc.' within the meaning of S. 1 of the Charter.

I do not take issue with the fact that it is highly desirable that "bad drivers" be kept off the road. I do not take issue either with the desirability of punishing severely bad drivers who are in contempt of prohibitions against driving. The bottom line of the question to be addressed here is: whether the Government of British Columbia has demonstrated as justifiable that the risk of imprisonment of a few innocent is, given the desirability of ridding the roads of British Columbia of bad drivers, a reasonable limit in a free and democratic society. That result is to be measured against the offence being one of strict liability open to a defence of due diligence, the success of which does nothing more than let those few who did nothing wrong remain free.

As did the Court of Appeal, I find that this demonstration has not been satisfied, indeed, not in the least.

In the result, I would dismiss the appeal and answer the question in the negative, as did the Court of Appeal, albeit for somewhat different reasons, and declare s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, as amended by the *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Having come to this conclusion, I choose, as did the Court of Appeal, not to address whether the section violates the rights guaranteed under ss. 11(*d*) and 12 of the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

McINTYRE J.—I agree with Lamer J. that s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, as amended by the *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, (1982) (B.C.), c. 36, s. 19, is inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree that "fundamental justice", as the term is used in the *Charter*, involves more than natural justice (which is largely procedural) and includes as well a substantive

le par. 94(2) comporte une «limite raisonnable, etc.» au sens de l'article premier de la *Charte*.

Je ne conteste pas le fait qu'il est tout à fait souhaitable d'éliminer les «mauvais conducteurs» de la route. Je ne conteste pas non plus l'utilité de punir sévèrement les mauvais conducteurs qui prennent le volant malgré l'interdiction de le faire. Au fond, la question est de savoir si le gouvernement de la Colombie-Britannique a fait la preuve que le risque d'emprisonner quelques personnes innocentes est, vu l'intérêt qu'il y a d'éliminer les mauvais conducteurs des routes de cette province, une limite raisonnable qui est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette conséquence doit être appréciée en fonction d'une infraction de responsabilité stricte qui se prête à un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, qui s'il réussit ne fera rien de plus que de laisser la liberté aux quelques personnes qui n'ont rien fait de mal.

À l'instar de la Cour d'appel, je conclus que cette preuve n'a pas le moindrement été faite.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, de répondre à la question par la négative, comme l'a fait la Cour d'appel, même si c'est pour des motifs quelque peu différents, et de déclarer que le par. 94(2) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, modifiée par la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Étant arrivé à cette conclusion, je m'abstiens, à l'instar de la Cour d'appel, d'aborder la question de savoir si la disposition viole les droits garantis par l'al. 11*d*) et l'art. 12 de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE McINTYRE—Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que le par. 94(2) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288, modifiée par la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, 1982 (C.-B.), chap. 36, art. 19, est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'accepte que l'expression «justice fondamentale» utilisée dans la *Charte* vise plus que la justice naturelle (qui se rapporte surtout à

element. I am also of the view that on any definition of the term "fundamental justice" the imposition of minimum imprisonment for an offence in respect of which no defence can be made, and which may be committed unknowingly and with no wrongful intent, deprives or may deprive of liberty and it offends the principles of fundamental justice.

I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with my colleague, Mr. Justice Lamer, that s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act* violates s. 7 of the *Charter* and is not saved by s. 1. I reach that result, however, by a somewhat different route.

I start with a consideration of statutory "offences". These are divisible into offences for which *mens rea* is required and those for which it is not. Statutory offences are subject to a presumption in favour of a *mens rea* requirement as a matter of interpretation, but the courts have increasingly come to accept the proposition that legislatures may create non *mens rea* offences provided they make it clear that the *actus reus* itself is prohibited. This is typically so in the case of the so-called "regulatory" or "public welfare" offences. There is no moral delinquency involved in these offences. They are simply designed to regulate conduct in the public interest.

Two questions, therefore, have to be answered on this appeal. The first is do absolute liability offences created by statute *per se* offend the *Charter*? The second is, assuming they do not, can they be attended by mandatory imprisonment or can such a sanction only be attached to true *mens rea* offences? Certainly, in the absence of the *Charter*, legislatures are free to create absolute liability offences and to attach to them any sanctions they please. Does s. 7 of the *Charter* circum-

la procédure) et comprend également un élément de fond. Je suis d'avis également que, quelle que soit la définition que l'on donne à l'expression «justice fondamentale», l'imposition d'une peine d'emprisonnement minimum pour une infraction à l'égard de laquelle aucun moyen de défense ne peut être soulevé et qui peut être commise par inadvertance et sans mauvaise intention, porte ou peut porter atteinte à la liberté et viole les principes de justice fondamentale.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer pour dire que le par. 94(2) de la *Motor Vehicle Act* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et qu'il ne peut être sauvé par application de l'article premier. J'arrive cependant à ce résultat par un cheminement quelque peu différent.

Je commence par l'analyse des «infractions» créées par la loi. Elles se divisent en infractions qui exigent la *mens rea* et celles qui ne l'exigent pas. Les infractions créées par la loi sont assujetties à une présomption d'interprétation selon laquelle il doit y avoir *mens rea*, mais les tribunaux en sont venus de plus en plus à reconnaître que les législatures peuvent créer des infractions qui n'exigent pas la *mens rea* pourvu qu'elles indiquent clairement que l'*actus reus* lui-même est interdit. Il en est ainsi dans le cas des infractions dites «de nature réglementaire» ou contre le «bien-être public». Ces infractions ne comportent pas de délit moral. Elles visent simplement à régler la conduite des gens en fonction de l'intérêt public.

En l'espèce, il nous faut donc répondre à deux questions. La première est de savoir si les infractions de responsabilité absolue créées par la loi violent en soi la *Charte*. La seconde consiste à déterminer si, à supposer qu'elles ne la violent pas, elles peuvent être assorties d'une peine d'emprisonnement obligatoire ou si cette peine ne peut se rattacher qu'aux infractions qui exigent véritablement la *mens rea*. Il est certain qu'à défaut de la *Charte* les législatures peuvent créer des infractions de responsabilité absolue et les assortir de

scribe their power in this regard?

1. Absolute Liability Offences

Section 7 affirms the right to life, liberty and security of the person while at the same time indicating that a person may be deprived of such a right if the deprivation is effected "in accordance with the principles of fundamental justice". I do not view the latter part of the section as a qualification on the right to life, liberty and security of the person in the sense that it limits or modifies that right or defines its parameters. Its purpose seems to me to be the very opposite, namely to protect the right against deprivation or impairment unless such deprivation or impairment is effected in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 7 does not, however, affirm a right to the principles of fundamental justice *per se*. There must first be found an impairment of the right to life, liberty or security of the person. It must then be determined whether that impairment has been effected in accordance with the principles of fundamental justice. If it has, it passes the threshold test in s. 7 itself but the Court must go on to consider whether it can be sustained under s. 1 as a limit prescribed by law on the s. 7 right which is both reasonable and justified in a free and democratic society. If, however, the limit on the s. 7 right has been effected through a violation of the principles of fundamental justice, the enquiry, in my view, ends there and the limit cannot be sustained under s. 1. I say this because I do not believe that a limit on the s. 7 right which has been imposed in violation of the principles of fundamental justice can be either "reasonable" or "demonstrably justified in a free and democratic society". The requirement in s. 7 that the principles of fundamental justice be observed seems to me to restrict the legislature's power to impose limits on the s. 7 right under s. 1. It can only limit the s. 7 right if it does so in accordance with the principles of fundamental justice and, even if it

n'importe quelle sanction. L'article 7 de la *Charte* limite-t-il leur pouvoir à cet égard?

1. Les infractions de responsabilité absolue

L'article 7 garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne tout en indiquant «qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Je ne considère pas que la dernière partie de l'article apporte un modificatif au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne en ce qu'elle limite ou modifie ce droit ou en détermine les paramètres. Il me semble qu'elle vise tout à fait le contraire, notamment à protéger le droit contre toute atteinte à moins que cette atteinte ne soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Cependant, l'art. 7 n'énonce pas un droit à la protection accordée par les principes de justice fondamentale comme tels. On doit d'abord conclure qu'il y a eu atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et ensuite déterminer si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Si elle l'est, elle satisfait alors au critère premier de l'art. 7 lui-même, mais la Cour doit passer à l'examen de la question de savoir si elle peut être maintenue en vertu de l'article premier, comme restreignant par une règle de droit le droit garanti à l'art. 7, dans des limites qui soient à la fois raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Toutefois, si la limite au droit garanti par l'art. 7 résulte d'une violation des principes de justice fondamentale, j'estime que l'examen se termine là et que la limite ne peut être maintenue en vertu de l'article premier. J'affirme cela parce que je ne crois pas qu'une limite au droit garanti par l'art. 7, qui a été imposée contrairement aux principes de justice fondamentale puisse être «raisonnable» ni que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'exigence, que l'on trouve à l'art. 7, d'observer les principes de justice fondamentale me semble restreindre le pouvoir du législateur d'imposer des limites au droit garanti par l'art. 7, que lui confère l'article premier. Il ne peut le limiter qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale et,

meets that test, it still has to meet the tests in s. 1.

Assuming that I am correct in my analysis of s. 7 and its relationship to s. 1, an absolute liability offence cannot violate s. 7 unless it impairs the right to life, liberty or security of the person. It cannot violate s. 7 because it offends the principles of fundamental justice because they are not protected by s. 7 absent an impairment of the s. 7 right. Leaving aside for the moment the mandatory imprisonment sanction, I cannot find an interference with life, liberty or security of the person in s. 94 of the *Motor Vehicle Act*. It is true that the section prevents citizens from driving their vehicles when their licences are suspended. Citizens are also prevented from driving on the wrong side of the road. Indeed, all regulatory offences impose some restriction on liberty broadly construed. But I think it would trivialize the *Charter* to sweep all those offences into s. 7 as violations of the right to life, liberty and security of the person even if they can be sustained under s. 1. It would be my view, therefore, that absolute liability offences of this type do not *per se* offend s. 7 of the *Charter*.

2. Absolute Liability Plus Mandatory Imprisonment

The real question, as I see it, is whether s. 7 of the *Charter* is violated by the attachment of a mandatory imprisonment sanction to an absolute liability offence. Clearly a s. 7 right is interfered with here in that a person convicted of such an offence automatically loses his liberty.

In what circumstances then may the citizen be deprived of his right to liberty? Clearly not if he was deprived of it through a process which was procedurally unfair. But is s. 7 limited to that?

I would assume that one of the reasons for the rider attached to the right to liberty affirmed in s.

même s'il satisfait à ce critère, il lui reste encore à satisfaire à ceux de l'article premier.

À supposer que j'aie raison dans mon analyse de l'art. 7 et de son rapport avec l'article premier, une infraction de responsabilité absolue ne peut violer l'art. 7 que si elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Elle ne peut violer l'art. 7 pour le motif qu'elle est contraire aux principes de justice fondamentale, étant donné que la protection qu'ils offrent n'est pas garantie par l'art. 7 en l'absence d'une atteinte au droit garanti par ledit article. Laissant de côté pour le moment la peine d'emprisonnement obligatoire, je ne vois, dans l'art. 94 de la *Motor Vehicle Act*, aucune atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Il est vrai que cet article empêche un citoyen de conduire son véhicule lorsque son permis est suspendu. Les citoyens se voient également interdire de conduire du mauvais côté de la route. En fait, toutes les infractions de nature réglementaire imposent une certaine limite à la liberté au sens large. Mais je crois que ce serait banaliser la *Charte* que d'assujettir toutes ces infractions à l'art. 7 comme étant des violations du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, même si elles peuvent être maintenues en vertu de l'article premier. Je suis donc d'avis que les infractions de responsabilité absolue de cette nature ne violent pas en soi l'art. 7 de la *Charte*.

2. La responsabilité absolue combinée à l'emprisonnement obligatoire

La véritable question qui se pose, me semble-t-il, est de savoir si en assortissant une infraction de responsabilité absolue d'une peine d'emprisonnement obligatoire, on viole la *Charte*. Il est clair qu'il y a ici atteinte au droit garanti par l'art. 7 en ce que la personne déclarée coupable d'une telle infraction perd automatiquement sa liberté.

Dans quelles circonstances peut-on priver un citoyen de son droit à la liberté? Ce n'est manifestement pas celles où il en serait privé par un processus inéquitable sur le plan de la procédure. Mais l'art. 7 se limite-t-il à cela?

Je suis d'avis de présumer que l'un des motifs de la clause additionnelle attachée au droit à la

7 is to accommodate the criminal justice system. It will be through the criminal justice system that citizens will typically lose their liberty at the hands of government. The system must not, therefore, cause them to lose their liberty in violation of the principles of fundamental justice. The system must reflect those principles and the validity of the penal provisions must be assessed in relation to them.

Since s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act* imposes a limit prescribed by law on the s. 7 right, we must determine whether fundamental justice is offended by attaching mandatory imprisonment to an absolute liability offence. Given that we can have statutory non *mens rea* offences, what is repugnant to fundamental justice in imprisoning someone for their commission?

At common law imprisonment was reserved for the more serious *mens rea* offences. However, we are dealing here with statutory offences and the legislation must stand unless it violates s. 7. We cannot, in my view, simply state as a bald proposition that absolute liability and imprisonment cannot co-exist in a statutory context. Legislatures can supersede the common law. The legislature may consider it so important to prevent a particular act from being committed that it absolutely forbids it and, if it is committed, may subject the offender to a penalty whether he has any *mens rea* or not and whether or not he had any intention of breaking the law. Prior to the *Charter* such legislation would have been unassailable. Now it must meet the test of s. 7. Where the legislature has imposed a penalty in the form of mandatory imprisonment for the commission of an absolute liability offence and has done so in clear and unambiguous language, can the legislation survive an attack under s. 7? It is suggested that such legislation cannot survive because it offends the principles of fundamental justice and, in particular, the principle that punishment is inappropriate in the absence of moral culpability.

The common law distinguished sharply the conduct of the wrongdoer from his state of mind at

liberté garanti par l'art. 7 en est un d'accommodement du système de justice pénale. C'est par le système de justice pénale que les citoyens perdent ordinairement leur liberté au profit du gouvernement. Le système ne doit donc pas leur faire perdre leur liberté contrairement aux principes de justice fondamentale. Le système doit refléter ces principes et c'est en fonction de ceux-ci qu'il faut évaluer la validité des dispositions pénales.

Puisque le par. 94(2) de la *Motor Vehicle Act* restreint, par une règle de droit, le droit garanti par l'art. 7, nous devons déterminer si le rattachement d'une peine d'emprisonnement obligatoire à une infraction de responsabilité absolue est contraire à la justice fondamentale. Puisqu'il peut y avoir des infractions créées par la loi qui n'exigent pas la *mens rea*, qu'y a-t-il de contraire à la justice fondamentale à emprisonner quelqu'un pour leur perpétration?

En *common law*, l'emprisonnement était limité aux infractions plus graves qui exigent la *mens rea*. Cependant, nous sommes en présence d'infractions créées par la loi et la loi doit être maintenue à moins qu'elle n'enfreigne l'art. 7. On ne peut, à mon avis, déclarer simplement que la responsabilité absolue et l'emprisonnement ne peuvent coexister en matière de législation. Les législatures peuvent modifier la *common law*. Le législateur peut considérer important d'empêcher la perpétration d'un acte en particulier au point de l'interdire absolument et, s'il est commis, il peut assujettir le contrevenant à une peine que celui-ci ait eu ou non la *mens rea* et qu'il ait eu ou non l'intention d'enfreindre la loi. Avant la *Charte*, une telle loi aurait été inattaquable. Maintenant elle doit satisfaire au critère de l'art. 7. Si le législateur a imposé une peine sous forme d'emprisonnement obligatoire pour la perpétration d'une infraction de responsabilité absolue et s'il l'a fait en termes clairs et nets, la loi peut-elle survivre à une contestation fondée sur l'art. 7? On a soutenu qu'une telle loi ne peut être maintenue parce qu'elle viole les principes de justice fondamentale et, en particulier, le principe qu'il ne convient pas d'imposer une peine en l'absence de culpabilité morale.

La *common law* distingue nettement la conduite du contrevenant de son état d'esprit au moment de

the time. Hence the famous maxim referred to by my colleague—*actus non facit reum nisi mens sit rea*. The important thing to note, however, is that while the maxim has always been viewed as identifying the essential ingredients of a crime at common law, its meaning has been subject to a process of historical and juridical development, particularly the concept of *mens rea*. In the earliest beginnings of criminal liability the mental state of the wrongdoer was not considered at all; it was enough that he had done the fell deed: see Holdsworth, *A History of English Law* (1923), vol. 2, pp. 50 *et seq*. At a later stage the accused's state of mind was considered for two distinct purposes, namely (1) to determine whether his conduct was voluntary or involuntary; and (2) to determine whether he realized what the consequences of his conduct might be. But the first purpose was viewed as the key one. It was considerably later in the development of the law of criminal responsibility that the emphasis changed and an appreciation of the consequences of his act became the central focus. The movement towards the concept of the "guilty mind" was not, however, a sudden or dramatic one. This is understandable. The judges of the day found the new rule hard to apply because it was difficult to look into the state of a man's mind. The ecclesiastical authorities, however, had no such problem and legal historians seem to agree that the ecclesiastical influence was largely responsible for moving the focus to the mental element in common law crime: see Holdsworth, *supra*, p. 259.

commettre l'acte. D'où la fameuse maxime citée par mon collègue: *actus non facit reum nisi mens sit rea*. La chose importante à souligner cependant est que, même si on a toujours considéré que la maxime identifiait les éléments essentiels d'une infraction en *common law*, son sens a subi une évolution historique et juridique, notamment le concept de la *mens rea*. Au tout début de la responsabilité criminelle, l'état d'esprit du contrevenant ne comptait pas du tout; il suffisait qu'il ait accompli l'acte sinistre: voir Holdsworth, *A History of English Law* (1923), vol. 2, pp. 50 et suiv. Plus tard, on a tenu compte de l'état d'esprit de l'accusé à deux fins distinctes, savoir (1) déterminer si sa conduite était volontaire ou involontaire et (2) déterminer s'il se rendait compte des conséquences que sa conduite pouvait avoir. Mais la première fin était considérée comme la principale. Ce n'est que beaucoup plus tard, dans l'évolution du principe de la responsabilité criminelle, que l'accent a été mis sur autre chose et que l'évaluation des conséquences de son acte est devenue le point d'intérêt principal. L'apparition du concept de «l'intention coupable» n'a cependant été ni soudaine ni dramatique. Cela est compréhensible. Les juges de l'époque ont trouvé la nouvelle règle pénible à appliquer parce qu'il était difficile de connaître l'état d'esprit d'une personne. Les autorités ecclésiastiques n'avaient cependant pas ce problème et les historiens du droit semblent d'accord pour dire que l'influence ecclésiastique a été largement déterminante dans le déplacement du centre d'intérêt vers l'élément moral dans les crimes de *common law*: voir Holdsworth, précité, p. 259.

The introduction of concepts of morality into criminal responsibility inevitably led to a sharp distinction between crimes which were *mala in se* and crimes which were merely *mala prohibita*. Blackstone describes crimes which were *mala in se* as offences against "those rights which God and nature have established" (Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (17th ed. by E. Christian, 1830)), p. 53 and crimes which were *mala prohibita* as breaches of "those laws which enjoin only positive duties, and forbid any such things as are not *mala in se* ... without any intermixture of moral guilt" (Blackstone, *ibid.*, p. 57). This distinction is now pretty well discredited:

L'apparition des concepts de moralité dans la responsabilité criminelle a inévitablement amené une distinction nette entre les crimes qui sont des actes mauvais en eux-mêmes et ceux qui sont simplement des actes prohibés. Blackstone décrit les crimes qui sont des actes mauvais en eux-mêmes comme des infractions contre [TRADUCTION] «les droits que Dieu et la nature ont établis» (Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (17th ed. par E. Christian, 1830)), p. 53, et les crimes qui sont des actes prohibés comme la violation des [TRADUCTION] «lois qui imposent uniquement des obligations positives et interdisent des choses qui ne sont pas des actes mauvais en soi

see Archbold's *Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 30th ed. (1938), p. 900; Allen, *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence* (1931), p. 239. While it is undoubtedly a fact that certain crimes evoke feelings of revulsion and condemnation in the minds of most people, those feelings are now generally perceived as dependent upon a number of variable factors such as environment, education and religious prejudice and are no longer seen as providing a secure basis for the segregation of crimes into two different categories. Quoting from Kenny's *Outlines of Criminal Law*, 16th ed. by J. W. C. Turner, 1952, at pp. 22-23:

Among the members of any community at a given period, certain offences are by general agreement regarded as especially serious and excite deep moral reprobation, whereas other transgressions are regarded as venial and are more or less condoned, especially when they infringe rules of law which are unpopular. It is indeed inevitable that this apportionment of blame should be made. Yet the vague and fluctuating line which in everyday life is drawn between the one group and the other only marks a variation in degree; it is not a boundary which separates things fundamentally alien in kind. Ethical reprobation of homicide, homosexuality, libel, adultery, bigamy and slave trading, to take a few examples, is not the same in all countries, and indeed may vary from section to section of the people in the same country.

. . .

This defective classification of crimes clearly formed an unsound premise from which to draw any jurisprudential conclusion but it has an insidious attraction, and in the form of English phrases such as "in itself unlawful" it has penetrated into one or two modern judgments with vitiating effects upon the logic and clarity of the argument.

Accepting that a guilty mind was an essential ingredient of a crime at common law, it does not, of course, follow that the same is true of a "crime" created by statute. I have already referred to the presumption against absolute liability as a matter of statutory interpretation. This undoubtedly

. . . sans aucune connotation de culpabilité morale» (Blackstone, *ibid.*, p. 57). Cette distinction est maintenant communément rejetée: voir Archbold's *Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 30th ed. (1938), à la p. 900; Allen, *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence* (1931), p. 239. Bien qu'il soit indubitable que certains crimes soulèvent des sentiments de dégoût et de réprobation chez la plupart des gens, ces sentiments sont généralement considérés comme liés à un nombre de facteurs variables comme le milieu, l'éducation et les préjugés d'ordre religieux, et ils ne sont plus perçus comme un fondement sûr qui permet de partager les crimes en deux catégories différentes. On trouve ceci dans Kenny's *Outlines of Criminal Law*, 16th ed. par J. W. C. Turner, 1952, aux pp. 22 et 23:

[TRADUCTION] Chez les membres de n'importe quelle société à une époque donnée, certaines infractions sont généralement considérées comme particulièrement graves et suscitent une profonde réprobation morale, alors que d'autres fautes sont considérées comme vénielles et plus ou moins excusées, spécialement si elles violent des règles de droit impopulaires. En fait, ce partage de la réprobation est inévitable. Cependant, la démarcation imprécise et variable par laquelle on distingue, dans la vie de tous les jours, l'un et l'autre groupe tient seulement une question de degré; il ne s'agit pas d'une démarcation qui sépare des choses fondamentalement différentes. La réprobation morale de l'homicide, de l'homosexualité, du libelle, de l'adultère, de la bigamie et de la traite des esclaves, pour ne citer que quelques exemples, n'est pas la même dans tous les pays et peut même varier d'un groupe de gens à l'autre dans le même pays.

. . .

Cette classification défectueuse des crimes constitue manifestement un mauvais fondement pour tirer quelque conclusion que ce soit sur le plan de la théorie juridique, mais elle a un attrait insidieux et, prenant la forme d'expressions comme «illégal en soi», elle s'est retrouvée dans un ou deux jugements modernes avec des conséquences débilitantes pour la logique et la clarté de l'argumentation.

Même si l'on accepte que l'intention coupable constitue un élément essentiel d'un crime de *common law*, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il en va de même pour un «crime» créé par la loi. J'ai déjà mentionné la présomption qui, en matière d'interprétation des lois, va à l'encontre de

reflects the common law approach to the nature of crime. It is, however, only a presumption. Provided it does so in clear and unambiguous terms the legislature is free to make a person liable for the *actus reus* with or without *mens rea*.

In Kenny's *Outlines of Criminal Law*, *supra*, p. 4, the author highlights the difficulty in identifying any essential characteristics of crimes created by statute. He points out that such crimes originate in the government policy of the day and that, so long as crimes continue to be created by government policy, the nature of statutory crime will elude definition. Lord Atkin adverted to the same difficulty in *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310. He stated at p. 324:

> ... the domain of criminal jurisprudence can only be ascertained by examining what acts at any particular period are declared by the State to be crimes, and the only common nature they will be found to possess is that they are prohibited by the State and that those who commit them are punished.

In *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5, Ritchie J., speaking for the majority of this Court, said at p. 13:

> Generally speaking, there is a presumption at common law that *mens rea* is an essential ingredient of all cases that are criminal in the true sense, but a consideration of a considerable body of case law on the subject satisfies me that there is a wide category of offences created by statutes enacted for the regulation of individual conduct in the interests of health, convenience, safety and the general welfare of the public which are not subject to any such presumption.

There seems to be no doubt that in s. 94 of the *Motor Vehicle Act* the legislature of British Columbia has created such an offence. Subsection (2) expressly precludes the application of any presumption in favour of a *mens rea* requirement. However, as already indicated, I do not believe that any principle of fundamental justice is offended by the creation of an absolute liability offence absent an impairment of the s. 7 right.

la responsabilité absolue. Cela reflète certainement la façon d'aborder la nature d'un crime en *common law*. Il ne s'agit toutefois que d'une présomption. À la condition de le faire en termes clairs et nets, la législature peut rendre une personne responsable de la perpétration de l'*actus reus* avec ou sans *mens rea*.

Dans Kenny's *Outlines of Criminal Law*, précité, à la p. 4, l'auteur souligne la difficulté d'identifier une caractéristique essentielle des crimes créés par la loi. Il signale que ces crimes tirent leur origine de la politique gouvernementale du jour et que, aussi longtemps que des crimes devront leur création à des politiques gouvernementales, la nature des crimes créés par la loi continuera d'échapper à toute définition. Lord Atkin mentionne la même difficulté dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310. Il dit à la p. 324:

> ... on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu'en examinant quels actes l'État qualifie de crimes à chaque période en cause et le seul trait commun qu'on pourra trouver auxdits actes est que l'État les interdit et que ceux qui les commettent sont punis.

Dans l'arrêt *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5, le juge Ritchie, s'exprimant au nom de cette Cour à la majorité, affirme à la p. 13:

> D'une façon générale, il y a présomption en *common law* que la *mens rea*, l'intention coupable, est un élément essentiel de toutes les infractions proprement criminelles, mais l'étude d'une jurisprudence abondante m'a convaincu qu'il existe une vaste catégorie d'infractions créées par des lois adoptées pour réglementer la conduite des citoyens dans l'intérêt de l'hygiène, de la commodité, de la sécurité et du bien-être public, qui ne sont pas assujetties à cette présomption.

Il ne semble pas y avoir de doute qu'à l'art. 94 de la *Motor Vehicle Act* la législature de la Colombie-Britannique a créé une telle infraction. Le paragraphe (2) exclut expressément l'application de toute présomption en faveur d'une exigence de la *mens rea*. Toutefois, comme je l'ai déjà indiqué, je ne crois pas qu'il y ait atteinte à quelque principe de justice fondamentale par la seule création d'une infraction de responsabilité absolue sans qu'il y ait atteinte au droit garanti par l'art. 7.

Is fundamental justice offended then by the attachment of a mandatory term of imprisonment to the s. 94 offence? Is there something repugnant about imprisoning a person for the commission of an absolute liability offence? Presumably no objection can be taken to attaching penal consequences such as a fine to a validly enacted absolute liability offence, only to penal consequences in the form of imprisonment if this gives rise to a violation of s. 7 of the *Charter*. If it does, then the Court is not only empowered, but obligated by the Constitution, to strike the section down.

Le fait d'assortir d'une peine d'emprisonnement obligatoire l'infraction créée par l'art. 94 est-il contraire à la justice fondamentale? Y a-t-il quelque chose de répugnant à emprisonner une personne pour la perpétration d'une infraction de responsabilité absolue? Il est probable qu'on ne peut s'opposer à ce qu'une infraction de responsabilité absolue validement édictée comporte des conséquences pénales comme l'imposition d'une amende, et qu'on ne peut s'opposer qu'aux conséquences pénales sous forme d'emprisonnement si cela entraîne une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Le cas échéant, alors la Cour a non seulement le pouvoir mais encore l'obligation, en vertu de la Constitution, d'annuler l'article en question.

I have already indicated that in my view a law which interferes with the liberty of the citizen in violation of the principles of fundamental justice cannot be saved by s. 1 as being either reasonable or justified. The concepts are mutually exclusive. This is not, of course, to say that no limits can be put upon the right to life, liberty and security of the person. They clearly can, but only if they are imposed in accordance with the principles of fundamental justice and survive the tests in s. 1 as being reasonable and justified in a free and democratic society. Nor is the government precluded from resort to s. 33 of the *Charter* in order to dispense with the requirements of fundamental justice when, in a case of emergency, it seeks to impose restrictions on the s. 7 right. This, however, will be a policy decision for which the government concerned will be politically accountable to the people. As it is, s. 94 cannot, in my view, be saved by s. 1 if it violates s. 7. The sole question is whether it violates s. 7.

J'ai déjà indiqué qu'à mon avis l'article premier ne permet pas de sauver comme étant raisonnable ou justifiée, une loi qui porte atteinte à la liberté du citoyen, contrairement aux principes de justice fondamentale. Ces concepts s'excluent mutuellement. Évidemment, cela ne revient pas à dire que des limites ne peuvent pas être imposées au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il est clair qu'il peut y en avoir, mais seulement si elles sont imposées conformément aux principes de justice fondamentale et si elles satisfont aux critères énoncés à l'article premier, comme étant raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le gouvernement n'est pas non plus empêché de recourir à l'art. 33 de la *Charte* pour supprimer les exigences de justice fondamentale lorsque, dans un cas d'urgence, il cherche à imposer des restrictions au droit garanti par l'art. 7. Cela constituera toutefois une décision de politique dont le gouvernement intéressé sera politiquement comptable au peuple. Tel qu'il se présente, l'art. 94 ne peut pas, à mon avis, être sauvé par l'article premier s'il enfreint l'art. 7. La seule question est de savoir s'il enfreint l'art. 7.

My colleague, in finding that s. 94 offends the principles of fundamental justice, has relied heavily upon the common law which precluded punishment in the absence of a guilty mind. We are not, however, dealing with a common law crime here. We are dealing with a statutory offence as to which the legislature has stated in no uncertain

Pour conclure que l'art. 94 viole les principes de justice fondamentale, mon collègue s'est appuyé fortement sur la *common law* qui interdit d'infliger une punition en l'absence d'intention coupable. Toutefois, nous ne sommes pas en présence d'un crime de *common law*. Nous sommes en présence d'une infraction créée par la loi à propos de

terms that guilt is established by proof of the act itself.

Unlike my colleague, I do not think that ss. 8 to 14 of the *Charter* shed much light on the interpretation of the phrase "in accordance with the principles of fundamental justice" as used in s. 7. I find them very helpful as illustrating facets of the right to life, liberty and security of the person. I am not ready at this point, however, to equate unreasonableness or arbitrariness or tardiness as used in some of these sections with a violation of the principles of fundamental justice as used in s. 7. Delay, for example, may be explained away or excused or justified on a number of grounds under s. 1. I prefer, therefore, to treat these sections as self-standing provisions, as indeed they are.

I approach the interpretive problem raised by the phrase "the principles of fundamental justice" on the assumption that the legislature was very familiar with the concepts of "natural justice" and "due process" and the way in which those phrases had been judicially construed and applied. Yet they chose neither. Instead they chose the phrase "the principles of fundamental justice". What is "fundamental justice"? We know what "fundamental principles" are. They are the basic, bedrock principles that underpin a system. What would "fundamental principles of justice" mean? And would it mean something different from "principles of fundamental justice"? I am not entirely sure. We have been left by the legislature with a conundrum. I would conclude, however, that if the citizen is to be guaranteed his right to life, liberty and security of the person—surely one of the most basic rights in a free and democratic society—then he certainly should not be deprived of it by means of a violation of a fundamental tenet of our justice system.

It has been argued very forcefully that s. 7 is concerned only with procedural injustice but I have difficulty with that proposition. There is absolutely nothing in the section to support such a

laquelle le législateur a dit sans équivoque que c'est par la preuve de la perpétration de l'acte lui-même qu'on établit la culpabilité.

À la différence de mon collègue, je ne crois pas que les art. 8 à 14 de la *Charte* soient très utiles pour interpréter l'expression «en conformité avec les principes de justice fondamentale». Je les considère très utiles pour illustrer des aspects du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Toutefois, je ne suis pas disposé à ce moment à assimiler le caractère déraisonnable ou arbitraire ou le manque d'empressement, dont il est question dans certains de ces articles, à une violation des principes de justice fondamentale dont parle l'art. 7. Le retard, par exemple, peut être excusé ou justifié pour un certain nombre de motifs en vertu de l'article premier. Je préfère donc traiter ces articles comme des dispositions indépendantes comme c'est le cas en réalité.

J'aborde le problème d'interprétation que soulève l'expression «les principes de justice fondamentale» en supposant que le législateur connaissait très bien les concepts de «justice naturelle» et d'«application régulière de la loi» et la façon dont les tribunaux les ont interprétés et appliqués. Il n'a cependant choisi ni l'une ni l'autre. Il a plutôt choisi l'expression «les principes de justice fondamentale». Qu'est-ce que «la justice fondamentale»? Nous savons ce que sont les «principes fondamentaux». Ce sont les principes premiers ou de base sur lesquels repose un système. Qu'entend-on par l'expression «principes fondamentaux de justice»? A-t-elle un sens différent de celui de l'expression «principes de justice fondamentale»? Je ne suis pas tout à fait certaine. Le législateur nous a placé devant une énigme. Je suis d'avis de conclure cependant que si on veut garantir au citoyen le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne — sûrement l'un des droits les plus fondamentaux dans une société libre et démocratique — il ne doit certainement pas en être privé au moyen d'une violation d'un principe fondamental de notre système de justice.

On a soutenu avec beaucoup d'insistance que l'art. 7 ne vise que les injustices en matière de procédure, mais j'ai beaucoup de mal à accepter cette affirmation. Absolument rien dans cet article

limited construction. Indeed, it is hard to see why one's life and liberty should be protected against procedural injustice and not against substantive injustice in a *Charter* that opens with the declaration:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

and sets out the guarantee in broad and general terms 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 be demonstrably justified in a free and democratic society.

I cannot think that the guaranteed right in s. 7 which is to be subject only to limits which are reasonable and justifiable in a free and democratic society can be taken away by the violation of a principle considered fundamental to our justice system. Certainly the rule of law acknowledged in the preamble as one of the foundations on which our society is built is more than mere procedure. It will be for the courts to determine the principles which fall under the rubric "the principles of fundamental justice". Obviously not all principles of law are covered by the phrase; only those which are basic to our system of justice.

I have grave doubts that the dichotomy between substance and procedure which may have served a useful purpose in other areas of the law such as administrative law and private international law should be imported into s. 7 of the *Charter*. In many instances the line between substance and procedure is a very narrow one. For example, the presumption of innocence protected in s. 11(*d*) of the *Charter* may be viewed as a substantive principle of fundamental justice but it clearly has both a substantive and a procedural aspect. Indeed, any rebuttable presumption of fact may be viewed as procedural, as going primarily to the allocation of the burden of proof. Nevertheless, there is also an

ne justifie une interprétation aussi restrictive. En vérité, il est difficile de voir pourquoi la vie et la liberté de quelqu'un devraient être protégées contre les injustices en matière de procédure et non pas contre les injustices sur le plan du fond par une *Charte* qui débute par l'affirmation de principe suivante:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit:

et qui énonce la garantie de manière générale:

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.

Je ne puis croire que la violation d'un principe considéré comme fondamental dans notre système de justice puisse priver quelqu'un du droit garanti par l'art. 7, qui peut être restreint seulement dans des limites qui soient raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique. La primauté du droit que le préambule reconnaît comme l'un des fondements de notre société constitue certainement plus que de la simple procédure. Il appartiendra aux tribunaux de déterminer quels principes se situent dans la catégorie des «principes de justice fondamentale». Manifestement l'expression ne vise pas tous les principes de droit; seulement ceux qui sont essentiels à notre système de justice.

Je doute sérieusement que la dichotomie entre le fond et la procédure qui a peut-être été utile dans d'autres domaines du droit comme le droit administratif et le droit international privé doive s'appliquer à l'art. 7 de la *Charte*. Dans un bon nombre de cas, la démarcation entre le fond et la procédure est très ténue. Par exemple, la présomption d'innocence garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte* peut être perçue comme un principe de fond de justice fondamentale, mais elle comporte certainement à la fois un aspect de fond et un aspect de procédure. En réalité, toute présomption de fait simple peut être considérée comme relevant de la procédure, puisqu'elle a trait principalement

interest of substance to be protected by the presumption, namely the right of an accused to be treated as innocent until proved otherwise by the Crown. This right has both a societal and an individual aspect and is clearly fundamental to our justice system. I see no particular virtue in isolating its procedural from its substantive elements or vice versa for purposes of s. 7. A similar analysis may be made of the rule against double jeopardy protected in s. 11(*h*).

How then are we to decide whether attaching a mandatory term of imprisonment to an absolute liability offence created by statute offends a principle of fundamental justice? I believe we must turn to the theory of punishment for the answer.

3. Punishment and Fundamental Justice

It is now generally accepted among penologists that there are five main objectives of a penal system: see Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society*, 1969. They are:

(1) to protect offenders and suspected offenders against unofficial retaliation;

(2) to reduce the incidence of crime;

(3) to ensure that offenders atone for their offences;

(4) to keep punishment to the minimum necessary to achieve the objectives of the system; and

(5) to express society's abhorrence of crime.

Apart from death, imprisonment is the most severe sentence imposed by the law and is generally viewed as a last resort *i.e.*, as appropriate only when it can be shown that no other sanction can achieve the objectives of the system.

The Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 11, "Imprisonment and Release", in *Studies on Imprisonment* (1976), states at p. 10:

Justice requires that the sanction of imprisonment not be disproportionate to the offence, and humanity dic-

à la répartition du fardeau de la preuve. Néanmoins, il y a aussi un droit de fond à protéger au moyen de cette présomption, savoir le droit de l'accusé d'être considéré comme innocent jusqu'à ce que la poursuite ait prouvé le contraire. Ce droit comporte à la fois un aspect social et un aspect individuel et il est certainement fondamental dans notre système de justice. Je ne vois pas d'avantage à séparer ses éléments de procédure de ses éléments de fond pour les fins de l'art. 7. On peut analyser de la même manière la règle interdisant la dualité des poursuites pour un même fait, qu'énonce l'al. 11*h*).

Comment allons-nous donc décider si attacher une période d'emprisonnement obligatoire à une infraction de responsabilité absolue créée par la loi viole un principe de justice fondamentale? Je crois que pour y arriver, nous devons recourir à la théorie des peines.

3. Peine et justice fondamentale

Il est maintenant généralement reconnu parmi les criminologues qu'un système pénal a cinq objectifs principaux: voir Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society*, 1969. Ces objectifs sont les suivants:

[TRADUCTION] 1) protéger les contrevenants et les suspects des représailles non officielles;

2) réduire l'incidence du crime;

3) faire en sorte que les contrevenants expient leurs infractions;

4) maintenir la peine au niveau minimum nécessaire pour réaliser les objectifs du système; et

5) exprimer l'aversion de la société à l'égard du crime.

Outre la peine de mort, l'emprisonnement est la sentence la plus sévère imposée par la loi et il est considéré de façon générale comme une solution de dernier recours, c.-à-d. comme n'étant applicable que si on peut démontrer qu'aucune autre sanction ne peut réaliser les objectifs du système.

La Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail 11, «Emprisonnement — Libération» dans *Études sur l'emprisonnement* (1976), énonce à la p. 10:

Le principe de justice requiert que l'emprisonnement ne soit pas une sanction disproportionnée à l'infraction.

tates that it must not be heavier than necessary to achieve its objective.

Because of the absolute liability nature of the offence created by s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act* a person can be convicted under the section even although he was unaware at the time he was driving that his licence was suspended and was unable to find this out despite the exercise of due diligence. While the legislature may as a matter of government policy make this an offence, and we cannot question its wisdom in this regard, the question is whether it can make it mandatory for the courts to deprive a person convicted of it of his liberty without violating s. 7. This, in turn, depends on whether attaching a mandatory term of imprisonment to an absolute liability offence such as this violates the principles of fundamental justice. I believe that it does. I think the conscience of the court would be shocked and the administration of justice brought into disrepute by such an unreasonable and extravagant penalty. It is totally disproportionate to the offence and quite incompatible with the objective of a penal system referred to in paragraph (4) above.

It is basic to any theory of punishment that the sentence imposed bear some relationship to the offence; it must be a "fit" sentence proportionate to the seriousness of the offence. Only if this is so can the public be satisfied that the offender "deserved" the punishment he received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system. This is not to say that there is an inherently appropriate relationship between a particular offence and its punishment but rather that there is a scale of offences and punishments into which the particular offence and punishment must fit. Obviously this cannot be done with mathematical precision and many different factors will go into the assessment of the seriousness of a particular offence for purposes of determining the appropriate punishment but it does provide a workable

Selon le principe d'humanité, la sanction ne doit pas être plus grave que ce qui est absolument nécessaire, compte tenu des objectifs à réaliser;

Parce que l'infraction créée par le par. 94(2) de la *Motor Vehicle Act* est une infraction de responsabilité absolue, une personne peut être déclarée coupable en vertu du paragraphe même si au moment où elle conduisait elle ignorait que son permis de conduire était suspendu et même s'il lui avait été impossible de s'en rendre compte en faisant preuve de diligence raisonnable. Bien que le législateur puisse, par mesure de politique gouvernementale, statuer qu'il y a infraction dans ces circonstances, et il ne nous appartient pas de mettre en doute sa sagesse à cet égard, la question qui se pose est de savoir s'il peut rendre obligatoire pour les tribunaux de priver de sa liberté la personne déclarée coupable de cette infraction, et ce, sans violer l'art. 7. Cela, en retour, dépend de la question de savoir si le fait d'assortir d'une période d'emprisonnement obligatoire une infraction de responsabilité absolue comme celle-ci est contraire aux principes de justice fondamentale. Je crois que oui. À mon avis, ce genre de peine extravagante et déraisonnable aurait pour effet d'ébranler la conscience de la cour et de déconsidérer l'administration de la justice. Elle est tout à fait disproportionnée à l'infraction et tout à fait incompatible avec l'objectif d'un système pénal mentionné au paragraphe 4) précité.

Il est essentiel, dans toute théorie des peines, que la sentence imposée ait un certain rapport avec l'infraction. Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l'infraction. Ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant «méritait» la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système. Cela ne revient pas à dire qu'il y a un rapport essentiellement approprié entre une infraction particulière et sa punition, mais plutôt qu'il y a un ordre de grandeur des infractions et des punitions auquel l'infraction et la punition particulières doivent répondre. Manifestement, cela ne peut se faire avec une précision mathématique et différents facteurs entrent en ligne de compte dans l'évaluation de la gravité d'une infraction particulière aux fins

conventional framework for sentencing. Indeed, judges in the exercise of their sentencing discretion have been employing such a scale for over a hundred years.

I believe that a mandatory term of imprisonment for an offence committed unknowingly and unwittingly and after the exercise of due diligence is grossly excessive and inhumane. It is not required to reduce the incidence of the offence. It is beyond anything required to satisfy the need for "atonement". And society, in my opinion, would not be abhorred by an unintentional and unknowing violation of the section. I believe, therefore, that such a sanction offends the principles of fundamental justice embodied in our penal system. Section 94(2) is accordingly inconsistent with s. 7 of the *Charter* and must, to the extent of the inconsistency, be declared of no force and effect under s. 52. I express no view as to whether a mandatory term of imprisonment for such an offence represents an arbitrary imprisonment within the meaning of s. 9 of the *Charter* or "cruel and unusual treatment or punishment" within the meaning of s. 12 because it is not necessary to decide those issues in order to answer the constitutional question posed.

I would dismiss the appeal and answer the constitutional question in the negative.

Appeal dismissed. The constitutional question is answered in the negative.

Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia: Regional Crown Counsel, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Department of Justice, Regina.

de déterminer la peine appropriée, mais cela fournit un cadre général applicable à l'imposition de la sentence. En réalité, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de sentences, les juges ont recours à cet ordre de grandeur depuis plus de cent ans.

Je crois qu'une période d'emprisonnement obligatoire pour une infraction commise par inadvertance et involontairement après avoir fait preuve de diligence raisonnable est franchement excessive et cruelle. Elle n'est pas nécessaire pour réduire la fréquence de l'infraction. Elle va plus loin que ce qui est nécessaire pour répondre à la nécessité d'«expier» et, à mon avis, la violation involontaire et inconsciente de l'article ne fait pas horreur à la société. Je crois donc qu'une telle peine est contraire aux principes de justice fondamentale que comporte notre système pénal. En conséquence, le par. 94(2) est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* et doit, dans la mesure de cette incompatibilité, être déclaré inopérant en vertu de l'art. 52. Je ne me prononce pas sur la question de savoir si une période d'emprisonnement obligatoire pour une telle infraction constitue de l'emprisonnement arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte* ou une peine ou un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la *Charte*, parce que cela n'est pas nécessaire pour répondre à la question constitutionnelle posée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Pourvoi rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Procureur de l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique: Substitut du procureur général pour la région, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Ministère de la Justice, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Department of the Attorney General, Edmonton.

Solicitor for those contending for a negative answer (respondent): C. G. Stein, North Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Branch of the Canadian Bar Association: Ladner, Downs, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Ministère du Procureur général, Edmonton.

Procureur des tenants d'une réponse négative (intimé): C. G. Stein, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien: Ladner, Downs, Vancouver.

Ontario Human Rights Commission and Theresa O'Malley (Vincent) *Appellants*;

and

Simpsons-Sears Limited *Respondent*;

and

Canadian Human Rights Commission, Saskatchewan Human Rights Commission, Manitoba Human Rights Commission, Alberta Human Rights Commission, Canadian Association for the Mentally Retarded, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and Canadian Jewish Congress *Interveners.*

File No.: 17328.

1985: January 29; 1985: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil rights — Discrimination through effect on basis of creed — Employees legitimately required to work Friday evenings and Saturdays — Appellant forbidden by creed to work Saturdays — Whether or not discrimination through effect on basis of creed contrary to Ontario Human Rights Code — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(1)(g).

Appellant O'Malley alleged discrimination on the basis of creed against her employer, a retailer, because she was periodically required to work Friday evenings and Saturdays as a condition of her employment. Appellant's religion required strict observance of the Sabbath from sundown Friday to sundown Saturday. Given this conflict, appellant accepted part-time work because a full-time position not involving work on Saturday was not available to a person with her qualifications. Both the Divisional Court and the Court of Appeal upheld a Board of Inquiry's decision to dismiss the complaint. At issue was whether or not a work requirement imposed on all employees for business reasons discriminated against appellant because compliance required her to act contrary to her religious beliefs and did not so affect other

Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) *Appelantes*;

et

Simpsons-Sears Limited *Intimée*;

et

Commission canadienne des droits de la personne, Commission des droits de la personne de la Saskatchewan, Commission des droits de la personne du Manitoba, Commission des droits de la personne de l'Alberta, Association canadienne pour les déficients mentaux, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped et Congrès juif canadien *Intervenants.*

N° du greffe: 17328.

1985: 29 janvier; 1985: 17 décembre.

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

Libertés publiques — Effet discriminatoire en raison de la croyance — Obligation légitime pour les employés de travailler le vendredi soir et le samedi — Interdiction pour l'appelante, en raison de ses croyances, de travailler le samedi — Y a-t-il effet discriminatoire en raison de la croyance contrairement au Code ontarien des droits de la personne? — Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, chap. 340, art. 4(1)g).

L'appelante O'Malley allègue qu'elle a été victime de discrimination fondée sur ses croyances de la part de son employeur, un magasin de vente au détail, du fait qu'on l'a obligée périodiquement à travailler le vendredi soir et le samedi, comme condition de son emploi. La religion de l'appelante prescrit l'observance stricte du sabbat qui s'étend du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. À cause de ce conflit, l'appelante a accepté de travailler à temps partiel parce qu'aucun poste à plein temps n'impliquant pas de travail le samedi n'était disponible pour une personne ayant ses qualifications. Tant la Cour divisionnaire que la Cour d'appel ont confirmé la décision d'une commission d'enquête de rejeter la plainte. Il s'agit de savoir si une condition d'emploi imposée pour des raisons d'affaires à tous les employés a pour effet d'établir une distinction contre l'appelante, du fait qu'elle l'oblige à agir contrairement

members of the employed group.

Held: The appeal should be allowed.

An employment rule, honestly made for sound economic and business reasons and equally applicable to all to whom it is intended to apply, may nevertheless be discriminatory if it affects a person or persons differently from others to whom it is intended to apply. The intent to discriminate is not a governing factor in construing human rights legislation aimed at eliminating discrimination. Rather, it is the result or effect of the alleged discriminatory action that is significant. The aim of the *Ontario Human Rights Code* is to remove discrimination — its main approach is not to punish the discriminator but to provide relief to the victim of discrimination.

In a case of adverse effect discrimination, the employer has a duty to take reasonable steps to accommodate short of undue hardship in the operation of the employer's business. There is no question of justification because the rule, if rationally connected to the employment, needs none. If such reasonable steps do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part, must sacrifice either his religious principles or his employment.

The complainant first must establish a *prima facie* case of discrimination. The onus then shifts to the employer to show that he has taken such reasonable steps to accommodate the employee as are open to him without undue hardship. Here, the employer did not discharge the onus of showing that it had taken reasonable steps to accommodate the complainant.

Cases Cited

Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202, applied; *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*, Ontario Human Rights Board of Inquiry, unreported decision of May 31, 1977; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635; *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529; *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228, reversed on other grounds, [1985] 2 W.W.R. 577; *British Columbia Human Rights Commission v. College of Physicians and Surgeons of*

à ses croyances religieuses alors qu'elle n'a aucun effet semblable sur les autres membres du groupe d'employés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une condition d'emploi adoptée honnêtement, pour de bonnes raisons économiques et d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut néanmoins se révéler discriminatoire si elle touche une personne ou des personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes visées. L'intention d'établir une distinction n'est pas un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne visant à éliminer la discrimination. C'est plutôt le résultat, l'effet de la prétendue mesure discriminatoire qui importe. Le *Code ontarien des droits de la personne* vise la suppression de la discrimination — sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours à la victime de discrimination.

Dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre à moins que cela ne cause une contrainte excessive à l'exploitation de son entreprise. Le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification. Lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi.

Le plaignant doit d'abord prouver, de façon suffisante jusqu'à preuve contraire, qu'il y a discrimination. Il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé, les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir de contrainte excessive. En l'espèce, l'employeur ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver qu'il a pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec la plaignante.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; arrêts mentionnés: *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*, Ontario Human Rights Board of Inquiry, décision inédite du 31 mai 1977; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635; *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529; *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228, infirmé pour d'autres motifs, [1985] 2 W.W.R. 577; *British Columbia Human Rights Com-*

B.C., British Columbia Board of Inquiry, unreported decision of May 27, 1976; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/938; *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010; *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488; *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (1972); *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Civil Rights Act of 1964, 42 USCS §§ 2000e(j), 2000e-2(a)(1).
Human Rights Act, 1975 (P.E.I.), c. 72.
Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.) (2nd Sess.), c. 119, s. 3.
Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alta.), c. 2, s. 5.
Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, s. 10.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, preamble, ss. 4(1)(*g*), 9.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 138 D.L.R. (3d) 133, 38 O.R. (2d) 423, dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1982), 133 D.L.R. (3d) 611, 36 O.R. (2d) 59, dismissing an appeal from a decision of a Board of Inquiry dismissing a complaint of discrimination. Appeal allowed.

John Sopinka, Q.C., and *Robert Rueter*, for the appellants.

Christopher Riggs, Q.C., and *Brenda Bowlby*, for the respondent.

Russell G. Juriansz and *James Hendry*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

M. C. Woodward, for the interveners Saskatchewan Human Rights Commission and Manitoba Human Rights Commission.

R. A. Philp, for the intervener Alberta Human Rights Commission.

J. David Baker, for the interveners Canadian Association for the Mentally Retarded and Coalition for the Commission d'enquête Colombie-Britannique, décision inédite du 27 mai 1976; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/938; *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010; *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488; *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (1972); *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, chap. 340, préambule, art. 4(1)*g*), 9.
Civil Rights Act of 1964, 42 USCS §§ 2000e(j), 2000e-2(a)(1).
Human Rights Act, 1975 (Î.-P.-É.), chap. 72.
Human Rights Code of British Columbia, 1973 (C.-B.) (2nd Sess.), chap. 119, art. 3.
Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alb.), chap. 2, art. 5.
Loi d'interprétation, S.R.O. 1970, chap. 225, art. 10.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 138 D.L.R. (3d) 133, 38 O.R. (2d) 423, qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour divisionnaire (1982), 133 D.L.R. (3d) 611, 36 O.R. (2d) 59, qui avait rejeté l'appel de la décision d'une commission d'enquête de rejeter une plainte de discrimination. Pourvoi accueilli.

John Sopinka, c.r., et *Robert Rueter*, pour les appelantes.

Christopher Riggs, c.r., et *Brenda Bowlby*, pour l'intimée.

Russell G. Juriansz et *James Hendry*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

M. C. Woodward, pour les intervenantes la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan et la Commission des droits de la personne du Manitoba.

R. A. Philp, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta.

J. David Baker, pour les intervenantes l'Association canadienne pour les déficients mentaux et la

tion of Provincial Organizations of the Handicapped.

John I. Laskin, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This appeal arose out of a complaint by the appellant O'Malley against her employer, the respondent, alleging discrimination with regard to a condition of employment on the basis of her creed, contrary to the provisions of s. 4(1)(*g*) of the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340, as it stood when the events giving rise to these proceedings occurred.

Mrs. O'Malley, now Vincent, was first employed in 1971 by the respondent, Simpsons-Sears, in Quebec City. After moving to Kingston she worked full-time as a saleswoman in the respondent's Kingston store from 1975 until October 1978. The ladies' wear department, where she was employed, was one of the major income producers. The store remained open for business on Thursday and Friday evenings and was open, of course, on Saturdays. This period from Thursday evening to Saturday evening was acknowledged by both the complainant and the respondent to be the busiest time of the week. It was described as "the time for selling". It was a condition of employment that full-time sales clerks employed by the respondent would work on Friday evenings, on a rotating basis, and on two Saturdays out of three.

In October of 1978 the complainant became a member of the Seventh-Day Adventist Church. A tenet of this faith is that the Sabbath must be strictly kept; its Sabbath extends from sundown Friday to sundown Saturday. As a result, the complainant could no longer, consistent with her new faith, work for her employer on Saturdays. In the proceedings which followed it was found by the Board of Inquiry appointed under the *Ontario Human Rights Code*, and indeed not questioned by the respondent, that the complainant's conversion was genuine, sincerely made, and in no way actuated by any desire to procure more favourable

Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped.

John I. Laskin, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Ce pourvoi découle de la plainte que l'appelante O'Malley a déposée contre son employeur, l'intimée, portant qu'elle a été victime de discrimination relative à une condition d'emploi et fondée sur ses croyances, contrairement aux dispositions de l'al. 4(1)*g*) du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, chap. 340, en vigueur au moment où se sont produits les événements à l'origine de la présente instance.

M^me^ O'Malley, épouse Vincent, a d'abord été embauchée par l'intimée, Simpsons-Sears, en 1971 à Québec. Après être déménagée à Kingston, elle a travaillé à plein temps comme vendeuse au magasin de l'intimée à Kingston, de 1975 jusqu'à octobre 1978. Le département du prêt-à-porter pour dames, où elle travaillait, constituait une source majeure de revenus. Le magasin demeurait ouvert les jeudis et vendredis soir et, bien entendu, le samedi. La plaignante et l'intimée ont toutes les deux reconnu que cette période, qui s'étend du jeudi soir au samedi soir, est la plus achalandée de la semaine. On l'a décrite comme [TRADUCTION] «la période de vente». L'une des conditions d'emploi des commis-vendeurs à plein temps de l'intimée était qu'ils devaient travailler le vendredi soir, par rotation, et deux samedis sur trois.

En octobre 1978, la plaignante a adhéré à l'Église adventiste du septième jour qui prescrit notamment l'observance stricte du sabbat; le sabbat, selon cette foi, s'étend du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. En conséquence, la plaignante ne pouvait plus, en vertu de sa nouvelle foi, travailler pour son employeur le samedi. Au cours de l'instance qui s'ensuivit, la commission d'enquête constituée en vertu du *Code ontarien des droits de la personne* a conclu, ce que d'ailleurs ne conteste pas l'intimée, que la conversion de la plaignante était réelle et sincère, et qu'elle n'était nullement motivée par la

working conditions. Mrs. O'Malley, because of her conversion, found herself in a position where she could no longer fulfil her employment obligations without compromising her religious beliefs. It was also found, however, and again it was not disputed, that the policy of Saturday opening followed by the respondent was adopted for sound business reasons and not as the result of any intent to discriminate against the complainant, nor out of any malice towards the complainant or members of her faith. In fact, the evidence made it clear that until her conversion the complainant was in all respects a competent and valued employee. She, with other members of the staff, had accepted as a condition of employment the obligation to work on Saturdays when required by the employer's rotating schedule.

The complainant informed a Mr. Burleigh, the personnel manager for the respondent, of her conversion and he informed her that she would be required to work her turn on Saturdays. The complainant did not want to resign but Burleigh informed her that Saturday work was a requirement and she would be discharged if she could not work on Saturdays. She wanted to continue her employment but could not continue on the required basis because of her newly-assumed obligation of Sabbath observance. On October 20, during what was to be the last week of her employment, Mr. Burleigh called her into his office and offered her part-time employment commencing the next week. She accepted this offer and then became a part-time employee. She worked about one-half the hours formerly required and suffered a consequent reduction in her earnings and fringe benefits. Mr. Burleigh also told her she would be considered for any jobs for which she might be suitable and which could accommodate her personal requirements. On October 23, the complainant and Mr. Burleigh signed a statement summarizing these events, which is set out below:

On Friday, October 20, 1978 Mrs. Therese O'Malley was officially removed from full time status with Simpsons-Sears Kingston and subsequently re-hired on a contingent basis. This action was required as Mrs.

volonté d'obtenir de meilleures conditions de travail. Mme O'Malley, à cause de sa conversion, ne pouvait plus exécuter les obligations rattachées à son emploi sans compromettre ses croyances religieuses. Cependant, on a aussi conclu, ce qui n'a pas non plus été contesté, que la politique de l'ouverture le samedi suivie par l'intimée avait été adoptée pour de bonnes raisons d'affaires et non par suite de quelque intention d'établir une distinction au détriment de la plaignante, ni par malice envers cette dernière ou les adeptes de sa foi. En fait, il ressort clairement de la preuve que, jusqu'à sa conversion, la plaignante avait été à tous égards une employée compétente et appréciée. Elle-même et les autres membres du personnel avaient accepté, comme condition d'emploi, l'obligation de travailler le samedi lorsque la grille de rotations de l'employeur l'exigerait.

La plaignante a informé de sa conversion M. Burleigh, le directeur du personnel de l'intimée, qui l'a prévenue qu'elle devrait travailler le samedi son tour venu. La plaignante ne voulait pas démissionner, mais Burleigh lui a dit que travailler le samedi était une obligation et qu'elle serait congédiée si elle ne pouvait pas le faire. Elle voulait continuer de travailler, mais ne pouvait continuer à le faire dans les conditions requises à cause de sa nouvelle obligation d'observer le sabbat. Le 20 octobre, au cours de ce qui devait être sa dernière semaine de travail, M. Burleigh l'a fait venir à son bureau et lui a offert un emploi à temps partiel pour la semaine suivante. Elle a accepté cette offre et est alors devenue une employée à temps partiel. Ne travaillant plus que pendant la moitié des heures comprises dans son horaire antérieur, elle a de ce fait subi une réduction de son salaire et de ses avantages sociaux. M. Burleigh lui a aussi dit qu'on prendrait sa candidature en considération pour tout poste pour lequel elle pourrait être qualifiée et qui répondrait à ses exigences personnelles. Le 23 octobre, la plaignante et M. Burleigh ont signé une déclaration résumant ces événements, reproduite ci-après:

[TRADUCTION] Le vendredi 20 octobre 1978, Mme Thérèse O'Malley a officiellement perdu son statut d'employée permanente au magasin de Simpsons-Sears à Kingston et a ensuite été rengagée comme employée

O'Malley indicated she would no longer be available for work on Saturdays.

When Mrs. O'Malley started working for Sears on August, 1971 she was fully aware of the need for her to work on Saturday as a condition of her employment. This situation has continued to her present situation where she has been working since August, 1975 in Department 17/31.

She first brought the situation to our attention on Tuesday, October 10, 1978. At that time she informed us that she would not be available Saturday October 14 although she was scheduled to be present. She was advised that this could not be allowed on a regular basis as it would be preferential treatment not offered to all our other sales staff.

Mrs. O'Malley and myself discussed the possibility of her resigning from full time employment with Sears. At that time Mrs. O'Malley suggested she would want to resign. However, when I discussed the situation with her on Friday October 13 she indicated that she did not choose to resign. At that time I indicated we would be required to terminate her services then on Friday, October 20, 1978, as she could not fulfill the requirements of the job.

On Friday October 20 Mrs. O'Malley was once again asked if she had reconsidered and would be available on Saturdays. When she indicated she had not we proceeded with the termination.

During the time Mrs. O'Malley was employed by the Kingston store she proved to be a satisfactory saleslady. In view of her length of service and not wishing to create an undue hardship we offered her contingent employment which she readily accepted.

At the same time, without any guarantees, we indicated we would consider her for any jobs she might be suitable for and could accommodate her personal needs.

The situation is somewhat unfortunate from Mrs. O'Malley's point of view as she has been with the company for a good length of time. However this action is necessary to ensure proper staff availability consistent with departmental needs.

I have discussed the above with Mrs. O'Malley over our series of conversations.

Although the hours of work offered to the complainant after she became a part-time employee

occasionnelle. Cette mesure était nécessaire étant donné que Mme O'Malley avait fait savoir qu'elle ne pourrait plus travailler le samedi.

Lorsque Mme O'Malley est entrée au service de Sears, en août 1971, elle savait fort bien qu'il lui serait nécessaire de travailler le samedi, comme condition de son emploi. Cette situation est demeurée inchangée jusqu'à ce jour, depuis qu'elle a commencé à travailler, en août 1975, au département 17/31.

Elle nous a avisé pour la première fois de la situation le mardi 10 octobre 1978. À ce moment, elle nous a fait savoir qu'elle ne pourrait pas travailler le samedi 14 octobre même si, d'après son horaire de travail, sa présence était requise ce jour-là. On lui a dit que cela ne pourrait se faire régulièrement car ce serait lui accorder un traitement préférentiel dont ne profitait pas le reste du personnel des ventes.

Mme O'Malley et moi-même avons discuté de la possibilité qu'elle démissionne de son poste à plein temps chez Sears. Mme O'Malley a alors laissé entendre qu'elle souhaiterait démissionner. Cependant, lorsque j'ai discuté de la situation avec elle le vendredi 13 octobre, elle a mentionné qu'elle avait choisi de ne pas démissionner. Je l'ai alors informée que nous serions obligés de la congédier dès le vendredi 20 octobre 1978, puisqu'elle ne pouvait plus remplir les exigences de son poste.

Le vendredi 20 octobre, on a demandé de nouveau à Mme O'Malley si elle était revenue sur sa décision et si elle se présenterait au travail le samedi. Lorsqu'elle a déclaré que non, nous avons mis fin à son emploi.

Pendant tout le temps où Mme O'Malley a travaillé au magasin de Kingston, ses services comme vendeuse se sont avérés satisfaisants. Compte tenu de ses années de service et afin d'éviter de lui causer une contrainte excessive, nous lui avons offert un emploi occasionnel qu'elle a tout de suite accepté.

En même temps, sans offrir de garantie, nous avons mentionné que nous prendrions sa candidature en considération pour tout poste pour lequel elle pourrait être qualifiée et qui répondrait à ses exigences personnelles.

Cette situation est quelque peu malheureuse du point de vue de Mme O'Malley étant donné les nombreuses années qu'elle a passées au service de notre compagnie. Toutefois, cette mesure est nécessaire si on veut s'assurer de la disponibilité du personnel nécessaire aux besoins du département.

J'ai discuté de ce qui précède avec Mme O'Malley au cours de notre série de conversations.

Certes, le nombre d'heures de travail offert à la plaignante après qu'elle fut devenue une employée

were fewer than she wished for, it was agreed that the respondent tried to give her more hours when possible. Any full-time positions which came to her attention either involved Saturday work or the complainant did not have the necessary qualifications. Before the Board of Inquiry the complainant said she was no longer interested in full-time employment because her husband preferred that she not work full time. She, therefore, now seeks compensation only for the difference in remuneration between full-time and part-time employment lost between October 23, 1978 and July 6, 1979, the date of her marriage.

The complaint, alleging discrimination in a condition of employment, based on her creed, came before Professor Edward J. Ratushny, appointed under the *Ontario Human Rights Code* as a Board of Inquiry to hear and determine the complaint. After outlining the facts, he succinctly stated the questions in issue in these terms:

> (1) Assuming (as in this case) that a general employment condition is established without a discriminatory motive and for legitimate business reasons, can there be discrimination under the *Ontario Human Rights Code* where that condition applies equally to all employees but has the practical consequence of discriminating against one or more of those employees on a prohibited ground such as creed?
>
> (2) If so, and if the general employment condition has such a practical consequence, how far must an employer go in accommodating the religious beliefs of such an employee in order to avoid a contravention of the Code?
>
> . . .

Relying on the preamble, s. 9 of the Code, and s. 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225, he considered that s. 4(1)(*g*) of the Code required a broad inquiry into the effect of the condition of employment on the religious beliefs and practices of the complainant. He was of the view that s. 4(1)(*g*) should be interpreted to prohibit not only employment conditions which are on their face

à temps partiel était moindre que ce qu'elle voulait, mais il avait été convenu que l'intimée tenterait de la faire travailler pendant un plus grand nombre d'heures lorsque ce serait possible. Tous les postes à plein temps dont elle a eu connaissance impliquaient soit du travail le samedi, soit des qualifications qu'elle n'avait pas. Devant la commission d'enquête, la plaignante a déclaré ne plus être intéressée à un emploi à plein temps, son mari préférant qu'elle travaille à temps partiel. Par conséquent, elle ne demande plus une indemnité que pour la différence de rémunération, entre un emploi à plein temps et un emploi à temps partiel, perdue entre le 23 octobre 1978 et le 6 juillet 1979, date de son mariage.

La plaignante, se prétendant victime de discrimination relative à une condition d'emploi et fondée sur ses croyances, a comparu devant le professeur Edward J. Ratushny, constitué, en vertu du *Code ontarien des droits de la personne*, en commission d'enquête pour instruire la plainte. Après avoir exposé les faits, il énonce succinctement les questions en litige dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

> 1) Si l'on présume (comme en l'espèce) qu'une condition générale d'emploi est établie sans motif discriminatoire, mais pour des raisons d'affaires légitimes, peut-il y avoir discrimination au sens du *Code ontarien des droits de la personne* si cette condition s'applique également à tous les employés, mais qu'elle a comme conséquence pratique d'établir une distinction contre un seul ou plusieurs de ces employés pour une raison illicite, telle la croyance?
>
> 2) Dans l'affirmative, et si la condition générale d'emploi a une telle conséquence pratique, jusqu'où doit aller l'employeur pour que les croyances religieuses de cette employée soient respectées de manière à ne pas contrevenir au Code?

S'appuyant sur le préambule, sur l'art. 9 du Code ainsi que sur l'art. 10 de la *Loi d'interprétation*, S.R.O. 1970, chap. 225, il a jugé que l'al. 4(1)*g*) du Code exigeait un examen approfondi de l'effet de la condition d'emploi sur les croyances et pratiques religieuses de la plaignante. À son avis, l'al. 4(1)*g*) devait être interprété comme interdisant non seulement les conditions d'emploi qui sont

discriminatory, but also those which, though innocuous in their terms, could result in discrimination against a particular employee or group of employees.

In dealing with the second question which follows directly from the first, he concluded, relying in great part on the decision of Professor Peter A. Cumming, Chairman of a Board of Inquiry under the *Ontario Human Rights Code*, in the complaint of *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.* (decision handed down May 31, 1977, as yet unreported), that the duty of the employer was to accommodate the position of the complainant unless "undue hardhsip" would result. He reviewed various American decisions and concluded that in the absence of any legislative provision imposing a duty to accommodate no specific standard of undue hardship should be imposed. The appropriate test would be to decide whether in all the circumstances of the case and within the general context of the Code the employer had acted reasonably. He concluded by posing a question in these words:

> Did the respondent act reasonably in the steps which it took to accommodate Mrs. Vincent after learning that the general condition of employment was incompatible with her religious observance?

And after some discussion he answered the question in these terms:

> Taking into account all of the circumstances of the case and the entire context of the *Ontario Human Rights Code*, I have concluded that the Commission has not satisfied its onus of establishing that the respondent acted unreasonably in the steps which it took to accommodate the complainant after learning that the general condition of employment was incompatible with her religious observance.

The complaint was dismissed.

The complainant appealed to the Divisional Court (Southey, Gray and Smith JJ.) The appeal was dismissed, Southey J. writing for the majority, while Smith J. dissented. Southey J. pointed out that there was no saving clause in the *Ontario*

discriminatoires à première vue, mais aussi celles qui, quoique formulées en termes inoffensifs, peuvent avoir pour résultat d'établir une distinction contre un employé ou un groupe d'employés en particulier.

Quant à la seconde question qui découle directement de la première, il a conclu, en s'appuyant en grande partie sur la décision du professeur Peter A. Cumming, président d'une commission d'enquête constituée en vertu du *Code ontarien des droits de la personne* relativement à la plainte *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.* (décision inédite, rendue le 31 mai 1977), que le devoir de l'employeur était de faire en sorte que la position de la plaignante soit respectée à moins qu'une «contrainte excessive» n'en résulte. Il a passé en revue diverses décisions américaines pour conclure qu'en l'absence de dispositions législatives imposant une obligation d'accommodement, aucune norme précise de contrainte excessive ne doit être imposée. Le critère approprié consisterait à décider si, dans les circonstances de l'espèce et selon le contexte général du Code, l'employeur a agi raisonnablement. Il a conclu en posant la question suivante:

> [TRADUCTION] L'intimée a-t-elle agi raisonnablement dans les mesures qu'elle a prises pour s'entendre avec Mme Vincent après avoir appris que cette condition générale d'emploi était incompatible avec l'observance de sa religion?

Puis, après analyse, il a répondu ainsi à cette question:

> [TRADUCTION] Compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire et du contexte global du *Code ontarien des droits de la personne*, j'en suis venu à la conclusion que la commission n'a pas satisfait à son obligation d'établir que l'intimée a agi déraisonnablement dans les mesures qu'elle a prises pour s'entendre avec la plaignante après avoir appris que cette condition générale d'emploi était incompatible avec l'observance de sa religion.

La plainte fut rejetée.

La plaignante interjeta appel à la Cour divisionnaire (les juges Southey, Gray et Smith). L'appel fut rejeté, le juge Southey écrivant les motifs de la majorité, le juge Smith étant dissident. Le juge Southey a souligné que l'interdiction de la discri-

Human Rights Code covering the prohibition in s. 4(1)(*g*) of discrimination based on creed which would determine the limits to which an employer would be required to go in accommodating the religious practices of an employee, such as the one which appears in s. 4(6) for discrimination based on age, sex, or marital status. He was of the view that the absence of such a saving clause was a strong indication that the Legislature did not intend to prohibit unintentional discrimination and had limited the prohibition to discrimination resulting from intentional acts. He was strengthened in this view by the use of the words "because of" employed in s. 4(1), which he considered referred to the reason or reasons the employer imposed the impugned terms or conditions. He was not critical of the test employed by the Chairman of the Board of Inquiry imposing the requirement of reasonable steps toward accommodation on the part of the employer, but he was of the view that no such standard could be imported into the construction of the Code without specific legislative provisions. In dismissing the appeal, he expressed his conclusion in these terms:

> For the reasons I have given, I cannot hold that the Legislature intended the Code as now worded to mean that an employer acting for legitimate business reasons and with no thought of discriminating on a prohibited ground, as in the case at bar, is guilty of a contravention of s. 4(1)(*g*). The question of whether it would be desirable to prohibit under some circumstances practices that unintentionally discriminate for reasons that are prohibited is not for the Court to decide.
>
> For the foregoing reasons, it is my judgment that the learned Chairman was in error in holding with respect to the first question that an intention to discriminate on a prohibited ground is not an essenital element of a contravention of s. 4(1)(*g*) of the Code. As it is admitted that the respondent had not such intention in this case, there was no contravention of the Code by the respondent and the appeal is dismissed.

The complainant appealed to the Court of Appeal (Lacourcière, Weatherston and Goodman JJ.A.) Lacourcière J.A. wrote the judgment of the court dismissing the appeal and held clearly that there could be no breach of the anti-discrimination provisions of the *Ontario Human Rights Code*

mination fondée sur la croyance, que l'on trouve à l'al. 4(1)*g*) du *Code ontarien des droits de la personne*, n'était assortie d'aucune réserve fixant la mesure dans laquelle un employeur serait requis de faire en sorte que les pratiques religieuses d'un employé soient respectées, comme celle qui figure au par. 4(6) concernant la discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial. À son avis, l'absence d'une telle réserve dénotait fortement que le législateur n'avait pas voulu interdire la discrimination involontaire et n'avait interdit que la discrimination résultant d'actes intentionnels. Son point de vue était renforcé par l'utilisation au par. 4(1) des termes [TRADUCTION] «pour des raisons de» qui, d'après lui, désignaient le ou les motifs pour lesquels l'employeur avait imposé les modalités ou conditions contestées. Il n'a pas critiqué le critère appliqué par le président de la commission d'enquête, portant que l'employeur doit avoir pris des mesures raisonnables pour tenter de s'entendre avec l'employé, mais il était d'avis qu'on ne pouvait avoir recours à une norme semblable pour interpréter le Code, sans disposition législative expresse. En rejetant l'appel, il exprime ainsi sa conclusion:

> [TRADUCTION] Pour les raisons que j'ai énoncées, je ne puis conclure que le législateur a voulu que le Code, tel que rédigé actuellement, signifie que l'employeur qui agit pour des raisons d'affaires légitimes, sans penser à établir une distinction pour un motif prohibé, comme en l'espèce, se rend coupable d'une infraction à l'al. 4(1)*g*). Il n'appartient pas à la cour de déterminer s'il serait souhaitable d'interdire dans certaines circonstances des pratiques qui, d'une manière involontaire, établissent une distinction pour des motifs prohibés.
>
> Pour les raisons qui précèdent, j'estime que le savant président a eu tort de conclure, en ce qui concerne la première question, que l'intention d'établir une distinction pour un motif prohibé n'est pas un élément essentiel d'une infraction à l'al. 4(1)*g*) du Code. Comme il est admis que l'intimée n'avait aucune intention de ce genre en l'espèce, il n'y a pas eu d'infraction au Code de sa part et l'appel est rejeté.

La plaignante a interjeté appel à la Cour d'appel (les juges Lacourcière, Weatherston et Goodman). Le juge Lacourcière a écrit l'arrêt de la cour qui a rejeté l'appel, affirmant clairement qu'il ne peut y avoir de manquement aux dispositions anti-discriminatoires du *Code ontarien des droits de la*

unless the employer intended to discriminate on one of the prohibited grounds. There was clearly no such intent in the case at bar and the appeal was dismissed. He concluded by saying:

> For these reasons I agree with the majority of the Divisional Court that an intention to discriminate is an essential requirement for a contravention of s. 4(1)(*g*) of the Code prior to the proclamation of the amendment.

This appeal comes to us by leave granted November 1, 1982. In addition to the parties, the Ontario Human Rights Commission acting on behalf of the complainant O'Malley, and the respondent Simpsons-Sears Limited, interventions were allowed to the Canadian Human Rights Commission; the Human Rights Commissions of Alberta, Saskatchewan and Manitoba; the Canadian Association for the Mentally Retarded; the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped; and the Canadian Jewish Congress. The interveners filed factums and were heard before this Court. Though the specific statement of issues involved in this appeal appeared in different terms in the factums and submissions of the interveners, in general all were in support of the appellant. In essence, their positions are all included in the appellant's framing of the issues. The appellant contended that the Court of Appeal was in error in holding that proof of an intention to discriminate on a prohibited ground of discrimination is essential to a finding that s. 4(1) of the *Ontario Human Rights Code* has been contravened and further that the Court of Appeal erred in failing to hold that the onus of proving business necessity and reasonable accommodation is on the employer.

The discrimination complained of in this case is said to be discrimination on the basis of the creed of the complainant, which is forbidden by s. 4(1)(*g*) of the *Ontario Human Rights Code* as it then stood. The relevant portions of s. 4 are set out hereunder:

> **4.**—(1) No person shall
>
> . . .

personne à moins que l'employeur n'ait eu l'intention d'établir une distinction pour l'un des motifs prohibés. Il n'y a eu manifestement aucune intention de ce genre en l'espèce et l'appel a été rejeté. Il a conclu en disant:

> [TRADUCTION] Pour ces raisons, je partage l'avis de la Cour divisionnaire à la majorité portant que l'intention d'établir une distinction était une condition essentielle pour qu'il y ait infraction à l'al. 4(1)*g*) du Code avant la promulgation de la modification.

Le présent pourvoi est formé par suite de l'autorisation accordée le 1er novembre 1982. Outre les parties en cause, savoir la Commission ontarienne des droits de la personne, agissant au nom de la plaignante O'Malley, et l'intimée Simpsons-Sears Limited, ont été autorisés à intervenir la Commission canadienne des droits de la personne, les commissions des droits de la personne de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, l'Association canadienne pour les déficients mentaux, la Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped et le Congrès juif canadien. Les intervenants ont produit des mémoires et la Cour les a entendus. Même si, dans leurs mémoires et leurs plaidoiries, les intervenants énoncent de façon différente les questions soulevées dans le présent pourvoi, en général ils appuient tous l'appelante. Essentiellement, leurs positions sont toutes incluses dans la formulation que fait l'appelante des questions en litige. L'appelante a soutenu que la Cour d'appel a eu tort de décider que la preuve de l'intention d'établir une distinction pour un motif prohibé est essentielle pour pouvoir conclure que le par. 4(1) du *Code ontarien des droits de la personne* a été enfreint, et aussi que la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas qu'il incombe à l'employeur de faire la preuve concernant la nécessité sur le plan des affaires et les mesures d'accommodement raisonnables.

La discrimination dont on se plaint en l'espèce est, dit-on, de la discrimination fondée sur la croyance de la plaignante, ce qu'interdisait l'al. 4(1)*g*) du *Code ontarien des droits de la personne* à l'époque. Voici les extraits pertinents de l'art. 4:

> [TRADUCTION] **4.** — (1) Nul
>
> . . .

(*g*) discriminate against any employee with regard to any term or condition of employment,

because of race, creed, colour, age, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin of such person or employee.

It is asserted that the requirement to work on Saturdays, while itself an employment rule imposed for business reasons upon all employees, discriminates against the complainant because compliance with it requires her to act contrary to her religious beliefs and does not so affect other members of the employed group. The Board of Inquiry accepted this proposition, but it was firmly rejected in the judgment of the majority of the Divisional Court and in the Court of Appeal. It is the principal ground upon which this appeal is taken.

It will be seen at once that the problem confronting the Court involves consideration of unintentional discrimination on the part of the employer and as well the concept of adverse effect discrimination. To begin with, we must consider the nature and purpose of human rights legislation. The preamble to the *Ontario Human Rights Code* provides the guide and it is worth quoting in full:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world and is in accord with the Universal Declaration of Human Rights as proclaimed by the United Nations;

AND WHEREAS it is public policy in Ontario that every person is free and equal in dignity and rights without regard to race, creed, colour, sex, marital status, nationality, ancestry or place or [*sic*] origin;

AND WHEREAS these principles have been confirmed in Ontario by a number of enactments of the Legislature;

AND WHEREAS it is desirable to enact a measure to codify and extend such enactments and to simplify their administration;

There we find enunciated the broad policy of the Code and it is this policy which should have effect. It is not, in my view, a sound approach to say that

g) n'établira de distinction injuste contre un employé quelconque quant à une clause ou à une condition d'emploi,

pour des raisons de race, de croyance, de couleur, d'âge, de sexe, d'état matrimonial, de nationalité, d'ascendance ou de lieu d'origine de ladite personne ou dudit employé.

On prétend que l'obligation de travailler le samedi, tout en étant en soi une condition d'emploi imposée pour des raisons d'affaires à tous les employés, a pour effet d'établir une distinction injuste contre la plaignante parce qu'elle l'oblige à agir contrairement à ses croyances religieuses alors qu'elle n'a aucun effet semblable sur les autres membres du groupe d'employés. La commission d'enquête a accepté cet argument, mais il a été fermement rejeté dans le jugement de la Cour divisionnaire à la majorité et en Cour d'appel. C'est le principal moyen d'appel invoqué en l'espèce.

Nous constaterons immédiatement que le problème auquel fait face la Cour comporte l'examen de la discrimination involontaire de la part de l'employeur ainsi que de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Tout d'abord, nous devons examiner la nature et l'objet d'une loi concernant les droits de la personne. Le préambule du *Code ontarien des droits de la personne* peut servir de guide et mérite d'être cité en entier:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité humaine et de l'égalité des droits inaliénables de tous les êtres humains constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde et se trouve en accord avec la Déclaration universelle des droits de la personne proclamée par les Nations Unies;

ATTENDU QUE l'Ontario a pour principe que toute personne est libre et égale en dignité et en droits sans distinction de race, de croyance, de couleur, de sexe, d'état matrimonial, de nationalité, d'ascendance ou de lieu d'origine;

ATTENDU QUE ces principes ont été confirmés en Ontario par un certain nombre de lois promulguées par l'Assemblée législative;

ATTENDU QU'il est souhaitable de promulguer une mesure en vue de codifier et d'élargir lesdites lois et de simplifier leur administration;

Nous y trouvons un énoncé de la politique générale du Code et c'est cette politique qui doit s'appliquer. Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution

according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment (see Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58), and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

Without express statutory support in Ontario, inquiry board chairmen and judges have recognized the principle that an intention to discriminate is not a necessary element of the discrimination generally forbidden in Canadian human rights legislation. Laskin C.J., in a dissenting opinion in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, said at p. 446, in reference to s. 3 of the *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (B.C.) (2nd Sess.), c. 119, a section prohibiting discrimination with respect to the supply of accommodation, services, and facilities available to the public:

> What appears to me to have occurred in this case is a concern with "motive" as if it was being differentiated from "intent" for criminal law purposes. Intent is not, however, an issue under s. 3 of the *Human Rights Code*.

Sans aucun appui législatif explicite en Ontario, des présidents de commissions d'enquête et des juges ont reconnu le principe selon lequel l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément essentiel de la discrimination qui est généralement interdite dans les lois canadiennes sur les droits de la personne. Dans l'opinion dissidente qu'il a rédigée dans *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, le juge en chef Laskin affirme à la p. 446, au sujet de l'art. 3 du *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (C.-B.) (2nd Sess.), chap. 119, qui interdit la discrimination en matière de logement, de services et d'installations offerts au public:

> En l'espèce, à mon avis, on s'est préoccupé du «mobile» comme si on voulait le distinguer de l'«intention», en droit criminel. L'article 3 du *Human Rights Code* ne soulève pas la question de l'intention.

This Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, found mandatory retirement provisions agreed upon in a collective agreement discriminatory, even though "there was no evidence to indicate that the motives of the employer were other than honest and in good faith . . ." (at p. 209). In *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635 (Alta. S.C.), a case arising out of a complaint of discrimination on the basis of sex under s. 5 of *The Individual's Rights Protection Act*, 1972 (Alta.), c. 2, of Alberta, because of a lower rate of pay for female employees than that for males, McDonald J. of the Alberta Supreme Court, Trial Division, said, at p. 695:

> He also submits that compensation ought to be directed only when the employer wilfully or consciously discriminated between the sexes. Here, he says, the employer did not have the sexual distinction in mind when it negotiated first a collective agreement with the male group, then with the female group, then again with the male group and so on. However, in my opinion relief in the form of compensation for lost wages should ordinarily be granted to a complainant whose complaint as to unequal pay has been found to be justified, even in the absence of present or past intent to discriminate on the ground of sex. It is the discriminatory result which is prohibited and not a discriminatory intent.

In *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529, MacDonald J., speaking for the Prince Edward Island Supreme Court *in Banco*, said in dealing with a complaint under the *Human Rights Act*, 1975 (P.E.I.), c. 72, at p. 533:

> I am not in absolute agreement that it was the trial Judge's finding that intention was a relevant part of his finding, however, if it were I would agree with the appellant's contention that intention plays no part in considering whether or not there has been discrimination.

He then cited the *Gares* case. The matter was considered as well in *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228 (Man. Q.B.), where Kroft J. said, at p. 238:

Cette Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, a jugé discriminatoires les dispositions sur la retraite obligatoire acceptées dans une convention collective, même si «aucune preuve ne démontre que les motifs de l'employeur n'étaient pas honnêtes et sincères . . .» (à la p. 209). Dans la décision *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635 (C.S. Alb.), qui a fait suite à une plainte de discrimination fondée sur le sexe portée en vertu de l'art. 5 de *The Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta, 1972 (Alb.), chap. 2, pour le motif que les employées touchaient un salaire moindre que les employés, le juge McDonald de la Cour suprême de l'Alberta, Division de première instance, affirme à la p. 695:

> [TRADUCTION] Il fait valoir également que le versement d'une indemnité ne devrait être ordonné que si l'employeur a volontairement ou délibérément établi une distinction entre les sexes. En l'espèce, dit-il, l'employeur n'avait à l'esprit aucune distinction fondée sur le sexe lorsqu'il a négocié une convention collective d'abord avec le groupe d'employés, ensuite avec le groupe d'employées, puis de nouveau avec le groupe d'employés et ainsi de suite. Toutefois, j'estime que le redressement sous forme d'indemnité pour salaire perdu devrait normalement être accordé à la plaignante dont la plainte d'avoir touché un salaire inégal a été jugée justifiée, même en l'absence d'une intention présente ou passée d'établir une distinction fondée sur le sexe. C'est le résultat discriminatoire qui est interdit et non une intention discriminatoire.

Dans l'affaire *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529, le juge MacDonald, s'exprimant au nom de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *in Banco*, affirme à la p. 533, au sujet d'une plainte déposée en vertu de la *Human Rights Act*, 1975 (Î.-P.-É.), chap. 72:

> [TRADUCTION] Je ne suis pas entièrement d'accord pour dire que le juge de première instance a conclu que l'intention était un élément important de sa décision. Cependant, si c'était le cas, j'accepterais l'argument de l'appelante portant que l'intention n'est d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu discrimination.

Puis, il cite l'affaire *Gares*. Cette question a également été examinée dans l'affaire *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228 (B.R. Man.), où le juge Kroft affirme à la p. 238:

Adjudicators in Manitoba have consistently concluded that discrimination, be it on the grounds of religion or sex, is not confined to instances where intent is shown: e.g., *Froese v. Pine Creek Sch. Div. 30*, M. Rothstein, Q.C., 28th December 1978 (Man. Bd. Adjud.)(unreported); *McDonald v. Knit-Rite Mills Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/1949 (Man. Bd. Adjud.); and *Can. Safeway Ltd. v. Steel*, supra. This is a view which I think to be totally consistent with the object of the Manitoba Act and the wording of s. 6(1) in particular.

But see: [1985] 2 W.W.R. 577, where the appeal was allowed. Matas J.A. referred to the question, at p. 584, but refrained from deciding it. In *British Columbia Human Rights Commission v. College of Physicians and Surgeons of B.C.*, B.C. Bd. Inq. May 27, 1976, a policy adopted by the British Columbia College of Physicians and Surgeons, which required doctors who were not Canadian citizens to practise in remote and 'undoctored' areas of the Province during the first three years of their practice, was held to be discriminatory and a violation of the Code even though the motive was described as being "wholly laudable".

I do not consider that to adopt such an approach does any violence to the *Ontario Human Rights Code*, nor would it be impractical in its application. To take the narrower view and hold that intent is a required element of discrimination under the Code would seem to me to place a virtually insuperable barrier in the way of a complainant seeking a remedy. It would be extremely difficult in most circumstances to prove motive, and motive would be easy to cloak in the formation of rules which, though imposing equal standards, could create, as in *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184). Furthermore, as I have endeavoured to show, we are dealing here with consequences of conduct rather than with punishment for misbehaviour. In other words, we are considering what are essentially civil remedies. The proof of intent, a necessary requirement in our approach to criminal and punitive legislation, should not be a governing factor in construing human rights legis-

[TRADUCTION] Les arbitres au Manitoba ont constamment conclu que la discrimination, qu'elle soit fondée sur la religion ou sur le sexe, ne se limite pas aux cas où l'intention est démontrée: par exemple, *Froese v. Pine Creek Sch. Div. 30*, M. Rothstein, c.r., le 28 décembre 1978 (cons. arb. Man.) (non publié), *McDonald v. Knit-Rite Mills Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/1949 (cons. arb. Man.) et *Can. Safeway Ltd. v. Steel*, précité. Ce point de vue est, à mon avis, tout à fait compatible avec l'objet de la loi manitobaine et, en particulier, avec le texte du par. 6(1).

Voir cependant: [1985] 2 W.W.R. 577, où l'appel a été accueilli. Le juge Matas mentionne la question à la p. 584, mais il s'abstient de la trancher. Dans *British Columbia Human Rights Commission v. College of Physicians and Surgeons of B.C.*, comm. d'enquête C.-B., le 27 mai 1976, la politique adoptée par le British Columbia College of Physicians and Surgeons, qui exigeait que les médecins qui n'avaient pas la citoyenneté canadienne aillent pratiquer dans les régions éloignées et dépourvues de médecins pendant leurs trois premières années de pratique, a été jugée discriminatoire et contraire au Code même si le mobile avait été décrit comme «tout à fait louable».

Je n'estime pas que l'adoption d'un tel point de vue constitue une entorse au *Code ontarien des droits de la personne* ni qu'il serait peu pratique de l'appliquer. Adopter un point de vue plus étroit pour conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code serait, me semble-t-il, élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient, comme dans l'affaire *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la p. 184). De plus, comme j'ai tenté de le démontrer, nous avons ici affaire aux conséquences d'une conduite plutôt qu'à la punition d'une mauvaise conduite. En d'autres termes, nous sommes saisis essentiellement de voies de recours civiles. La preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder

lation aimed at the elimination of discrimination. It is my view that the courts below were in error in finding an intent to discriminate to be a necessary element of proof.

As to the second consideration, the courts below upon a not unreasonable construction of the *Ontario Human Rights Code* based their judgments primarily upon the proposition that an intent to discriminate was a necessary element in prohibited discrimination under the Code. They did not then have to consider the question of adverse effect discrimination as a concept separate from intentional discrimination.

The idea of treating as discriminatory regulations and rules not discriminatory on their face but which have a discriminatory effect, sometimes termed adverse effect discrimination, is of American origin and is usually said to have been introduced in the *Duke Power* case, *supra*, in the Supreme Court of the United States. In that case the employer required as a condition of employment or advancement in employment the production of a high school diploma or the passing of an intelligence test. The requirement applied equally to all employees but had the effect of excluding from employment a much higher proportion of black applicants than white. It was found that the requirements were not related to performance on the job, and the Supreme Court of the United States held them to be discriminatory because of their disproportionate effect upon the black population. There was no provision in the relevant statute, the *Civil Rights Act of 1964*, (Title VII, 78 Stat. 255, s. 703(a)(1)) 42 USCS § 2000e–2(a)(1), which directed such an interpretation.

Again, without express statutory support in Ontario, Inquiry Board chairmen have introduced the concept. In addition to the Inquiry Board decision under review in this appeal, the adverse effect principle was applied in *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd., supra; Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R.

une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne qui vise à éliminer la discrimination. Je suis d'avis que les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de conclure que l'intention d'établir une distinction constitue un élément de preuve nécessaire.

Quant au second facteur, les tribunaux d'instance inférieure, par suite d'une interprétation raisonnable du *Code ontarien des droits de la personne*, ont fondé leurs décisions avant tout sur la thèse que l'intention d'établir une distinction est un élément nécessaire de la discrimination que proscrit le Code. Ils n'ont pas eu alors à examiner la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable comme concept distinct de la discrimination volontaire.

L'idée de considérer comme discriminatoires un règlement et des règles qui ne sont pas discriminatoires à première vue, mais qui ont un effet discriminatoire, parfois appelé discrimination par suite d'un effet préjudiciable, est d'origine américaine et, dit-on habituellement, a fait son apparition dans l'affaire *Duke Power*, précitée, de la Cour suprême des États-Unis. Dans cette affaire, l'employeur exigeait, comme condition d'emploi ou d'avancement, la production d'un diplôme d'études secondaires ou la réussite d'un test d'intelligence. Cette exigence s'appliquait également à tous les employés, mais avait pour effet d'exclure une proportion beaucoup plus grande de candidats de couleur. On a constaté que ces exigences n'étaient pas liées à l'exécution du travail et la Cour suprême des États-Unis les a jugées discriminatoires en raison de leur effet disproportionné sur la population noire. Il n'y avait, dans la loi pertinente, la *Civil Rights Act of 1964* (Title VII, 78 Stat. 255, s. 703(a)(1)), 42 USCS, § 2000e-2(a)(1), aucune disposition exigeant une telle interprétation.

Je répète que c'est en l'absence d'appui législatif explicite en Ontario que les présidents de commissions d'enquête ont introduit le concept. Outre la décision de la commission d'enquête qui fait l'objet d'un examen dans le présent pourvoi, le principe de l'effet préjudiciable a été appliqué dans *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*,

D/938 (Ont. Bd. Inq.) See also *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010 (Canadian Human Rights Commission Review Tribunal); *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488 (Alta. Bd. Inq.), as well as several others.

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. From the foregoing I therefore conclude that the appellant showed a *prima facie* case of

précité, et *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/938 (comm. d'enquête Ont.). Voir aussi *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010 (Tribunal d'appel, Commission canadienne des droits de la personne), *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488 (comm. d'enquête Alb.), ainsi que plusieurs autres.

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. À partir de ce qui précède, je conclus donc que l'appelante a prouvé à la commission d'enquête, de façon suffisante jus-

discrimination based on creed before the Board of Inquiry.

Where discrimination in connection with employment on grounds of a person's creed is found, is that person automatically entitled to remedies provided in the *Ontario Human Rights Code*? One of the arguments advanced in this Court and in the courts below was based on the fact that the Code, while prohibiting discrimination on the basis of creed, contains no saving or justifying clause for the protection of the employer. Such a saving provision is found in s. 4(6) for cases concerning discrimination on the basis of age, sex, and marital status—the *bona fide* occupational qualification defence. This omission was said to create a vacuum in the Code and was relied on for the proposition that only intentional discrimination was prohibited because without some such protection the innocent discriminator would be defenceless. While I reject that argument as support for a limitation of the Code to intentional discrimination, I do not on the other hand accept the proposition that on a showing of adverse effect discrimination on the basis of religion the right to a remedy is automatic.

No question arises in a case involving direct discrimination. Where a working rule or condition of employment is found to be discriminatory on a prohibited ground and fails to meet any statutory justification test, it is simply struck down: see the *Etobicoke* case, *supra*. In the case of discrimination on the basis of creed resulting from the effect of a condition or rule rationally related to the performance of the job and not on its face discriminatory a different result follows. The working rule or condition is not struck down, but its effect on the complainant must be considered, and if the purpose of the *Ontario Human Rights Code* is to be given effect some accommodation must be required from the employer for the benefit of the complainant. The Code must be construed and flexibly applied to protect the right of the employee who is subject to discrimination and also to protect the right of the employer to proceed

qu'à preuve contraire, l'existence d'un cas de discrimination fondée sur la croyance.

Lorsqu'on conclut qu'il y a discrimination en matière d'emploi, fondée sur la croyance d'une personne, cette personne a-t-elle automatiquement droit aux redressements prévus par le *Code ontarien des droits de la personne*? L'un des arguments soumis à cette Cour et aux tribunaux d'instance inférieure reposait sur le fait que le Code, même s'il interdit la discrimination fondée sur la croyance, ne contient aucune réserve ou clause justificative protégeant l'employeur. On trouve une réserve de ce genre au par. 4(6) relativement aux cas de discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial—le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle réelle. Cette omission, a-t-on dit, crée un vide dans le Code et c'est sur elle que l'on s'est appuyé pour prétendre que seule la discrimination volontaire était interdite car, sans une telle protection, celui qui ferait innocemment de la discrimination serait sans défense. Tout en rejetant cet argument dans la mesure où il sert à limiter l'application du Code à la discrimination volontaire, je n'accepte pas d'autre part la thèse selon laquelle, dès qu'on démontre l'existence de discrimination religieuse par suite d'un effet préjudiciable, le droit à un redressement est automatique.

La question ne se pose pas dans le cas de la discrimination directe. Lorsqu'une condition de travail ou d'emploi est jugée discriminatoire pour un motif prohibé et qu'elle ne satisfait à aucun critère de justification légale, elle est simplement annulée: voir l'affaire *Etobicoke*, précitée. Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, un résultat différent s'ensuit. La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant. Le Code doit être interprété et appliqué avec souplesse afin de protéger le droit de l'employé victime de discrimination ainsi que le droit

with the lawful conduct of his business. The Code was not intended to accord rights to one to the exclusion of the rights of the other. American courts have met this problem with what has been described as a "duty to accommodate", short of undue hardship, on the part of the employer: see *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (6th Cir. 1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (5th Cir. 1972). Statutory authority for this approach in the United States is said to be found in the provisions of the 1972 amendment to the *Civil Rights Act of 1964*—see: *Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS § 2000e(j); see also *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). In Canada, boards of inquiry under human rights legislation have adopted this concept and it was formulated by the Board of Inquiry in this case by Professor Ratushny as:

> ... the very general standard of whether the employer acted reasonably in attempting to accommodate the employee in all of the circumstances of the case as well as in the context of the general scope and objects of the Code.

The reasonable standard, referred to by Professor Ratushny, and the duty to accommodate, referred to in the American cases, provide that where it is shown that a working rule has caused discrimination it is incumbent upon the employer to make a reasonable effort to accommodate the religious needs of the employee, short of undue hardship to the employer in the conduct of his business. There is no express statutory base for such a proposition in the Code. Hence, the vacuum in the Code and the question: Should such a doctrine be imported to fill it?

The question is not free from difficulty. No problem is found with the proposition that a person should be free to adopt any religion he or she may choose and to observe the tenets of that faith. This general concept of freedom of religion has been well-established in our society and was a recognized and protected right long before the human rights codes of recent appearance were enacted. Difficulty arises when the question is posed of how far the person in entitled to go in the exercise of his religious freedom. At what point in

de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. Le Code n'a pas pour objet de conférer des droits à l'un en excluant les droits de l'autre. Les tribunaux américains ont remédié à ce problème avec ce qu'on a décrit comme une «obligation d'accommodement», en l'absence de contrainte excessive, de la part de l'employeur: voir *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (6th Cir. 1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (5th Cir. 1972). On dit que ce point de vue aux États-Unis est appuyé par les dispositions de la modification de 1972 de la *Civil Rights Act of 1964*—voir *Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS § 2000e(j); voir aussi *Trans World Airlines Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Au Canada, les commissions d'enquête instituées en application des lois sur les droits de la personne ont adopté cette notion que le professeur Ratushny décrit, pour la commission d'enquête en l'espèce, comme étant:

> [TRADUCTION] ... la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la portée et des objets généraux du Code.

La norme du caractère raisonnable mentionnée par le professeur Ratushny et l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine, prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires. Rien dans le Code n'appuie expressément cette thèse d'où une lacune dans le Code et la question: Devrait-on combler cette lacune au moyen de ce principe?

La question n'est pas exempte de difficultés. La thèse selon laquelle chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes ne pose aucun problème. Cette notion générale de la liberté religieuse est bien établie dans notre société et constituait un droit reconnu et protégé bien avant que ne soient adoptés les codes des droits de la personne qu'on a vu apparaître récemment. Le problème se pose lorsqu'on se demande jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse? À

the profession of his faith and the observance of its rules does he go beyond the mere exercise of his rights and seek to enforce upon others conformance with his beliefs? To what extent, if any, in the exercise of his religion is a person entitled to impose a liability upon another to do some act or accept some obligation he would not otherwise have done or accepted? In a clear case involving legislation—see: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295—the *Lord's Day Act* was struck down essentially for the reason that its effect was to impose upon minority groups a legal duty to observe the Christian Sabbath. To put the question in the individual context of this case: in the honest desire to exercise her religious practices, how far can an employee compel her employer in the conduct of its business to conform with, or to accommodate, such practices? How far, it may be asked, may the same requirement be made of fellow employees and, for that matter, of the general public?

quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepasse-t-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances? Dans quelle mesure, s'il y a lieu, une personne peut-elle, en pratiquant sa religion, obliger autrui à accomplir un acte ou à accepter une obligation qu'elle n'aurait pas autrement accomplie ou acceptée selon le cas? Dans un cas où il était nettement question d'une loi—voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295—la *Loi sur le dimanche* a été déclarée inopérante pour le motif qu'elle avait pour effet d'imposer à des groupes minoritaires une obligation légale d'observer le sabbat chrétien. Pour situer la question dans le contexte particulier de l'espèce: dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, du public en général?

These questions raise difficult problems. It is not, in my view, either wise or possible to venture an answer that would apply generally. We are, however, faced with the necessity of finding an answer at least for this case and, therefore, in the nature of the judicial process an answer for similar cases. In my view, for this case the answer lies in the *Ontario Human Rights Code*, its purpose, and its general provisions. The Code accords the right to be free from discrimination in employment. While no right can be regarded as absolute, a natural corollary to the recognition of a right must be the social acceptance of a general duty to respect and to act within reason to protect it. In any society the rights of one will inevitably come into conflict with the rights of others. It is obvious then that all rights must be limited in the interest of preserving a social structure in which each right may receive protection without undue interference with others. This will be especially important where special relationships exist, in the case at bar the relationship of employer and employee. In this case, consistent with the provisions and intent of the *Ontario Human Rights Code*, the employee's

Ces questions soulèvent des problèmes difficiles. Il n'est, à mon avis, ni sage ni possible de tenter d'y répondre de manière générale. Il nous faut toutefois trouver une réponse applicable au moins à la présente espèce et, par conséquent, de par la nature même du processus judiciaire, à des cas semblables. À mon avis, quant à l'espèce, la réponse se trouve dans le *Code ontarien des droits de la personne*, dans son objet et ses dispositions générales. Le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. Cela est particulièrement important lorsque des rapports spéciaux existent, en l'espèce les rapports entre employeur

right requires reasonable steps towards an accommodation by the employer.

Accepting the proposition that there is a duty to accommodate imposed on the employer, it becomes necessary to put some realistic limit upon it. The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question, or it is struck down. Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment.

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Satur-

et employé. Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du *Code ontarien des droits de la personne*, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables.

Si on accepte la thèse selon laquelle une obligation d'accommodement incombe à l'employeur, il devient nécessaire de la délimiter de façon réaliste. L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi.

Pour relier ce principe de l'accommodement aux faits de l'espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le

days. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays. The complainant, however, is lawfully entitled to pursue the practices of her religion and to be free from compulsion to work on Saturday, contrary to her religious beliefs. We are faced here with a record which in some respects is incomplete and is perhaps inadequate for a proper resolution of the issue which arises regarding the accommodation made by the respondent. Professor Ratushny recognized this inadequacy but reached his conclusion on the basis that the Commission had not discharged the onus upon it of proving inadequate accommodation. He considered the question of onus of proof and discussed it at some length. He concluded that the Commission, which had the conduct of proceedings at the outset, had the burden of showing a *prima facie* case of discrimination, in this case of discriminatory effect. He then said that once the discriminatory effect had been established an onus of proof would pass to the respondent employer, and he observed that in this case the employer had not called any evidence and this left the record inadequate in some particulars. He considered that the employer would be best able to provide evidence on the issue of accommodation, and he also considered that there was power not exercised here by the Commission to call company officials to provide the evidence. He was reluctant, however, to impose a strict burden of proof upon the employer, reasoning that the *Ontario Human Rights Code* itself did not impose any duty of accommodation or burden of proof. He said:

> Quite frankly, I have reservations about attempting to impose an onus of proof upon an employer to meet a specific standard of undue hardship in the absence of any specific legislative basis. It is one thing to conclude that the total framework of the Code warrants a broad interpretation of what might constitute discrimination under that statute. It is another, in effect, to adopt and read into the Code the specific legislative provision of another jurisdiction.

and later he said:

samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu'ils travaillent le samedi. Cependant, la plaignante est légalement autorisée à pratiquer sa religion et à ne pas être forcée à travailler le samedi contrairement à ses croyances religieuses. Nous sommes saisis en l'espèce d'un dossier qui, à certains égards, est incomplet et peut-être insuffisant pour trancher adéquatement la question qui se pose au sujet de l'accommodement consenti par l'intimée. Le professeur Ratushny a reconnu cette insuffisance, mais a fondé sa conclusion sur le fait que la commission n'était pas parvenue à s'acquitter de son obligation de prouver que l'accommodement était inadéquat. Il a examiné la question du fardeau de la preuve et l'a analysée assez longuement. Il a conclu qu'il incombait à la commission, qui était chargée de diriger les procédures au départ, de prouver de façon suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y avait discrimination, c'est-à-dire, en l'espèce, un effet discriminatoire. Ajoutant ensuite qu'une fois cette preuve faite le fardeau de la preuve incombait alors à l'employeur intimé, il a fait observer qu'en l'espèce l'employeur n'avait produit aucune preuve, ce qui rendait le dossier incomplet à certains égards. Il a estimé que c'est l'employeur qui aurait été le mieux en mesure de fournir des preuves sur la question de l'accommodement et il a jugé également que la commission avait le pouvoir, qu'elle n'a pas exercé, d'appeler les dirigeants de la compagnie à témoigner. Il hésitait cependant à imposer à l'employeur une obligation stricte de faire la preuve, faisant valoir que le *Code ontarien des droits de la personne* n'imposait lui-même aucune obligation d'accommodement ni aucun fardeau de la preuve. Il a affirmé:

> [TRADUCTION] À vrai dire, je doute qu'on puisse, en l'absence de fondement législatif précis, tenter d'imposer à l'employeur un fardeau de la preuve de manière à satisfaire à une norme particulière en matière de contrainte excessive. C'est une chose que de conclure que l'économie générale du Code justifie une interprétation large de ce qui pourrait constituer de la discrimination aux termes de cette loi. C'en est une autre en fait que de voir dans le Code, et d'y incorporer, une disposition législative spécifique d'un autre ressort.

Et plus loin, il dit:

Meanwhile, I propose to apply the very general standard of whether the employer acted reasonably in attempting to accommodate the employee in all of the circumstances of the case as well as in the context of the general scope and objects of the Code.

He then went on to say that in a particular case the matter must be dealt with as a question of proof:

In my view, the onus of establishing a contravention of the *Ontario Human Rights Code* remains upon the Commission (on behalf of the complainant) throughout the inquiry. As a practical matter, the evidential burden will often shift to the respondent (employer, in this case).

He concluded his decision by holding that the Commission had not discharged its burden of proof. He said:

Taking into account all of the circumstances of the case and the entire context of the *Ontario Human Rights Code*, I have concluded that the Commission has not satisfied its onus of establishing that the respondent acted unreasonably in the steps which it took to accommodate the complainant after learning that the general condition of employment was incompatible with her religious observance.

And, finally, he said:

I have decided, therefore, that the Commission has not satisfied its onus of establishing a contravention of the Code.

It appears that the Board of Inquiry resolved the matter by holding that a *prima facie* case for discrimination had been shown, but that the Commission had not then discharged its burden of showing that the employer had not acted reasonably in all the circumstances of the case and in the context of the *Ontario Human Rights Code* to accommodate the complainant.

The majority in the Divisional Court, and the Court of Appeal, having decided that intentional discrimination had to be shown, did not consider the question of accommodation and burden of proof.

[TRADUCTION] Entre-temps, je propose d'appliquer la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la portée et des objets généraux du Code.

Il poursuit ensuite en disant que, dans chaque cas particulier, cela doit être traité comme une question de preuve:

[TRADUCTION] À mon avis, le fardeau d'établir qu'il y a infraction au *Code ontarien des droits de la personne* incombe à la commission (au nom de la plaignante) tout au long de l'enquête. En pratique, il y aura souvent déplacement du fardeau de la preuve qui incombera alors à l'intimé (l'employeur en l'espèce).

Il termine en concluant que la commission ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve qui lui incombait. Il dit:

[TRADUCTION] Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et du contexte global du *Code ontarien des droits de la personne*, j'en suis venu à la conclusion que la commission n'a pas satisfait à son obligation d'établir que l'intimée a agi déraisonnablement en prenant les mesures qu'elle a prises pour s'entendre avec la plaignante après avoir appris que cette condition générale d'emploi était incompatible avec l'observance de sa religion.

Et, enfin, il affirme:

[TRADUCTION] J'ai donc décidé que la commission n'a pas satisfait à son obligation d'établir qu'il y a eu infraction au Code.

Il semble que la commission d'enquête a résolu le litige en jugeant qu'il y avait eu preuve suffisante jusqu'à preuve contraire de l'existence d'un cas de discrimination, mais que la commission ne s'était pas alors acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l'employeur n'avait pas pris des mesures raisonnables, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et du contexte du *Code ontarien des droits de la personne*, pour s'entendre avec la plaignante.

La majorité des juges de la Cour divisionnaire et de la Cour d'appel, ayant décidé qu'il fallait démontrer l'existence de discrimination volontaire, n'ont pas examiné la question de l'accommodement et du fardeau de la preuve.

It will be seen that Professor Ratushny departed from the rule respecting the onus of proof expressed in *Etobicoke*. It was held in that case that at least in direct discrimination cases, where the complainant has shown a *prima facie* case of discrimination on a prohibited ground, the onus falls on the employer to justify if he can the discriminatory rule on a balance of probabilities. The question then is whether this rule should apply in cases of adverse effect discrimination.

To begin with, experience has shown that in the resolution of disputes by the employment of the judicial process, the assignment of a burden of proof to one party or the other is an essential element. The burden need not in all cases be heavy—it will vary with particular cases—and it may not apply to one party on all issues in the case; it may shift from one to the other. But as a practical expedient it has been found necessary, in order to insure a clear result in any judicial proceeding, to have available as a 'tie-breaker' the concept of the onus of proof. I agree then with the Board of Inquiry that each case will come down to a question of proof, and therefore there must be a clearly-recognized and clearly-assigned burden of proof in these cases as in all civil proceedings. To whom should it be assigned? Following the well-settled rule in civil cases, the plaintiff bears the burden. He who alleges must prove. Therefore, under the *Etobicoke* rule as to burden of proof, the showing of a *prima facie* case of discrimination, I see no reason why it should not apply in cases of adverse effect discrimination. The complainant in proceedings before human rights tribunals must show a *prima facie* case of discrimination. A *prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant's favour in the absence of an answer from the respondent-employer. Where adverse effect discrimination on the basis of creed is shown and the offending rule is rationally connected to the performance of the job, as in the case at bar, the employer is not required to justify it but rather to show that he has taken such reasonable steps toward accommodation of the

On constate que le professeur Ratushny s'est écarté de la règle énoncée dans l'arrêt *Etobicoke* au sujet du fardeau de la preuve. On a jugé dans cette affaire que, tout au moins dans les cas de discrimination directe, lorsque le plaignant a fait une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire de l'existence de discrimination pour un motif prohibé, il incombe à l'employeur de justifier, s'il le peut, la règle discriminatoire par prépondérance des probabilités. Donc, la question est de savoir si cette règle doit s'appliquer au cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Pour commencer, l'expérience a montré qu'en matière de règlement judiciaire des différends, l'attribution du fardeau de la preuve à l'une ou l'autre partie est un élément essentiel. Ce fardeau n'est pas toujours nécessairement lourd—il varie en fonction de chaque cas—et il se peut qu'il n'incombe pas à une partie pour tous les points de l'affaire; il peut passer d'une partie à l'autre. Mais, faute de mieux en pratique, on a jugé nécessaire, pour assurer une solution claire dans toute instance judiciaire, d'attribuer le fardeau de la preuve à l'une ou l'autre partie, pour les départager. Par conséquent, je suis d'accord avec la commission d'enquête pour dire que chaque cas se ramène à une question de preuve et donc que, dans ces affaires comme dans toute instance civile, il doit y avoir reconnaissance et attribution claires et nettes du fardeau de la preuve. À qui doit-il incomber? Suivant la règle bien établie en matière civile, ce fardeau incombe au demandeur. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Donc, selon la règle énoncée dans l'arrêt *Etobicoke* quant au fardeau de la preuve, savoir faire une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire de l'existence d'un cas de discrimination, je ne vois aucune raison pour laquelle cela ne devrait pas s'appliquer dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Dans les instances devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit faire une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a discrimination. Dans ce contexte, la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé. Lors-

employee's position as are open to him without undue hardship. It seems evident to me that in this kind of case the onus should again rest on the employer, for it is the employer who will be in possession of the necessary information to show undue hardship, and the employee will rarely, if ever, be in a position to show its absence. The onus will not be a heavy one in all cases. In some cases it may be established without eivdence; for example, a requirement that all employees work on Saturday in a business which is open only on Saturdays, but once the *prima facie* proof of a discriminatory effect is made it will remain for the employer to show undue hardship if required to take more steps for its accommodation than he has done. In my view, the Board of Inquiry was in error in fixing the Commission with the burden of proof.

In this case the respondent-employer called no evidence. While the evidence called for the complainant reveals some steps taken by the respondent towards her accommodation, there is no evidence in the record bearing on the question of undue hardship to the employer. The first reaction to the complainant's announcement that she would not be able to continue to work on Saturdays was the response that she would have to resign her job. Within a few days, and before she had left her employment, the employer on its own initiative offered part-time work, which was accepted. In addition the employer agreed to consider Mrs. O'Malley for other jobs as they became vacant. All of the vacancies of which Mrs. O'Malley had notice required Saturday work except one and for that one she was not qualified. There was no evidence adduced regarding the problems which could have arisen as a result of further steps by the respondent, or of what expense would have been

que l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, est démontrée et que la règle incriminée est raisonnablement liée à l'exercice des fonctions, comme en l'espèce, l'employeur est tenu non pas de la justifier, mais plutôt de démontrer qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive. Il me semble évident que, dans ce type d'affaire, le fardeau de la preuve doit encore incomber à l'employeur puisque c'est lui qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer l'existence d'une contrainte excessive et que l'employé est rarement, sinon jamais, en mesure d'en démontrer l'absence. Ce fardeau ne sera pas toujours nécessairement lourd. Dans certains cas, cette démonstration n'appellera aucune preuve; par exemple, l'obligation pour tous les employés de travailler le samedi dans une entreprise qui n'ouvre que le samedi; mais lorsqu'il y a preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a effet discriminatoire, il incombe encore à l'employeur de démontrer qu'il subira une contrainte excessive si on lui demande de prendre plus de mesures d'accommodement qu'il ne l'a fait. À mon avis, la commission d'enquête a commis une erreur en attribuant à la Commission le fardeau de la preuve.

En l'espèce, l'employeur intimé n'a produit aucune preuve. Même si la preuve produite au nom de la plaignante révèle que l'intimée a pris certaines mesures en vue de s'entendre avec elle, il n'y a aucune preuve dans le dossier concernant la question de la contrainte excessive subie par l'employeur. La première réaction qu'a eu l'employeur, lorsque la plaignante lui a annoncé qu'elle ne pourrait plus travailler le samedi, a été de répondre qu'elle devrait démissionner. À peine quelques jours plus tard, avant qu'elle n'ait quitté son emploi, l'employeur lui a offert, de sa propre initiative, un emploi à temps partiel qu'elle a accepté. En outre, l'employeur a accepté d'examiner la candidature de M^me^ O'Malley pour tout autre poste qui deviendrait vacant. Tous les postes vacants dont M^me^ O'Malley a eu connaissance exigeaient de travailler le samedi sauf un, pour lequel elle n'était pas qualifiée. Aucune preuve n'a été produite au sujet des problèmes qui auraient pu

incurred in rearranging working periods for her benefit, or of what other problems could have arisen if further steps were taken towards her accommodation. There was therefore no evidence upon which the Board Chairman could have found that such further steps would have caused undue hardship for the respondent and thus have been unreasonable. In the absence of such evidence, I can only conclude that the appeal must succeed. I would therefore allow the appeal with costs and direct that the respondent pay to the complainant as compensation the difference between the sum of her earnings while engaged as a part-time employee of the respondent from October 23, 1978 to July 6, 1979 and the amount she would have earned as a full-time employee during that period.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Solicitor for the intervener Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the interveners Saskatchewan Human Rights Commission and Manitoba Human Rights Commission: Milton C. Woodward, Regina.

Solicitor for the intervener Alberta Human Rights Commission: Robert A. Philp, Edmonton.

Solicitor for the interveners Canadian Association for the Mentally Retarded and Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitors for the intervener Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

se poser si l'intimée avait pris d'autres mesures, des dépenses qu'il aurait fallu engager pour modifier le calendrier de travail à son avantage, ou des autres problèmes qui auraient pu surgir si d'autres mesures d'accommodement avaient été prises. Il n'y avait donc aucune preuve qui pouvait permettre au président de la commission de conclure que ces autres mesures auraient imposé une contrainte excessive à l'intimée et auraient donc été déraisonnables. En l'absence d'une telle preuve, je ne puis que conclure que le pourvoi doit être accueilli. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et d'ordonner à l'intimée de payer à la plaignante, à titre d'indemnité, la différence entre le salaire total qu'elle a touché comme employée à temps partiel de l'intimée, du 23 octobre 1978 au 6 juillet 1979, et le montant qu'elle aurait gagné comme employée à plein temps au cours de cette même période.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur des intervenantes la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan et la Commission des droits de la personne du Manitoba: Milton C. Woodward, Regina.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta: Robert A. Philp, Edmonton.

Procureur des intervenantes l'Association canadienne pour les déficients mentaux et la Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

K.S. Bhinder and the Canadian Human Rights Commission *Appellants*;

and

Canadian National Railway Company *Respondent*;

and

Attorney General of Canada, Manitoba Human Rights Commission, Saskatchewan Human Rights Commission, Alberta Human Rights Commission and Canadian Association for the Mentally Retarded *Interveners.*

File No.: 17694.

1985: January 30; 1985: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Civil rights — Employment — General work rule — Rule conflicting with religious tenet of employee — Employee dismissed for non-compliance with rule — Whether or not work rule creating discriminatory practice with respect to employee contrary to Canadian Human Rights Act — Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 2, 3, 7, 10, 14(a).

CN introduced a work rule that all employees wear a hard hat at a particular work site. Bhinder, a Sikh employee, refused to comply because his religion did not allow the wearing of headgear other than the turban. Bhinder's employment ceased since the company refused to make exceptions to the rule and Bhinder refused to accept other work not requiring a hard hat. The Canadian Human Rights Tribunal found CN had engaged in a discriminatory practice and ordered reinstatement and compensation for loss of salary. The Federal Court of Appeal, on a s. 28 application, set aside that decision and referred the matter back for disposition on the basis that the work rule was not a discriminatory practice. At issue here was whether or not the hard hat rule was a *bona fide* occupational requirement, and if so, the effect

K.S. Bhinder et la Commission canadienne des droits de la personne *Appelants*;

et

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Intimée*;

et

Procureur général du Canada, Commission des droits de la personne du Manitoba, Commission des droits de la personne de la Saskatchewan, Commission des droits de la personne de l'Alberta et Association canadienne pour les déficients mentaux *Intervenants.*

N° du greffe: 17694.

1985: 30 janvier; 1985: 17 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Libertés publiques — Emploi — Condition générale d'emploi — Condition en conflit avec les préceptes religieux de l'employé — Congédiement de l'employé pour non-respect de la condition — La condition de travail constituait-elle un acte discriminatoire dans le cas de cet employé, contrairement à la Loi canadienne sur les droits de la personne? — Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 2, 3, 7, 10, 14a).

Le CN a posé comme condition d'emploi que tous ses employés portent un casque de sécurité en un lieu particulier de travail. Bhinder, un employé sikh, a refusé d'obtempérer parce que sa religion lui interdit de porter autre chose sur la tête qu'un turban. Bhinder a perdu son emploi parce que la compagnie refusait de faire des exceptions à la règle et que Bhinder refusait d'accepter un autre travail n'exigeant pas le port du casque de sécurité. Le Tribunal canadien des droits de la personne a jugé que le CN avait commis un acte discriminatoire et a ordonné la réintégration de l'employé et une indemnisation pour perte de salaire. La Cour d'appel fédérale, par suite d'une demande fondée sur l'art. 28, a annulé la décision du tribunal et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il rende une décision en considérant que la condition de travail ne constituait pas un acte discriminatoire. Il s'agit de savoir en l'espèce si la règle du casque de sécurité est une exigence professionnelle normale et, si

to be given s. 14(*a*) of the *Canadian Human Rights Act*.

Held (Dickson C.J. and Lamer J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: The hard hat rule was a *bona fide* occupational requirement which met the *Etobicoke* test: one honestly imposed in the interest of the performance of the work with all reasonable dispatch, safety and economy and not for extraneous reasons aimed at defeating the Code. The test does not vary with the special characteristics and circumstances of the complainant. A working condition does not lose its character as a *bona fide* occupational requirement because it may be discriminatory. Rather, as a *bona fide* occupational requirement, it may permit consequential discrimination, if any. Since s. 14(*a*) of the *Canadian Human Rights Act* clearly states that no discriminatory practice exists where a *bona fide* occupational requirement is established, applying such a requirement to each individual with varying results would rob the requirement of its character as an occupational requirement and would ignore the plain language of the section. There was no duty to accommodate since s. 14(*a*) declared no discriminatory practice where a *bona fide* occupational requirement existed.

Per Beetz and Wilson JJ.: If the *bona fides* of an occupational requirement is to be assessed in relation to each employee, s. 14(*a*) is effectively read out of the Act since, absent the section, an employer is obliged to accommodate the individual up to the point of undue hardship even if the requirement is a *bona fide* occupational one.

The purpose of s. 14(*a*) is to make the requirement of the job prevail over the requirement of the employee. It negates any duty to accommodate by stating that the imposition of a genuine job-related requirement is not a discriminatory practice.

The legislature, by narrowing the scope of what constitutes a "discriminatory practice", has permitted genuine job-related requirements to stand even if they have the effect of disqualifying some persons for those jobs. Section 14(*a*) does not conflict with the avowed purpose of the Act which is to prevent "discriminatory practices".

Per Dickson C.J. and Lamer J., *dissenting*: Section 14(*a*) of the *Canadian Human Rights Act* was not intended to obliterate the duty to accommodate and, in

c'est le cas, quel effet on doit donner à l'al. 14*a*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Arrêt (le juge en chef Dickson et le juge Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Estey, McIntyre et Chouinard: La règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale qui satisfait au critère de l'arrêt *Etobicoke*: une exigence imposée honnêtement en vue d'assurer l'exécution du travail d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre du Code. Le critère ne varie pas selon les caractéristiques propres au plaignant et les circonstances spéciales de son cas. Une condition d'emploi ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce qu'elle peut être discriminatoire. Au contraire, s'il s'agit d'une exigence professionnelle normale, la discrimination qui peut s'ensuivre est permise. Comme l'al. 14*a*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dit clairement que lorsqu'il est démontré qu'il s'agit d'une exigence professionnelle normale, il ne s'agit pas d'un acte discriminatoire, appliquer une telle exigence à chaque individu avec des résultats variables, ce serait la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et ne pas tenir compte de ce que dit clairement la disposition. Il n'y avait pas d'obligation d'accommodement puisque l'al. 14*a*) dit qu'il n'y a pas acte discriminatoire lorsqu'il s'agit d'une exigence professionnelle normale.

Les juges Beetz et Wilson: Si le caractère normal d'une exigence professionnelle doit être évalué en fonction de chaque employé, l'al. 14*a*) devient effectivement inutile dans la Loi puisque, même sans cet article, l'employeur est obligé de composer avec l'individu tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive, même si l'exigence est une exigence professionnelle normale.

L'alinéa 14*a*) a pour objet de faire prévaloir les exigences d'un emploi sur celles de l'employé. Il supprime toute obligation d'accommodement en disant que l'imposition d'une exigence réellement liée à un emploi ne constitue pas un acte discriminatoire.

Le législateur, en rétrécissant le champ de ce qui constitue un «acte discriminatoire», a permis le maintien d'exigences réellement liées à un emploi même si elles ont pour effet d'écarter certains individus de ces tâches. L'alinéa 14*a*) n'est pas incompatible avec l'objet déclaré de la Loi qui est d'empêcher les «actes discriminatoires».

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer, *dissidents*: L'alinéa 14*a*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'a pas pour objet de supprimer l'obligation

doing so, diminish seriously protection of the individual from adverse effect discrimination in the Act. The purpose of the Act is to eradicate discriminatory effects and any interpretation of s. 14(*a*) which would significantly undermine the effectiveness of the Act in curbing adverse effect discrimination is contrary to the express and implied purposes of the Act. Such reduction of the protection of the individual from adverse effect discrimination under the Act would require clear and explicit words to that effect. The words of s. 14(*a*) do not suffice.

The words "occupational requirement" refer to a requirement manifestly related to the occupation as a whole. The qualifying words "*bona fide*" require an employer to justify the imposition of an occupational requirement on a particular individual when such imposition has discriminatory effects on the individual. A requirement which is *prima facie* discriminatory against an individual, even if occupational, is not *bona fide* for the purposes of s. 14(*a*) if its application to the individual is not reasonably necessary in the sense that undue hardship would result on the part of the employer if an exception or substitution were to be allowed on the part of the individual affected.

The test of a *bona fide* occupational qualification set out in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke* does not exclude an interpretation of *bona fide* occupational requirement that the discriminatory impact of an occupational requirement on an individual be taken into account. The *Etobicoke* test left open the question of whether the assessment of reasonable necessity was to be considered in respect of the necessity of the general requirement or the necessity of applying the general requirement to an individual upon whom it would have a discriminatory effect. The Tribunal, therefore, was consistent with the *Etobicoke* test and with the words of s. 14(*a*), when it decided that a *bona fide* occupational requirement (1) was to be assessed in respect of the particular circumstances surrounding the complaint and (2) included a duty to accommodate on the part of the employer.

The Tribunal effectively, and correctly, held that federal legislation is inoperative to the extent that it conflicts with the *Canadian Human Rights Act*. The *Canada Labour Code* and its regulations do not create an exception to the *Canadian Human Rights Act*. Where the two Acts conflict, the matter is governed by the *Canadian Human Rights Act*. The wearing of safety helmets by Sikhs, which has a *prima facie* discriminatory effect, is therefore governed by the *Canadian Human Rights Act* and not the *Canada Labour Code*. Even if

d'accommodement et de réduire ainsi sérieusement la protection que la Loi offre contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. La Loi a pour objet l'éradication des effets discriminatoires et toute interprétation de l'al. 14*a*) qui minerait sensiblement l'efficacité de la Loi à réprimer la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est contraire aux objets exprès et implicites de la Loi. Une telle réduction de la protection de l'individu contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, qu'offre la Loi, exigerait des termes clairs et précis en ce sens. Les termes de l'al. 14*a*) ne sauraient suffire.

L'expression «exigence professionnelle» désigne une exigence manifestement liée à l'emploi dans son ensemble. Le qualificatif «normale» requiert de l'employeur qu'il justifie l'imposition d'une exigence professionnelle à un individu particulier lorsqu'elle a des effets discriminatoires sur celui-ci. Une exigence en apparence discriminatoire à l'égard d'un individu, même si elle est d'ordre professionnel, n'est pas normale pour les fins de l'al. 14*a*) si son application à l'individu n'est pas raisonnablement nécessaire, en ce sens qu'il en résulterait une contrainte excessive pour l'employeur si on permettait de faire exception ou de substituer quelque chose à cette exigence dans le cas de l'individu touché.

Le critère de l'exigence professionnelle normale, énoncé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, n'exclut pas une interprétation de l'exigence professionnelle normale qui oblige à tenir compte de l'effet discriminatoire d'une exigence professionnelle sur l'individu. Le critère de l'arrêt *Etobicoke* n'a pas réglé la question de savoir si l'évaluation de ce qui est raisonnablement nécessaire doit être envisagée sous l'angle de la nécessité de l'exigence générale ou sous celui de la nécessité d'appliquer l'exigence générale à un individu sur qui elle aura un effet discriminatoire. Le tribunal n'a donc pas dérogé au critère de l'arrêt *Etobicoke*, ni aux termes de l'al. 14*a*), lorsqu'il a décidé que l'exigence professionnelle normale (1) doit être évaluée en fonction des circonstances particulières entourant la plainte et (2) comprend une obligation d'accommodement de la part d'un employeur.

En fait, le tribunal a eu raison de juger que la législation fédérale est inopérante dans la mesure où elle est incompatible avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le *Code canadien du travail* et ses règlements d'application ne créent pas d'exception à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Lorsque les deux lois entrent en conflit, la question est régie par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le port du casque de sécurité par les Sikhs, une exigence qui a un effet discriminatoire en apparence, est donc une question

the safety helmet policy were necessary under the *Canada Labour Code* and Regulations, that policy is not *ipso facto* a *bona fide* occupational requirement for the purpose of the *Canadian Human Rights Act*. The Tribunal could therefore order the employer to grant an employee an exemption because the general policy did not meet the requirements of s. 14(*a*).

This Court should not disturb the Tribunal's findings of fact concerning the safety factors incident to not wearing a safety helmet. Nor should this Court disturb the conclusion reached by the Tribunal that respondent would not be subject to undue hardship if it were to exempt Mr. Bhinder from the safety helmet rule.

Cases Cited

By the majority

Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202 applied; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, distinguished.

By the minority

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150.

Statutes and Regulations Cited

Canada Electrical Safety Regulations, C.R.C., c. 998.
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 81(1), (2), 82(1)(*a*), (*b*), 84(1)(*g*).
Canada Protective Clothing and Equipment Regulations, C.R.C., c. 1007.
Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 2, 3, 7(*a*), (*b*), 10(*a*), (*b*), 14(*a*).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Motor-Cycle Crash Helmet (Religious Exemption) Act, 1976, 1976 (U.K.), c. 62, s. 1.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318, s. 4(6).
Road Traffic Act 1972, 1972 (U.K.), c. 20.
Workmen's Compensation Act, R.S.O. 1980, c. 539.

régie par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et non par le *Code canadien du travail*. Même si la politique du port d'un casque de sécurité est nécessaire en vertu du *Code canadien du travail* et de ses règlements d'application, il ne s'ensuit pas que cette politique est par le fait même une exigence professionnelle normale pour les fins de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le tribunal pouvait donc ordonner à l'employeur d'accorder à un employé une exemption, parce que cette politique générale ne satisfaisait pas aux exigences de l'al. 14*a*).

Cette Cour ne doit pas modifier les conclusions de fait du tribunal concernant les conséquences, sur le plan de la sécurité, du refus de porter le casque de sécurité. Cette Cour ne doit pas non plus modifier la conclusion du tribunal que l'intimée ne subirait pas de contrainte excessive si elle exemptait M. Bhinder de l'application de la règle du casque de sécurité.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêt appliqué: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; distinction faite d'avec l'arrêt: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.

Citée par la minorité

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 81(1), (2), 82(1)*a*), *b*), 84(1)*g*).
Code ontarien des droits de la personne, R.S.O. 1970, chap. 318, art. 4(6).
Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 2, 3, 7*a*), *b*), 10*a*), *b*), 14*a*).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.
Loi sur les accidents du travail, L.R.O. 1980, chap. 539.
Motor-Cycle Crash Helmet (Religious Exemption) Act, 1976, 1976 (U.K.), chap. 62, art. 1.
Règlement du Canada sur la protection contre les dangers de l'électricité, C.R.C., chap. 998.
Règlement du Canada sur les vêtements et l'équipement protecteurs, C.R.C., chap. 1007.
Road Traffic Act 1972, 1972 (U.K.), chap. 20.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 2 F.C. 531, allowing an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal finding discrimination. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Lamer J. dissenting.

Ian G. Scott, Q.C., and *Edward P. Belobaba*, for the appellant K.S. Bhinder.

Russell Juriansz and *James Hendry*, for the appellant Canadian Human Rights Commission.

L. L. Band, Q.C., and *Kenneth R. Peel*, for the respondent.

Eric A. Bowie, Q.C., and *Judith McCann*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. C. Woodward, for the interveners Manitoba Human Rights Commission and Saskatchewan Human Rights Commission.

R. A. Philp, for the intervener Alberta Human Rights Commission.

David Baker, for the intervener Canadian Association for the Mentally Retarded.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal in which that Court, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, set aside the decision of a Human Rights Tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act*, 1976-77 (Can.), c. 33. The appeal raises two important issues: (1) are unintentional and adverse effect discrimination covered by ss. 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*, and (2) what principles govern application of the "*bona fide* occupational requirement" defence in s. 14(*a*) of the Act? I have had the advantage of reading McIntyre J.'s reasons in this appeal and adopt his summary of the facts and lower court

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 2 C.F. 531, qui a fait droit à une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne qui avait conclu à l'existence de discrimination. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et le juge Lamer sont dissidents.

Ian G. Scott, c.r., et *Edward P. Belobaba*, pour l'appelant K.S. Bhinder.

Russell Juriansz et *James Hendry*, pour l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne.

L. L. Band, c.r., et *Kenneth R. Peel*, pour l'intimée.

Eric A. Bowie, c.r., et *Judith McCann*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. C. Woodward, pour les intervenantes la Commission des droits de la personne du Manitoba et la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan.

R. A. Philp, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta.

David Baker, pour l'intervenante l'Association canadienne pour les déficients mentaux.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*) — Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, a annulé la décision d'un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 1976-77 (Can.), chap. 33. Le pourvoi soulève deux questions importantes: (1) La discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable sont-elles visées par les art. 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*? (2) Quels principes régissent l'application du moyen de défense fondé sur «l'exigence professionnelle normale», énoncé à l'al. 14*a*) de la Loi? J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge McIntyre en l'espèce et je fais mien son résumé des faits et des jugements des cours d'instance inférieure. Je n'y

judgments. I will only supplement them where necessary for these reasons.

I

The Issues

The main question in this appeal is whether the Tribunal erred in law or fact, so as to justify interference with its decision by the Federal Court under s. 28 of the *Federal Court Act*. Before addressing the substantive issues raised in this appeal, I should note as a general principle that reviewing courts, under s. 28 of the *Federal Court Act* or otherwise, must be cautious and sensitive in exercising their powers. Restraint must be a prevailing factor in judicial review of the decisions of specialized statutory tribunals if the intentions and policies of Parliament and the provincial legislatures in establishing such tribunals are to be respected.

In the present case, the Tribunal found the respondent, Canadian National Railway Company (CN), to be liable for discrimination against Mr. Bhinder, one of the appellants, under the *Canadian Human Rights Act*. Mr. Bhinder was required to wear a safety helmet as a condition of employment. If he complied with this requirement he would be unable to wear a turban and this would be contrary to fundamental tenets of the Sikh religion of which he is a member. The Tribunal, in coming to its conclusion, held that (1) unintentional and adverse effect discrimination are prohibited under ss. 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*; and, (2) the safety helmet rule was not a *bona fide* occupational requirement under s. 14(*a*) of the Act because CN did not fulfill its duty to accommodate Mr. Bhinder's religious needs.

I concur with McIntyre J.'s reasons and conclusion on the question of whether ss. 7 and 10 of the Act prohibit adverse effect and unintentional discrimination. He adopts the reasoning expressed in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536,

ajouterai quelque chose que lorsque cela sera nécessaire aux fins des présents motifs.

I

Les questions en litige

La question principale dans ce pourvoi est de savoir si le tribunal administratif a commis une erreur de droit ou de fait justifiant la Cour fédérale d'intervenir conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Avant d'aborder les questions de fond que soulève le pourvoi, je me permets de rappeler le principe général que les cours qui procèdent à un contrôle en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou d'une autre disposition, doivent exercer leurs pouvoirs avec prudence et nuance. La retenue doit prédominer dans le contrôle judiciaire des décisions de tribunaux administratifs spécialisés, créés par certaines lois, si l'on veut que soient respectées les intentions et les politiques qu'avait à l'esprit le législateur tant fédéral que provincial en les constituant.

En l'espèce, le tribunal a jugé que l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN), s'est rendue coupable, en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de discrimination envers M. Bhinder, l'un des appelants. M. Bhinder devait porter un casque de sécurité comme condition de son emploi. S'il se conformait à cette exigence, il ne pourrait pas porter de turban et cela serait contraire aux prescriptions fondamentales de sa foi, la religion sikh. En tirant cette conclusion, le tribunal a jugé que (1) la discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable sont prohibées par les art. 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et que (2) la règle du casque de sécurité n'était pas une exigence professionnelle normale, aux termes de l'al. 14*a*) de la Loi, parce que le CN n'avait pas rempli son obligation de faire en sorte que soient respectées les convictions religieuses de M. Bhinder.

Je souscris aux motifs et à la conclusion du juge McIntyre quant à la question de savoir si les art. 7 et 10 de la Loi interdisent la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et la discrimination involontaire. Il adopte le raisonnement de l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne*

(released concurrently by this Court) in concluding that the definitions of discriminatory practices in the *Canadian Human Rights Act*, ss. 7 and 10, extend to both unintentional and adverse effect discrimination. The Tribunal came to the same conclusion and was, in my opinion, correct.

With respect, I am unable to agree with McIntyre J.'s decision that the Tribunal erred in law in its interpretation of the *bona fide* occupational requirement in s. 14(*a*) of the Act. I believe the Tribunal was correct in concluding the respondent employer had not established the *prima facie* discriminatory practice of requiring a Sikh to wear a safety helmet was based on a *bona fide* occupational requirement.

II

The Tribunal's Decision that a Duty to Accommodate is Part of the *Bona Fide* Occupational Requirement

The Tribunal began by stating that human rights legislation is remedial and that the policies of the Act are not to be compromised or abridged unless by the express language of legislation. The *bona fide* exception must be interpreted narrowly so as not to conflict with the remedial aims of the Act. The root of the *bona fide* exception is, according to the Tribunal, "the ability of an employee to perform his or her duties", and the definition of what is a *bona fide* occupational requirement must be determined on a case by case basis according to the demands of particular jobs. A policy which discriminates against an individual on religious grounds will not, according to the Tribunal, be a *bona fide* occupational requirement unless the risks and costs incurred by the employer in accommodating the religious requirements of the individual outweigh the individual's freedom from religious discrimination. Where the practice of an employee's religious beliefs does not affect his or her ability to perform the duties of the job, nor jeopardize the safety of the public or other employees, nor cause undue hardship to the employer, either in a practical or economic sense,

et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536 (rendu simultanément par cette Cour), pour conclure que les définitions d'actes discriminatoires que donnent les art. 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* visent à la fois la discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Le tribunal est arrivé à la même conclusion, à juste titre selon moi.

Avec égards, je ne puis convenir avec le juge McIntyre que le tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'expression «exigence professionnelle normale» que l'on trouve à l'al. 14*a*) de la Loi. Je crois que le tribunal a eu raison de conclure que l'employeur intimé n'a pas démontré que l'acte discriminatoire en apparence, consistant à obliger un Sikh à porter un casque de sécurité, était fondé sur une exigence professionnelle normale.

II

La décision du tribunal portant qu'une obligation d'accommodement fait partie de l'exigence professionnelle normale

Le tribunal a d'abord dit que les lois sur les droits de la personne sont réparatrices et que les politiques établies par la Loi ne doivent être ni compromises ni restreintes, si ce n'est par une disposition expresse. L'exception du caractère normal doit être interprétée étroitement de façon à ne pas entrer en conflit avec ce à quoi la Loi vise à remédier. D'après le tribunal, l'exception du caractère normal a pour fondement «la capacité d'un employé d'exécuter ses fonctions» et la définition de ce qu'est une exigence professionnelle normale doit être établie en fonction de chaque cas selon les exigences de tâches particulières. Une politique qui établit contre une personne une distinction fondée sur la religion ne constitue pas, d'après le tribunal, une exigence professionnelle normale, à moins que les risques et les coûts auxquels s'exposera l'employeur s'il compose avec les préceptes religieux de cette personne, ne l'emportent sur le droit de l'individu de ne pas être victime de discrimination religieuse. Lorsque les pratiques religieuses d'un employé n'influent pas sur sa capacité d'exécuter les tâches de son emploi, ne mettent pas en péril la sécurité du public ou des autres employés, ni n'im-

then a policy which restricts that practice is not a *bona fide* occupational requirement.

As Le Dain J. stated in the Federal Court of Appeal, at p. 559, the Tribunal "applied the principle that an employer has a duty to accommodate the religious practices of an employee by an exemption from or substitution for a requirement if he can do so without undue hardship to his business". In other words, only if allowing Mr. Bhinder to wear a turban would have caused undue hardship to the respondent would the safety helmet requirement have been a *bona fide* occupational requirement in respect of its application to Mr. Bhinder.

The Tribunal's interpretation of s. 14(*a*) of the *Canadian Human Rights Act* is one that is, in my opinion, correct in law and should not be interfered with by this Court. Section 14(*a*) provides:

> **14.** It is not a discriminatory practice if
>
> (*a*) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement;

In other words, *prima facie* discrimination in employment, on the basis of any of the prohibited grounds as enumerated in s. 3 of the Act, is not a "discriminatory practice" for the purpose of the Act if it is based on a *bona fide* occupational requirement. Thus, the wider the parameters of the *bona fide* occupational requirement, the narrower the range of *prima facie* discrimination prohibited by the Act.

The words "*bona fide* occupational requirement", in isolation, are elastic in the sense they are capable of having more than one meaning. Accordingly, they must be interpreted and given meaning in their proper context, and understood in such a way as to be consistent with the broad purposes of the Act as a whole. The purposes of the *Canadian Human Rights Act* are stated in s. 2:

posent aucune contrainte excessive à l'employeur que ce soit sur le plan pratique ou sur le plan économique, alors une politique qui limite ces pratiques n'est pas une exigence professionnelle normale.

Comme le juge Le Dain l'a dit en Cour d'appel fédérale, à la p. 559, le tribunal «a appliqué le principe selon lequel l'employeur a le devoir de tenir compte des pratiques religieuses d'un employé en le dispensant d'une obligation ou en la remplaçant par une autre s'il peut le faire sans imposer de contrainte excessive à l'exploitation de son entreprise». En d'autres termes, ce n'est que si autoriser M. Bhinder à porter un turban avait imposé une contrainte excessive à l'intimée que l'exigence du port d'un casque de sécurité aurait été une exigence professionnelle normale dans le cas de M. Bhinder.

L'interprétation que donne le tribunal de l'al. 14*a*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est, à mon avis, exacte en droit et ne devrait pas faire l'objet d'une intervention de cette Cour. L'alinéa 14*a*) porte:

> **14.** Ne constituent pas des actes discriminatoires
>
> *a*) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

En d'autres termes, la discrimination apparente en matière d'emploi, fondée sur l'un des motifs de distinction illicite énumérés à l'art. 3 de la Loi, ne constitue pas un «acte discriminatoire» pour les fins de la Loi si elle est fondée sur une exigence professionnelle normale. Ainsi, plus larges seront les paramètres de l'exigence professionnelle normale, plus étroit sera le champ de la discrimination apparente interdite par la Loi.

L'expression «exigence professionnelle normale», prise séparément, est élastique en ce sens qu'elle peut avoir plus d'un sens. En conséquence, il faut l'interpréter en fonction du contexte dans lequel elle se trouve et d'une manière compatible avec les fins générales de la Loi dans son ensemble. L'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est exposé à son art. 2:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

(*a*) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap . . .

In *O'Malley*, *supra*, McIntyre J. said the following with respect to interpretation of human rights legislation, at pp. 546-47:

It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment . . . and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.

Interpretation of s. 14(*a*) of the Act must be consistent with advancing the "broad purposes" of the Act as established in s. 2. In other words, the *bona fide* occupational requirement defence must not be given such wide parameters as to defeat the very purposes of the Act in which it is included.

The interpretation of s. 14(*a*) by the Tribunal fulfils the mandate of s. 2. The emphasis of s. 2 is the protection of the individual from all forms of discrimination. The correct interpretation of s. 14(*a*) of the Act is one which ensures the individual the strongest protection from discrimination possible while at the same time being "consistent with his or her duties and obligations as a member of society". The Tribunal's interpretation, based on an incorporation of a duty to accommodate into

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

Dans l'arrêt *O'Malley*, précité, le juge McIntyre a dit, au sujet de l'interprétation de la législation sur les droits de la personne, aux pp. 546 et 547:

Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif . . . et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application.

L'interprétation de l'al. 14*a*) de la Loi doit être compatible avec la promotion des «fins générales» de la Loi qu'énonce son art. 2. En d'autres termes, il ne faut pas donner au moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale des paramètres larges au point de déjouer l'objet même de la Loi dans laquelle elle est incluse.

L'interprétation de l'al. 14*a*) que donne le tribunal respecte le mandat conféré par l'art. 2. L'article 2 insiste sur la protection de l'individu contre toute forme de discrimination. La bonne façon d'interpréter l'al. 14*a*) de la Loi est celle qui assure à l'individu la meilleure protection possible contre la discrimination tout en étant «compatible avec [ses] devoirs et obligations au sein de la société». L'interprétation du tribunal, fondée sur l'incorporation d'une obligation d'accommodement à l'exi-

the *bona fide* occupational requirement, is, in my view, consistent with these requirements. The duty to accommodate, which is so essential an aspect of human rights law (see *O'Malley*, *supra*), is necessary for ensuring protection of the individual under the Act from adverse effect discrimination. At the same time the Tribunal's interpretation of s. 14(*a*) allows the employer to justify a policy which is *prima facie* discriminatory by demonstrating that the absence of such a policy would cause undue hardship to his or her business.

The respondent's interpretation of the *bona fide* occupational requirement is not, in my view, consistent with the broad purposes of the *Canadian Human Rights Act*. According to the respondent, a requirement in a *bona fide* occupational requirement as long as it is "manifestly job related or justified by business necessity". In other words, if the requirement is genuinely "occupational" in a general sense, that ends the inquiry. It is not necessary, in the respondent's view, to assess the impact of the requirement upon the individual against whom it discriminates, and to take reasonable acommodative steps to avoid such discrimination.

The implication of the respondent's interpretation of s. 14(*a*) is a negation of the duty to accommodate and it therefore significantly diminishes the Act's protection from adverse effect discrimination. On this point I adopt the words of Le Dain J. [at p. 560] in the Federal Court of Appeal (as he then was):

> ... the duty to accommodate is a necessary aspect of the application of the exception of *bona fide* occupational requirement in a particular case. It is a corollary of the concept of adverse effect or indirect discrimination that the exception must be considered in relation to the employee affected; otherwise the exception could render the concept of indirect discrimination illusory. It is thus necessary in weighing the various factors, including the discriminatory effect, in order to determine whether the requirement is reasonably necessary in relation to the employee affected, that consideration be given to whether an exception from or substitution for the requirement

gence professionnelle normale est, à mon avis, compatible avec ces exigences. L'obligation d'accommodement, qui est un aspect si essentiel en matière des droits de la personne (voir l'arrêt *O'Malley*, précité), est nécessaire pour assurer la protection que la Loi accorde à l'individu contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. En même temps, l'interprétation que donne le tribunal de l'al. 14*a*) permet à l'employeur de justifier une politique en apparence discriminatoire en démontrant que l'absence d'une telle politique imposerait une contrainte excessive à son entreprise.

L'interprétation que donne l'intimée de l'exigence professionnelle normale n'est pas, à mon avis, compatible avec l'objet général de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Selon l'intimée, une exigence est une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle est [TRADUCTION] «manifestement liée à la tâche ou justifiée par les nécessités de l'entreprise». En d'autres termes, si l'exigence est vraiment d'ordre «professionnel» au sens large, cela met fin à l'investigation. Il n'est pas nécessaire, d'après l'intimée, d'évaluer l'effet de l'exigence sur l'individu contre qui elle établit une distinction, ni de prendre des mesures d'accommodement raisonnables pour éviter d'établir une telle distinction.

L'interprétation de l'al. 14*a*) que donne l'intimée a pour effet de nier l'obligation d'accommodement et, par conséquent, de réduire sensiblement la protection que la Loi offre contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Sur ce point, j'adopte le passage suivant [à la p. 560] du juge Le Dain, alors juge à la Cour d'appel fédérale:

> ... l'obligation de tenir compte de la situation de l'employé est un élément nécessaire pour que s'applique à un cas particulier l'exception fondée sur l'exigence professionnelle normale. La notion de conséquences préjudiciables ou de discrimination indirecte a pour corollaire que l'exception doit être examinée en fonction de l'employé visé; s'il en était autrement, l'exception pourrait rendre illusoire l'existence de la notion de discrimination indirecte. Afin de déterminer si l'exigence est justifiée vis-à-vis de l'employé, il est donc nécessaire, en soupesant les divers facteurs pertinents, y compris l'effet discriminatoire, de se demander si l'employeur pouvait,

could be allowed by the employer in the particular case without undue hardship to his business.

I do not believe Parliament intended s. 14(*a*) of the Act to obliterate the duty to accommodate thereby seriously diminishing the protection from adverse effect discrimination provided in the Act. It is clear from s. 2 that the purpose of the *Canadian Human Rights Act* is to eradicate discriminatory effects. An interpretation of s. 14(*a*) which significantly undermines the effectiveness of the Act in curbing adverse effect discrimination is thus contrary to the express and implied purposes of the Act.

Such reduction of the protection of the individual from adverse effect discrimination under the Act would require clear and explicit words to that effect. The words of s. 14(*a*) of the Act do not suffice. The words "occupational requirement" mean that the requirement must be manifestly related to the occupation in which the individual complainant is engaged. Once it is established that a requirement is "occupational", however, it must further be established that it is "*bona fide*". A requirement which is *prima facie* discriminatory against an individual, even if it is in fact "occupational", is not *bona fide* for the purpose of s. 14(*a*) if its application to the individual is not reasonably necessary in the sense that undue hardship on the part of the employer would result if an exception or substitution for the requirement were allowed in the case of the individual. In short, while it is true the words "occupational requirement" refer to a requirement manifest to the occupation as a whole, the qualifying words "*bona fide*" require an employer to justify the imposition of an occupational requirement on a particular individual when such imposition has discriminatory effects on the individual.

The Tribunal's interpretation of s. 14(*a*) is, in my view, consistent with the general definition of *bona fide* occupational requirement in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. In that case the Court said, at p. 208:

dans ce cas particulier et sans imposer de contrainte excessive à son entreprise, dispenser l'employé de cette exigence ou la remplacer par une autre.

Je ne crois pas que le législateur a voulu que l'al. 14*a*) de la Loi supprime l'obligation d'accommodement, réduisant ainsi sérieusement la protection que la Loi offre contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il se dégage clairement de l'art. 2 que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a pour objet l'éradication des effets discriminatoires. Une interprétation de l'al. 14*a*) qui mine sensiblement l'efficacité de la Loi à réprimer la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est donc contraire aux objets exprès et implicites de la Loi.

Une telle réduction de la protection de l'individu contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, qu'offre la Loi, exigerait des termes clairs et précis en ce sens. Les termes de l'al. 14*a*) de la Loi ne sauraient suffire. L'expression «exigence professionnelle» signifie que l'exigence doit manifestement être liée à l'activité professionnelle à laquelle le plaignant s'adonne. Cependant, dès qu'il est établi qu'une exigence est «professionnelle», il doit aussi être démontré qu'elle est «normale». Une exigence en apparence discriminatoire à l'égard d'un individu, même si elle est en fait d'ordre «professionnel», n'est pas normale pour les fins de l'al. 14*a*) si son application à l'individu n'est pas raisonnablement nécessaire, en ce sens qu'il en résulterait une contrainte excessive pour l'employeur si on permettait de faire exception ou de substituer quelque chose à cette exigence dans le cas de cet individu. En bref, s'il est vrai que l'expression «exigence professionnelle» désigne une exigence évidente de l'emploi dans son ensemble, le qualificatif «normale» requiert de l'employeur qu'il justifie l'imposition d'une exigence professionnelle à un individu particulier lorsqu'elle a des effets discriminatoires sur celui-ci.

L'interprétation que donne le tribunal de l'al. 14*a*) est, à mon avis, compatible avec la définition générale d'exigence professionnelle normale ou réelle que donne l'arrêt de cette Cour *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la 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 the present case there is no question the safety helmet requirement met this test.

The Court continued (at p. 208):

In addition it [the *bona fide* occupational requirement] 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.

As I understand the latter passage, it does not exclude an interpretation of *bona fide* occupational requirement which requires the discriminatory impact of an occupational requirement on an individual to be taken into account. The gist of the passage is that a requirement be "reasonably necessary" for the efficient, economical and safe performance of the job. The passage leaves open the question of whether the assessment of reasonable necessity is to be considered in respect of the necessity of the general requirement, or the necessity of applying the general requirement to an individual upon whom it will have a discriminatory effect. In the present case, the Tribunal held that application of an occupational requirement to an individual who suffers discrimination as a result of such application must be "reasonably necessary", in the sense that the only alternative is undue hardship on the part of the employer, before it qualifies as a *bona fide* occupational requirement. This is, in my opinion, consistent with the test in *Etobicoke*, *supra*.

To conclude thus far, the Tribunal did not err in law in holding the *bona fide* occupational requirement of s. 14(*a*) of the Act (1) must be assessed in respect of the particular circumstances surrounding the individual complainant and (2) includes a duty to accommodate on the part of the employer. This result advances the purposes of the Act and is

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.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'exigence du port d'un casque de sécurité répond à ce critère.

La Cour poursuit (à la p. 208):

Elle [l'exigence professionnelle réelle] 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.

Si je comprends bien ce dernier passage, on n'y exclut pas une interprétation de l'exigence professionnelle normale qui oblige à tenir compte de l'effet discriminatoire d'une exigence professionnelle sur l'individu. Ce passage dit essentiellement que l'exigence doit être «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution efficace, économique et sans danger du travail. Il ne tranche pas la question de savoir si l'évaluation de ce qui est raisonnablement nécessaire doit être envisagée sous l'angle de la nécessité de l'exigence générale ou sous celui de la nécessité d'appliquer l'exigence générale à un individu sur qui elle aura un effet discriminatoire. En l'espèce, le tribunal a jugé que l'application d'une exigence professionnelle à un individu, qui devient victime de discrimination par suite de cette application, doit être «raisonnablement nécessaire», en ce sens que la seule autre possibilité constituerait une contrainte excessive pour l'employeur, si on veut que cette exigence soit qualifiée d'exigence professionnelle normale. Cela est, à mon avis, compatible avec le critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, précité.

Pour conclure, jusqu'à maintenant, le tribunal n'a pas commis d'erreur de droit quand il a jugé que l'exigence professionnelle normale de l'al. 14*a*) de la Loi (1) doit être évaluée en fonction des circonstances particulières dans lesquelles se trouve le plaignant et (2) comprend une obligation d'accommodement de la part de l'employeur. Ce

consistent with the words of s. 14(*a*) as well as the decision of this Court in *Etobicoke*, *supra*.

III

Statutory Obligations of Canadian National with Respect to the Safety of Employees

The respondent further argues that the Human Rights Tribunal had no jurisdiction to order an employer to grant an employee an exemption from wearing a safety helmet in circumstances where to do so would violate the relevant provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, and the Regulations thereunder. Sections 81 and 82 of the Code provide:

81. (1) Every person operating or carrying on a federal work, undertaking or business shall do so in a manner that will not endanger the safety or health of any person employed thereupon or in connection therewith.

(2) Every person operating or carrying on a federal work, undertaking or business shall adopt and carry out reasonable procedures and techniques designed or intended to prevent or reduce the risk of employment injury in the operation or carrying on of the federal work, undertaking or business.

82. (1) Every person employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business shall, in the course of his employment,

(*a*) take all reasonable and necessary precautions to ensure his own safety and the safety of his fellow employees; and

(*b*) at all appropriate times use such devices and wear such articles of clothing or equipment as are intended for his protection and furnished to him by his employer, or required pursuant to this Part to be used or worn by him.

Section 84(1)(*g*) authorizes the Governor in Council to make regulations as follows:

84. (1) Subject to any other Act of the Parliament of Canada and any regulations thereunder, the Governor in Council may make regulations for the safety and health of persons employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and for the provision therefor of safety measures in the operation or use of plants, machinery, equipment, vehicles, materials, buildings, structures and premises used or to be used in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in particular,

résultat permet de promouvoir l'objet de la Loi et est compatible avec les termes de l'al. 14*a*) ainsi qu'avec l'arrêt de cette Cour *Etobicoke*, précité.

III

Les obligations légales du CN en matière de sécurité de ses employés

L'intimée soutient en outre que le tribunal des droits de la personne n'avait pas compétence pour ordonner à un employeur d'exempter un employé de porter le casque de sécurité dans des circonstances où cela enfreignait les dispositions pertinentes du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, et ses règlements d'application. Les articles 81 et 82 du Code portent:

81. (1) Quiconque dirige une entreprise fédérale doit le faire de manière à ne pas mettre en danger la sécurité ou la santé de toute personne employée dans le cadre d'une telle entreprise.

(2) Quiconque dirige une entreprise fédérale doit adopter et suivre des méthodes et techniques raisonnables destinées à prévenir ou diminuer le risque de lésion professionnelle dans l'exploitation de cette entreprise.

82. (1) Quiconque est employé dans le cadre d'une entreprise fédérale doit, dans son travail,

a) prendre toutes les précautions raisonnables et nécessaires pour assurer sa propre sécurité et celle de ses collègues; et

b) à tous les moments opportuns, utiliser les dispositifs et porter les vêtements ou les accessoires destinés à sa protection et que lui fournit son employeur, ou que la présente Partie l'oblige à utiliser ou à porter.

L'alinéa 84(1)*g*) autorise le gouverneur en conseil à établir des règlements:

84. (1) Sous réserve de toute autre loi du Parlement du Canada et des règlements établis sous son régime, le gouverneur en conseil peut établir des règlements concernant la sécurité et la santé des personnes employées dans le cadre d'une entreprise fédérale, et prévoyant à cette fin des mesures de sécurité relatives au fonctionnement ou à l'utilisation des usines, machines, équipements, véhicules, matériaux, bâtiments, structures et lieux utilisés ou devant être utilisés relativement à une entreprise fédérale. Sans restreindre la généralité de ce

but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

. . .

(*g*) prescribing the standards for protective clothing and equipment to be used by employees and the use of, and the responsibility for providing, such clothing and equipment;

Pursuant to s. 84(1)(*g*) the Governor in Council enacted certain regulations concerning protective clothing and electrical safety.

The Tribunal determined that federal legislation and regulations were to be construed and applied in such a way as to be consistent with the *Canadian Human Rights Act*. Thus, if the policy of an employer is discriminatory under the Act, it will not be rendered non-discriminatory simply by reason of there being a statutory requirement mandating that policy. In effect, the Tribunal held that federal legislation is inoperative to the extent it conflicts with the *Canadian Human Rights Act*.

The Tribunal was, in my view, correct in coming to that conclusion. In *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, this Court came to a similar conclusion with respect to a provision concerning mandatory retirement. McIntyre J., writing for the Court, said (at p. 156):

Section 50 of *The Public Schools Act* of 1980 cannot be considered a later enactment having the effect of creating an exception to the provisions of s. 6(1) of *The Human Rights Act*.

In any event, I am in agreement with Monnin C.J.M. where he said:

> Human rights legislation is public and fundamental law of general application. If there is a conflict between this fundamental law and other specific legislation, unless an exception is created, the human rights legislation must govern.

This is in accordance with the views expressed by Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145. Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered,

qui précède, il peut établir des règlements:

. . .

g) prescrivant les normes applicables aux vêtements et accessoires protecteurs que doivent porter les employés, régissant leur utilisation et précisant qui doit les fournir;

Conformément à l'al. 84(1)*g*), le gouverneur en conseil a établi certains règlements concernant les vêtements de protection et la sécurité dans le domaine de l'électricité.

Le tribunal a décidé que la législation fédérale et ses règlements d'application devaient être interprétés et appliqués de manière à être compatibles avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ainsi, si la politique d'un employeur est discriminatoire selon la Loi, elle ne sera pas rendue non discriminatoire simplement parce qu'il existe une obligation légale de suivre cette politique. En fait, le tribunal a jugé que la législation fédérale est inopérante dans la mesure où elle est incompatible avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

J'estime que le tribunal a eu raison de tirer cette conclusion. Dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, cette Cour est arrivée à une conclusion semblable au sujet d'une disposition concernant la retraite obligatoire. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour, affirme à la p. 156:

L'article 50 de *The Public Schools Act* de 1980 ne saurait être considéré comme un texte ultérieur ayant pour effet de créer une exception aux dispositions du par. 6(1) de *The Human Rights Act*.

Quoi qu'il en soit, je partage l'avis du juge en chef Monnin lorsqu'il dit:

> [TRADUCTION] Une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale. S'il y a conflit entre cette loi fondamentale et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée, la loi sur les droits de la personne doit prévaloir.

Cela est conforme au point de vue exprimé par le juge Lamer dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145. Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitution-

or amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement.

In the present appeal, the provisions of the *Canada Labour Code* and Regulations thereunder do not create an exception to the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. The wearing of safety helmets by Sikhs, a requirement which has a *prima facie* discriminatory effect, is a matter governed by the *Canadian Human Rights Act*, not the *Canada Labour Code*, where the requirements of the two Acts conflict. Thus, even if the safety helmet policy is necessary under the *Canada Labour Code* and Regulations, it does not follow that the policy is *ipso facto* a *bona fide* occupational requirement for the purpose of the *Canadian Human Rights Act*. Accordingly, the Tribunal had jurisdiction to order the employer to grant Mr. Bhinder an exemption from the safety helmet policy on the ground the policy did not meet the requirements of s. 14(*a*) of the Act.

IV

Would Exempting Mr. Bhinder from the Safety Helmet Requirement Lead to Undue Hardship on the Part of Canadian National?

The Tribunal found the respondent would not be subject to undue hardship if it exempted Mr. Bhinder from the safety helmet requirement. The respondent could not, therefore, successfully invoke the *bona fide* occupational requirement defence. The Tribunal began with the proposition that "the mere fact that an employees' [*sic*] religion causes some imposition on an employer does not automatically justify discrimination on that basis. The employer must show that the accommodation of the employees' religious beliefs or practices would cause it undue hardship". It continued: "In the case before this Tribunal, there is little evidence that any hardship will fall on Canadian National Railways if it accommodates Mr. Bhinder's religious beliefs, at least from a practical

nelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions.

Dans le présent pourvoi, les dispositions du *Code canadien du travail* et de ses règlements d'application ne créent pas d'exception aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le port du casque de sécurité par les Sikhs, une exigence qui a un effet discriminatoire en apparence, est une question régie par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et non par le *Code canadien du travail*, lorsque les exigences des deux lois entrent en conflit. Ainsi, même si la politique du port d'un casque de sécurité est nécessaire en vertu du *Code canadien du travail* et de ses règlements d'application, il ne s'ensuit pas que cette politique est par le fait même une exigence professionnelle normale pour les fins de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En conséquence, le tribunal avait compétence pour ordonner à l'employeur d'exempter M. Bhinder de l'application de la politique du port d'un casque de sécurité pour le motif que cette politique ne satisfaisait pas aux exigences de l'al. 14*a*) de la Loi.

IV

Exempter M. Bhinder du port du casque de sécurité aurait-il pour effet d'imposer une contrainte excessive au CN?

Le tribunal a conclu que l'intimée ne subirait pas une contrainte excessive si elle exemptait M. Bhinder du port d'un casque de sécurité. L'intimée ne pouvait donc invoquer avec succès le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale. Le tribunal commence par dire «qu'il ne suffit pas que la religion d'un employé crée certains ennuis à un employeur pour justifier automatiquement un acte discriminatoire fondé sur ce motif. L'employeur doit démontrer que le fait de tenir compte des croyances ou des pratiques religieuses de l'employé lui imposerait une contrainte excessive». Il poursuit: «Dans la présente affaire, rien n'indique que le Canadien national subirait quelque contrainte que ce soit s'il tenait compte des croyances religieuses de M. Bhinder, du moins

point of view. There are no administrative difficulties foreseeable if Mr. Bhinder were to continue working without a hard hat".

The Tribunal based its decision on a number of findings of fact concerning the potential consequences of Mr. Bhinder not wearing a safety helmet. These are summarized as follows:

1. There was no shortage of maintenance electricians;
2. Mr. Bhinder was not a unique or specialized employee;
3. The respondent's safety policy would not be jeopardized by giving Mr. Bhinder an exemption;
4. Mr. Bhinder was willing to relocate to a post where a safety helmet was not necessary, though he was not willing to assume duties other than those of a maintenance electrician;
5. Mr. Bhinder was able to perform effectively and efficiently without a safety helmet;
6. Neither Mr. Bhinder's fellow employees, nor the general public would be injured by Mr. Bhinder's failure to wear a safety helmet;
7. The risk of injury to Mr. Bhinder if he did not wear a safety helmet was negligible.

Interference with the Tribunal's findings of fact is authorized only if, pursuant to s. 28(1)(*c*) of the *Federal Court Act*, the Tribunal "based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it". The respondent submits that the Tribunal's finding that the increased risk to Mr. Bhinder, if he did not wear a safety helmet, was negligible, is not supported by the evidence and is, indeed, contrary to some of the evidence. I agree with Le Dain J. in the Federal Court that, even assuming the Tribunal erred on this point, the error was not of the kind described in s. 28(1)(*c*) of the *Federal Court Act*. As a general rule, a reviewing court should be extremely hesitant to disturb the findings of fact of a tribunal. Tribunals have the benefit of being able

du point de vue pratique. Aucune difficulté administrative ne serait à prévoir si M. Bhinder continuait de travailler sans casque de sécurité.»

Le tribunal a fondé sa décision sur un certain nombre de conclusions de fait concernant les conséquences éventuelles du refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité. On les résume ainsi:

1. Il n'y avait pas pénurie d'électriciens d'entretien;
2. M. Bhinder n'était pas un employé unique ou spécialisé;
3. La politique de l'intimée en matière de sécurité ne serait pas mise en péril si l'on accordait une exemption à M. Bhinder;
4. M. Bhinder consentait à être affecté à un poste où le casque de sécurité n'est pas nécessaire, même s'il n'était pas disposé à exercer d'autres fonctions que celles d'électricien d'entretien;
5. M. Bhinder était en mesure de travailler de manière efficace et efficiente sans casque de sécurité;
6. Ni les collègues de travail de M. Bhinder, ni le public en général ne seraient lésés par le refus de M. Bhinder de porter le casque de sécurité;
7. Le danger que M. Bhinder soit blessé s'il ne portait pas de casque de sécurité était négligeable.

L'immixtion dans les conclusions de fait du tribunal n'est permise que si, en vertu de l'al. 28(1)*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, le tribunal «a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance». L'intimée fait valoir que la conclusion du tribunal, selon laquelle l'accroissement du danger que courrait M. Bhinder s'il ne portait pas de casque de sécurité est négligeable, n'est pas appuyée par la preuve et est, en fait, contraire à certains éléments de preuve. Je suis d'accord avec le juge Le Dain de la Cour fédérale pour dire que, même si on tient pour acquis que le tribunal a commis une erreur sur ce point, l'erreur n'était pas du genre de celle décrite à l'al. 28(1)*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Règle générale, la

to assess the credibility of witnesses and other factors which are not apparent on reviewing transcripts of the evidence. Even assuming *arguendo* that the Tribunal erred in assessing the safety factor, I do not believe such error was "made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before [the Tribunal]". This Court should not disturb the Tribunal's findings of fact.

cour qui procède à un contrôle judiciaire devrait hésiter énormément à modifier les conclusions de fait d'un tribunal administratif. Les tribunaux administratifs ont l'avantage d'être en mesure d'évaluer la crédibilité des témoins ainsi que d'autres facteurs qui ne sont pas apparents lorsqu'on passe en revue la transcription des témoignages. Même en présumant, pour les fins de la discussion, que le tribunal a mal évalué le facteur sécurité, je ne crois pas que cette erreur ait été commise «de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à [la] connaissance [du tribunal]». Cette Cour ne devrait pas modifier les conclusions de fait du tribunal.

With respect to the financial hardship of Canadian National in the event of an injury to Mr. Bhinder as a result of his not wearing a safety helmet, the Tribunal concluded the potential additional costs of an exemption from its safety helmet policy in favour of the complainant, and Sikhs in general, was *de minimis* and, therefore, did not constitute undue hardship. According to the Tribunal:

Quant à la contrainte que subirait le CN sur le plan financier si jamais M. Bhinder était blessé parce qu'il n'a pas porté de casque de sécurité, le tribunal a conclu que les coûts supplémentaires éventuels d'une exemption du port d'un casque de sécurité en faveur du plaignant et des Sikhs en général, étaient minimes et ne constituaient donc pas une contrainte excessive. D'après le tribunal:

> The Respondent is a Schedule 2 employer under the *Workmen's Compensation Act*, that is, it pays compensation directly to its injured employees, and as such, if an employee's risk of injury is increased, the likelihood of receiving compensation correspondingly increases, and as a result, the employer's liability to pay compensation consequentially increases. Thus, the potential costs to the Respondent, if Mr. Bhinder is granted an exemption from the hard hat policy, are not *de minimis* in a quantitative sense. However, in our view, given the size and nature of schedule 2 employers, such costs are *de minimis* to such employers.

> [L'] employeur figure à l'annexe 2 de la *Workmen's Compensation Act*, c'est-à-dire qu'il verse directement des indemnités aux employés blessés. Par conséquent, si un employé court plus de risques de se blesser, il a plus de chance de réclamer des indemnités et l'employeur voit s'accroître son obligation d'en verser. Donc, si M. Bhinder est exempté du port du casque de sécurité, les frais que devra peut-être absorber le mis en cause ne seront pas minimes en termes quantitatifs. Étant donné toutefois la taille des employeurs qui figurent à l'annexe 2 et la nature de leurs opérations, nous estimons que ces frais sont pour eux minimes.

The Tribunal continued that, even if the added costs were not *de minimis*, the risk to Mr. Bhinder if he did not wear a safety helmet was inherent to his employment since the alternative to that risk would have been a denial of religious freedom. The policy behind the worker's compensation scheme is to ensure that liability for risk inherent to employment is borne by employers. Such liability would not, therefore, have constituted undue hardship on the part of the respondent.

Le tribunal ajoute que, même si les coûts supplémentaires n'étaient pas minimes, le danger que courrait M. Bhinder, s'il ne portait pas de casque de sécurité, est inhérent à son emploi puisque l'autre solution permettant d'éviter ce danger aurait constitué une dénégation de liberté religieuse. La politique qui sous-tend le plan d'indemnisation des travailleurs consiste à assurer que la responsabilité à l'égard du risque inhérent à un emploi soit assumée par les employeurs. Cette responsabilité n'aurait donc pas constitué une contrainte excessive pour l'intimée.

This Court should not disturb the Tribunal's findings on the question of potential financial hardship as a result of Mr. Bhinder's not wearing a safety helmet. The Tribunal did not, in my view, err in law or in fact, for the purpose of s. 28 of the *Federal Court Act*, in finding the potential increase in the cost of worker's compensation to the respondent was, for an employer the size of Canadian National, *de minimis* and therefore not unduly hard on the employer. As the basis of the Tribunal's decision was the finding that the cost of exempting Mr. Bhinder from the safety helmet policy was *de minimis*, it is not, in my view, necessary to review the Tribunal's understanding of the law assuming the cost was not *de minimis*.

Cette Cour ne devrait pas modifier les conclusions du tribunal concernant une éventuelle contrainte financière qui résulterait de l'abstention par M. Bhinder de porter un casque de sécurité. À mon avis, le tribunal n'a commis ni erreur de droit ni erreur de fait, pour les fins de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, en concluant qu'une hausse éventuelle du coût de l'indemnisation des travailleurs était minime pour un employeur aussi important que le CN, et ne lui imposait donc pas une contrainte excessive. Comme la décision du tribunal repose sur la conclusion que le coût d'une exemption accordée à M. Bhinder à l'égard de la politique du port d'un casque de sécurité était minime, il n'est pas nécessaire, à mon avis, d'examiner la façon dont le tribunal interpréterait la loi si ce coût n'était pas minime.

As a general rule, this Court should be reluctant to interfere with a Tribunal's understanding of "undue hardship" for the purpose of determining if the *bona fide* occupational requirement has been satisfied unless there is a clear error of law or an erroneous finding of fact which satisfied s. 28(1)(*c*) of the *Federal Court Act*. I agree with Le Dain J. in the Federal Court of Appeal at pp. 561-62:

> ... the Court should not lightly interfere with what is essentially a question of human rights policy in the application of the principles or criteria which Human Rights Tribunals have developed as a distinct body of jurisprudence in what is a relatively new field.

En règle générale, cette Cour doit hésiter à s'immiscer dans l'interprétation que donne de la «contrainte excessive» un tribunal administratif aux fins de déterminer si une exigence professionnelle normale a été satisfaite, à moins qu'il n'y ait eu une erreur de droit manifeste ou une conclusion de fait erronée donnant ouverture à l'al. 28(1)*c*) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je conviens avec le juge Le Dain de la Cour d'appel fédérale, à la p. 562, que:

> ... la Cour ne devrait pas intervenir à la légère dans ce qui constitue essentiellement une question de politique en matière de droits de la personne, portant sur l'application des principes ou critères que les tribunaux des droits de la personne ont élaborés sous forme d'un courant jurisprudentiel distinct dans un domaine relativement nouveau du droit.

These words are germane with respect to the Tribunal's decision that the respondent would not suffer undue financial hardship if Mr. Bhinder was exempted from the hard hat rule. On all of the evidence, the Tribunal came to the conclusion that exempting Mr. Bhinder from the safety helmet requirement would not impose undue hardship on the respondent. Therefore, the failure to accommodate Mr. Bhinder by allowing him to work without a safety helmet meant that the respondent could not rely on the *bona fide* occupational requirement defence. In coming to this decision the Tribunal did not error in law or fact in such a way as to

Ce commentaire était approprié dans le cas de la décision du tribunal portant que l'intimée ne subirait pas de contrainte financière excessive si M. Bhinder était exempté de se soumettre à la règle du port d'un casque de sécurité. Se fondant sur l'ensemble de la preuve, le tribunal est arrivé à la conclusion qu'exempter M. Bhinder du port d'un casque de sécurité n'imposerait pas une contrainte excessive à l'intimée. Donc, parce qu'elle n'avait pas composé avec M. Bhinder en l'autorisant à travailler sans casque de sécurité, l'intimée ne pouvait pas invoquer le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale. En arrivant

justify interference with its decision by a reviewing court.

V

Conclusion

The safety helmet policy of the respondent is not a *bona fide* occupational requirement in respect of its application to Mr. Bhinder. Accordingly, this appeal should be allowed with costs throughout and the order of the Human Rights Tribunal restored.

The reasons of Beetz and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of both McIntyre J. and the Chief Justice and the difference between them, it seems to me, hinges on the meaning to be given to the phrase *bona fide* in s. 14(*a*) of the Act. If *bona fide* is used in the section simply to mean a genuine occupational requirement, *i.e.*, that the wearing of a hard hat is as an objective factual matter a requirement for the appellant's job, then it seems to me that the Tribunal implicitly found that it was. The Tribunal, however, and the Chief Justice agrees, found that that was not what the legislature intended by *bona fide*. It intended that the *bona fides* of an occupational requirement be assessed in relation to each employee. The same occupational requirement might be *bona fide* vis-à-vis X but not vis-à-vis Y. By taking this approach the same result can, of course, be reached as if the section were not in the Act at all since, absent the section, the employer is obliged to accommodate the individual employee up to the point of undue hardship even if the requirement is a *bona fide* occupational one: see *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (judgment delivered concurrent herewith). If the employer fails to do so, it is discriminating under the Act. The Tribunal finds that, if it fails to do so, its occupational requirement is not *bona fide* vis-à-vis that

à cette décision, le tribunal n'a commis aucune erreur de droit ou de fait qui justifierait une cour exerçant un contrôle judiciaire de modifier sa décision.

V

Conclusion

La politique de l'intimée visant le port du casque de sécurité n'est pas une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle s'applique à M. Bhinder. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, et de rétablir l'ordonnance du tribunal des droits de la personne.

Version française des motifs des juges Beetz et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge McIntyre et de ceux du Juge en chef; la différence entre eux, me semble-t-il, tient avant tout au sens qu'il faut donner au terme «normales» employé à l'al. 14*a*) de la Loi. Si le terme «normales» est employé dans l'article simplement pour désigner une exigence professionnelle réelle, c.-à-d. que le port d'un casque de sécurité est, en tant que question de fait objective, une condition d'emploi de l'appelant, alors il me semble que le tribunal a implicitement conclu que c'était le cas. Le tribunal cependant, et le Juge en chef partage cet avis, a conclu que ce n'était pas là ce que le législateur entendait par «normales». Celui-ci a voulu que le caractère normal, dans le cas d'une exigence professionnelle, soit évalué en fonction de chaque employé. La même exigence professionnelle pourrait être normale dans le cas de X, mais non dans celui d'Y. En adoptant ce point de vue, on pourrait évidemment arriver au même résultat, tout comme si cet article ne se trouvait pas dans la Loi, puisque sans cet article l'employeur est obligé de composer avec l'employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive, même si l'exigence est une exigence professionnelle normale: voir *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (arrêt prononcé concurremment). Si l'employeur ne le fait pas, il se rend coupable de discrimination au sens de la Loi. Le tribunal conclut que, si

employee within the meaning of s. 14(*a*).

With respect, I do not think it is open to us under the statute to give the words *bona fide* a meaning which would have the effect of nullifying a provision which says that an employer will not be guilty of a discriminatory practice if the requirement he attaches to the job is a genuine requirement of that job. The purpose of s. 14(*a*) seems to me to be to make the requirement of the job prevail over the requirement of the employee. It negates any duty to accommodate by stating that it is not a discriminatory practice. I agree with McIntyre J. that discrimination is *per se* victim related but the occupational requirement is job related. This is, I believe, why s. 14(*a*) provides that a genuine occupational requirement is not a discriminatory practice as opposed to making it a defence to a charge of discrimination which would enable the employer to establish that he had discharged his duty to accommodate the particular complainant up to the point of undue hardship.

The legislature, in my view, by narrowing the scope of what constitutes discrimination has permitted genuine job-related requirements to stand even if they have the effect of disqualifying some persons for those jobs. This was a policy choice it was free to make under the Act and, in my opinion, it has done so in a way which creates no conflict with the avowed purposes of the Act referred to by the Chief Justice. Section 2(*a*) of the Act makes it quite clear that what will not be tolerated under the Act are "discriminatory practices". The legislature has specifically provided in s. 14(a) that the attachment of a *bona fide* occupational requirement to a job is not a discriminatory practice. I do not believe it is open to the courts to query its wisdom in this regard.

For these and the reasons given by my colleague, McIntyre J., I would dispose of the appeal as suggested by him.

l'employeur omet de le faire, son exigence professionnelle n'est pas normale vis-à-vis de cet employé, au sens de l'al. 14*a*).

Avec égards, je ne pense pas qu'il nous soit permis, en vertu de la Loi, de donner au terme «normales» un sens qui aurait pour effet d'annuler une disposition qui dit qu'un employeur n'est pas coupable d'un acte discriminatoire si l'exigence qu'il attache à un emploi est une exigence réelle de cet emploi. L'alinéa 14*a*) me semble avoir pour objet de faire prévaloir les exigences d'un emploi sur celles de l'employé. Il supprime toute obligation d'accommodement en disant qu'il ne s'agit pas là d'un acte discriminatoire. Je suis d'accord avec le juge McIntyre pour dire que la discrimination est en soi liée à la victime, mais que l'exigence professionnelle est, quant à elle, liée à l'emploi. C'est pourquoi, à mon avis, l'al. 14*a*) dispose qu'une exigence professionnelle réelle ne constitue pas un acte discriminatoire, au lieu d'en faire un moyen de défense opposable à une accusation de discrimination, qui permettrait à l'employeur de démontrer qu'il a satisfait à son obligation de composer avec le plaignant en question, jusqu'au point de la contrainte excessive.

J'estime que le législateur, en rétrécissant le champ de la discrimination, a permis le maintien d'exigences réellement liées à un emploi, même si elles ont pour effet d'écarter certains individus de ces tâches. C'était une ligne de conduite qu'il était libre d'adopter dans la Loi et, à mon avis, il l'a fait sans créer de conflit avec l'objet déclaré de la Loi, que mentionne le Juge en chef. L'alinéa 2*a*) de la Loi dit fort clairement que ce qui ne sera pas toléré en vertu de cette loi, ce sont les «actes discriminatoires». Le législateur a expressément prévu, à l'al. 14*a*), qu'assortir un emploi d'une exigence professionnelle normale ne constitue pas un acte discriminatoire. Je ne crois pas qu'il appartient aux tribunaux de mettre en doute sa sagesse à cet égard.

Pour ces motifs et pour ceux donnés par mon collègue le juge McIntyre, je suis d'avis de statuer sur ce pourvoi de la façon qu'il propose.

The judgment of Estey, Chouinard and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J. This is an appeal by K.S. Bhinder and the Canadian Human Rights Commission against a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 2 F.C. 531, dated April 13, 1983, which set aside a decision of a Human Rights Tribunal under the *Canadian Human Rights Act*, 1976-77 (Can.), c. 33. In the Tribunal's decision the Canadian National Railway Company (CN) was held to have discriminated against the appellant, Bhinder, upon the ground of religion in requiring him, contrary to the tenets of his religion, to wear a safety helmet (hard hat) as a condition of employment.

Bhinder became an employee of CN in April, 1974. He worked for more than four years as a maintenance electrician in its Toronto coach yard servicing the turbo train between the hours of 11:00 p.m. and 7:00 a.m. The CN announced on November 30, 1978 that with effect from December 1, 1978 all employees in the Toronto coach yard would be required to wear a hard hat when at work. Bhinder, a Sikh forbidden by his religion to wear anything on his head except a turban, refused to wear the hard hat. He was informed in a letter, dated December 5, 1978, from the general foreman that there could be no exceptions to the hard hat rule, that he would be required to comply and wear a hard hat commencing December 6, 1978, and that he would not be permitted to work if he did not do so. He was not prepared to work in any capacity other than that of an electrician and there were no positions open for electricians in which the wearing of a hard hat was not required. His employment with the CN ceased on December 5, 1978.

Bhinder filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission on December 7, 1978. The Commission appointed a Human Rights Tribunal on October 3, 1979 (Professor Peter Cumming, Mary Eberts, and Joan Wallace). Hearings lasting several days were held in December, 1979. Extensive evidence, including that of experts, was heard and submissions were made. The Tribunal delivered its decision on September 22, 1981. It

Version française du jugement des juges Estey, Chouinard et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi a été formé par K.S. Bhinder et la Commission canadienne des droits de la personne contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 2 C.F. 531, en date du 13 avril 1983, qui a annulé la décision d'un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 1976-77 (Can.), chap. 33. Dans cette décision, le tribunal avait jugé que la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) s'était rendue coupable de discrimination religieuse envers l'appelant Bhinder en lui imposant, contrairement aux préceptes de sa foi, le port d'un casque de sécurité comme condition d'emploi.

Bhinder est entré au service du CN en avril 1974. Il a occupé pendant plus de quatre ans le poste d'électricien d'entretien du turbotrain au centre de triage de Toronto. Il travaillait de 23 heures à 7 heures. Le 30 novembre 1978, le CN a annoncé qu'à partir du 1er décembre 1978 tous les employés du centre de triage de Toronto devraient porter au travail un casque de sécurité. Bhinder, un Sikh dont la religion lui interdit de porter sur la tête autre chose qu'un turban, a refusé de porter le casque de sécurité. Le contremaître en chef l'a avisé par lettre, en date du 5 décembre 1978, que personne ne pouvait être dispensé de porter le casque de sécurité et qu'à partir du 6 décembre 1978, il devrait se conformer à la règle et porter le casque pour être autorisé à travailler. Comme il ne voulait pas accepter d'autre poste que celui d'électricien et que tous les postes d'électricien étaient assujettis à l'exigence du port du casque de sécurité, son emploi au CN a pris fin le 5 décembre 1978.

Bhinder a porté plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne le 7 décembre 1978. La Commission a constitué un tribunal des droits de la personne le 3 octobre 1979 (composé du professeur Peter Cumming ainsi que de Mmes Mary Eberts et Joan Wallace). Les audiences, qui ont duré plusieurs jours, ont eu lieu en décembre 1979. De nombreux éléments de preuve dont des témoignages d'experts ont été

concluded that CN had engaged in a discriminatory practice, contrary to the provisions of the *Canadian Human Rights Act* (the Act), and it awarded Bhinder compensation for loss of salary in the amount of $14,500 and ordered his reinstatement, if he so wished, in his former employment as a maintenance electrician with an exemption from the hard hat requirement and with the seniority and pay which would have been applicable to him if he had continued in his employment after December 5, 1978. CN, the respondent in this Court, applied under the provisions of s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to the Federal Court of Appeal for judicial review and to set aside the Tribunal's decision. On April 13, 1983 the Federal Court of Appeal (Heald and Le Dain JJ., Kelly D.J. (Le Dain J. dissenting)) allowed the s. 28 application, set aside the decision of the Tribunal, and referred the matter back to the Tribunal for a disposition on the basis that CN's requirement regarding the wearing of a hard hat by Bhinder while at work in the Toronto coach yard was not a discriminatory practice within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*.

The appeal to this Court is pursuant to leave granted June 6, 1983. On the hearing of the appeal interventions were allowed to the Saskatchewan Human Rights Commission, the Alberta Human Rights Commission, the Canadian Association for the Mentally Retarded and the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, and the Canadian Jewish Congress, all of which filed factums in support of the appellants. The Attorney General of Canada also intervened and supported the respondent's position.

Reference is necessary to certain provisions of the *Canadian Human Rights Act*. The Act is aimed at the elimination of discriminatory practices and its purpose is outlined in s. 2, which provides:

PURPOSE OF ACT

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

présentés et des plaidoiries ont eu lieu. Le tribunal a rendu sa décision le 22 septembre 1981. Il a jugé que le CN avait commis un acte discriminatoire contrairement aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), et il a accordé à Bhinder une indemnité de 14 500 $ pour perte de salaire. En outre, il a ordonné sa réintégration, s'il le souhaitait, dans ses fonctions antérieures d'électricien d'entretien, et ce, en le dispensant de l'obligation de porter le casque de sécurité et en lui reconnaissant l'ancienneté et le salaire dont il aurait joui s'il avait conservé son emploi après le 5 décembre 1978. Se fondant sur les dispositions de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, le CN, intimé devant cette Cour, a demandé à la Cour d'appel fédérale l'examen et l'annulation de la décision du tribunal. Le 13 avril 1983, la Cour d'appel fédérale (les juges Heald et Le Dain et le juge suppléant Kelly (le juge Le Dain étant dissident)) a fait droit à la demande adressée en vertu de l'art. 28, a annulé la décision du tribunal et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il rende une décision en considérant que l'obligation faite à Bhinder par le CN de porter le casque de sécurité au centre de triage de Toronto, ne constitue pas un acte discriminatoire au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Le pourvoi en cette Cour est formé par suite de l'autorisation accordée le 6 juin 1983. Ont été autorisés à intervenir à l'audition du pourvoi, les commissions des droits de la personne de la Saskatchewan et de l'Alberta, l'Association canadienne pour les déficients mentaux, la Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped et le Congrès juif canadien, qui ont tous produit des mémoires appuyant les appelants. Le procureur général du Canada est intervenu en faveur de l'intimée.

Il est nécessaire de mentionner certaines dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Loi vise à éliminer les actes discriminatoires et son objet est exposé à l'art. 2 qui se lit ainsi:

OBJET

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

(*a*) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap; and

(*b*) the privacy of individuals and their right of access to records containing personal information concerning them by any purpose including the purpose of ensuring accuracy and completeness should be protected to the greatest extent consistent with the public interest.

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

b) les individus ont droit à la vie privée et ils ont droit d'accès aux dossiers qui contiennent des renseignements personnels les concernant à toutes fins, notamment pour s'assurer qu'ils sont complets et que les renseignements qu'ils contiennent sont exacts, et ce dans toute la mesure compatible avec l'intérêt public.

Section 3 lists the prohibited grounds of discrimination in these words:

3. For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, conviction for which a pardon has been granted and, in matters related to employment, physical handicap, are prohibited grounds of discrimination.

L'article 3 énumère les motifs de distinction illicite en ces termes:

3. Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée et, en matière d'emploi, sur un handicap physique.

The complaint under review here is founded under ss. 7 and 10 of the Act.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(*a*) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(*b*) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

La plainte examinée en l'espèce est fondée sur les art. 7 et 10 de la Loi.

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou

b) de défavoriser un employé,

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

10. It is a discriminatory practice for an employer or an employee organization

(*a*) to establish or pursue a policy or practice, or

(*b*) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur ou l'association d'employés

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

Of particular importance in this case is s. 14(*a*) which provides:

L'alinéa 14*a*) revêt une importance particulière en l'espèce. Il dispose:

14. It is not a discriminatory practice if

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires

(*a*) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement;

Other statutory provisions, particularly ss. 81, 82 and 84(1)(*g*) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, and certain regulations under the *Canada Protective Clothing and Equipment Regulations*, C.R.C., c. 1007, and the *Canada Electrical Safety Regulations*, C.R.C., c. 998, were referred to in support of an argument that the hard hat rule had the force of law. In the view I take of this case it is not necessary to reproduce them here nor deal further with that argument.

The Tribunal found that CN adopted its hard hat rule without any discriminatory intent against Sikhs or others and that Bhinder, in refusing to comply, was honestly following the dictates of his religion. It also found that while the rule was equally applicable to all employees, it had a discriminatory effect upon Bhinder because compliance demanded from him a compromise of his religious principles. Non-Sikh employees were not so affected. Bhinder had therefore shown a *prima facie* case of discrimination. The Tribunal went on to find, that as far as Bhinder was concerned, the hard hat rule was not a *bona fide* occupational requirement under s. 14(*a*) of the Act and that, accordingly, CN was under a duty to accommodate Bhinder's position, short of undue hardship in its business operations, and concluded that no undue hardship had been shown. Despite these findings it found that Bhinder, if exempted from the rule, would face a greater likelihood of injury—though only slightly greater—than if he complied. However, since no greater danger would be caused to others because of his non-compliance, any decision to accept greater risk should be left to Bhinder himself. It was recognized that an exception for Bhinder would mean exemptions for all Sikhs and that greater cost to CN, as a Schedule 2 employer under the *Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539, would result and, it was said, that would not be undue hardship but merely

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

D'autres dispositions, notamment les art. 81, 82 et l'al. 84(1)*g*) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, et certains articles du *Règlement du Canada sur les vêtements et l'équipement protecteurs*, C.R.C., chap. 1007, et du *Règlement du Canada sur la protection contre les dangers de l'électricité*, C.R.C., chap. 998, ont été cités pour soutenir que la règle du casque de sécurité avait force de loi. Vu mon opinion en l'espèce, il n'est pas nécessaire de les reproduire ici, ni de traiter plus amplement de cet argument.

Le tribunal a conclu que le CN avait adopté sa règle du casque de sécurité sans avoir l'intention d'établir une distinction contre les Sikhs ou d'autres personnes et que Bhinder, en refusant de s'y conformer, suivait honnêtement les préceptes de sa religion. Il a aussi constaté que si la règle était également applicable à tous les employés, elle avait toutefois un effet discriminatoire sur Bhinder parce que son respect l'obligeait à composer avec ses principes religieux. Les employés qui n'étaient pas sikhs n'étaient pas ainsi touchés. Bhinder avait donc prouvé de façon suffisante jusqu'à preuve contraire l'existence de discrimination. Le tribunal a ensuite jugé qu'en ce qui concernait Bhinder la règle du casque de sécurité ne constituait pas une exigence professionnelle normale au sens de l'al. 14*a*) de la Loi et que, par conséquent, le CN avait le devoir de faire en sorte que la position de Bhinder soit respectée à moins qu'une contrainte excessive n'en résulte dans l'exploitation de son entreprise, et a conclu qu'on n'avait pas démontré l'existence d'une contrainte excessive. Malgré ces conclusions, il a jugé que, si Bhinder n'avait pas à se conformer à la règle, celui-ci courrait un risque plus grand de subir des blessures — quoique seulement légèrement plus grand — que s'il s'y conformait. Toutefois, comme son non-respect de la règle n'avait pas pour effet d'exposer les autres à un danger plus grand, toute décision d'accepter ce risque plus grand devait être laissée à Bhinder lui-même. On a reconnu qu'une exception dans le cas de Bhinder signifierait une exemption pour tous les Sikhs et qu'il en résulterait une hausse des

a part of the expense of employment covered by workmen's compensation.

In allowing CN's appeal, the majority of the Court of Appeal, *per* Heald J., held that only intentional discrimination is forbidden by the Act. The hard hat rule, since it is equally applicable to all employees, is not discriminatory. Any different effect it might have upon Bhinder is incidental, unintended, and cannot constitute discrimination under s. 7 or s. 10 of the Act. The rule is a *bona fide* occupational requirement under s. 14(*a*) of the Act in accordance with the test enunciated in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. Furthermore, the concept of a duty to accommodate is not provided for in the Act and cannot be implied.

Le Dain J. dissented. He concluded that s. 10, but not s. 7, of the Act prohibits adverse effect discrimination. He held as well that the findings of fact of the Tribunal could not be described as having been made "in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it." They were therefore unreviewable by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*. He also expressed the view that the court should not lightly interfere in questions of human rights policy developed by human rights tribunals in a relatively new field.

In this Court the appellants contended that the Court of Appeal was in error in limiting the scope of the Act to intentional discrimination, that the concept of a *bona fide* occupational requirement under s. 14(*a*) should be considered on an individual basis, and that it was not, in so far as it related to Bhinder, a *bona fide* occupational

coûts pour le CN en tant qu'employeur visé par l'annexe 2 de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.O. 1980, chap. 539; cependant, a-t-on dit, une telle hausse constituerait non pas une contrainte excessive, mais simplement une portion des dépenses au titre de l'emploi visées par le régime d'indemnisation des travailleurs.

En accueillant l'appel du CN, le juge Heald, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a conclu que seule la discrimination volontaire est interdite par la Loi. La règle du casque de sécurité n'est pas discriminatoire puisqu'elle est également applicable à tous les employés. Tout effet particulier qu'elle peut avoir dans le cas de Bhinder n'est qu'accidentel et involontaire, et ne peut constituer de la discrimination au sens de l'art. 7 ou de l'art. 10 de la Loi. Cette règle constitue une exigence professionnelle normale au sens de l'al. 14*a*) de la Loi, selon le critère énoncé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. De plus, la notion d'obligation d'accommodement n'est pas prévue par la Loi et ne peut être implicite.

Le juge Le Dain était dissident. Il a conclu que c'est l'art. 10 de la Loi, non pas l'art. 7, qui interdit la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il a jugé aussi qu'on ne pouvait considérer les conclusions de fait du tribunal comme ayant été «tirée[s] de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance». La Cour d'appel fédérale ne pouvait donc les examiner en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il a aussi exprimé l'avis que la cour ne devrait pas intervenir à la légère dans les questions de politique en matière de droits de la personne dégagées par les tribunaux des droits de la personne dans un domaine relativement nouveau du droit.

En cette Cour, les appelants ont soutenu que la Cour d'appel avait eu tort de limiter la portée de la Loi à la discrimination volontaire, que la notion d'exigence professionnelle normale de l'al. 14*a*) devrait être examinée en fonction de chaque cas et qu'il ne s'agissait pas, dans le cas de Bhinder du moins, d'une exigence professionnelle normale. On

requirement. It was also contended that it was an error to say that no duty to accommodate existed.

In the case of the *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, in which judgment is given concurrently with this case, we were confronted with a case under *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, which dealt with the same issues that are raised here. Because of the similarity in aims and purposes of *The Ontario Human Rights Code* and the *Canadian Human Rights Act*, I adopt the reasoning expressed in *O'Malley* and conclude that the definitions of discriminatory practices in the *Canadian Human Rights Act*, ss. 7 and 10, extend to both unintentional and adverse effect discrimination. The facts in this case and in that of *O'Malley* are identical in principle and the only significant difference between the two governing statutes as far as this case is concerned is the presence of s. 14(*a*) in the *Canadian Human Rights Act* creating the *bona fide* occupational requirement defence. The fundamental point then on which this case must turn is the question of whether the hard hat rule is a *bona fide* occupational requirement and, if so, what effect must be given to s. 14(*a*) of the Act? Section 14(*a*) is reproduced again for ease of reference:

> **14.** It is not a discriminatory practice if
>
> (*a*) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement.

The concept of a *bona fide* occupational requirement has been considered in this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, supra*, and the test is stated in these words, 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,

a aussi soutenu que c'était une erreur de dire qu'il n'existe aucune obligation d'accommodement.

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, rendu en même temps que celui-ci, nous étions saisis d'une affaire régie par le *Code ontarien des droits de la personne*, R.S.O. 1970, chap. 318, où étaient en cause les mêmes points qu'en l'espèce. Vu la similarité des objets et des fins du *Code ontarien des droits de la personne* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, je m'appuie sur le raisonnement de l'arrêt *O'Malley* pour conclure que les définitions d'actes discriminatoires des art. 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* visent à la fois la discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Les faits en l'espèce et ceux de l'affaire *O'Malley* sont identiques en principe, la seule différence importante entre les deux lois qui les régissent, pour ce qui est de l'espèce présente, étant la présence dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de l'al. 14*a*) qui crée le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale. La question fondamentale, dont doit dépendre le sort de l'espèce, est donc de savoir si la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale et, dans l'affirmative, quel effet faut-il donner à l'al. 14*a*) de la Loi? L'alinéa 14*a*) est de nouveau reproduit ici pour en faciliter la consultation:

> **14.** Ne constituent pas des actes discriminatoires
>
> *a*) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

La Cour a déjà examiné ce concept de l'exigence professionnelle normale ou réelle dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, précité, et le critère applicable est énoncé en ces termes 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

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 should be noted that the *Etobicoke* case arose under *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, since amended. That statute referred in s. 4(6) to "a *bona fide* occupational qualification and requirement", while s. 14(*a*) of the *Canadian Human Rights Act* refers only to "a *bona fide* occupational requirement". It was not argued in this Court that there was any significant difference between a 'requirement' and a 'qualification'. While I would prefer to refrain from any detailed discussion of this point, I am satisfied that the word 'requirement' used in s. 14(*a*), although it may be less encompassing than the word 'qualification', clearly covers the hard hat rule adopted by CN. I am therefore of the opinion that the *Etobicoke* test is applicable in the case at bar. Indeed, none of the parties quarrelled with the test. The appellants contended that it could apply, but argued that it should be applied on an individual basis as each case arises, so that what would satisfy the test of a *bona fide* requirement would vary depending upon the separate characteristics of the individual complainant and the special circumstances of the case he presented. The respondent CN argued that the requirement was a general occupational one and that the test had been met.

The appellant has established a *prima facie* case of discrimination. The onus therefore has passed to the respondent to show that the hard hat rule is a *bona fide* occupational requirement. From a reading of the reasons for decision of the Tribunal it appears that the test was met. Specifically, the Tribunal found that the hard hat rule was not a *bona fide* occupational requirement as far as it related to Bhinder and, in consequence, to other Sikhs. In this, they were accepting the appellant's individual case approach. It is, however, clear from the reasons and the references made by the Tribunal to the evidence that it was of the view that,

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 remarquera que l'affaire *Etobicoke* était régie par le *Code ontarien des droits de la personne*, R.S.O. 1970, chap. 318, qui depuis a été modifié. Cette loi parlait, en son par. 4(6), d'une [TRADUCTION] «exigence et qualification professionnelles réelles», alors que l'al. 14*a*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne parle que «des exigences professionnelles normales». Personne n'a soutenu devant nous qu'il y a quelque différence importante entre le terme «exigence» et le terme «qualification». Je ne tiens pas à analyser longuement ce point, mais je suis convaincu que, bien qu'il n'ait pas nécessairement la portée du terme «qualification», le terme «exigence» utilisé à l'al. 14*a*) vise clairement la règle du casque de sécurité adoptée par le CN. Je suis donc d'avis que le critère de l'arrêt *Etobicoke* est applicable à l'espèce. D'ailleurs, aucune des parties n'a contesté ce critère. Les appelants soutiennent qu'il pourrait être appliqué mais font valoir qu'il devrait l'être en fonction de chaque cas qui se présente, de sorte que ce qui satisferait au critère de l'exigence professionnelle normale varierait selon les caractéristiques propres à chaque plaignant et les circonstances spéciales de son cas. Le CN intimé a soutenu que l'exigence en cause était une exigence professionnelle générale qui satisfait au critère.

L'appelant a prouvé de façon suffisante jusqu'à preuve contraire l'existence de discrimination. Le fardeau de la preuve passe donc à l'intimée qui doit démontrer que la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale. À la lecture des motifs de la décision du tribunal, il semble qu'on a satisfait au critère. Plus particulièrement, le tribunal a conclu que la règle du casque de sécurité n'était pas une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle visait Bhinder et, en conséquence, les autres Sikhs. Ce faisant, il acceptait la façon de procéder en fonction de chaque cas particulier proposée par l'appelant.

as far as the rule applied to non-Sikhs, it was a *bona fide* occupational requirement. It was agreed that CN adopted the rule for genuine business reasons with no intent to offend the principles of the Act. The Tribunal found that the rule was useful, that it was reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury and, specifically, that the risk faced by Bhinder in wearing a turban rather than a hard hat was increased, though by a very small amount. The only conclusion that can be drawn from the reasons for decision is that, but for its special application to Bhinder, the hard hat rule was found to be a *bona fide* occupational requirement. Indeed, it would be difficult on the facts to reach any other conclusion.

Toutefois, il ressort clairement de ses motifs et des références que fait le tribunal à la preuve administrée qu'il était d'avis que la règle était une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle s'appliquait à d'autres personnes que des Sikhs. Il a été reconnu que le CN avait adopté la règle pour des raisons d'affaires véritables, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi. Le tribunal a jugé que la règle était utile, qu'elle était raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures et, plus particulièrement, que le risque que courait Bhinder en portant un turban plutôt qu'un casque de sécurité était accru, quoique très légèrement. La seule conclusion que l'on peut tirer des motifs de la décision, est que, sauf en ce qui concerne son application particulière à Bhinder, la règle du casque de sécurité est une exigence professionnelle normale. D'ailleurs il serait difficile, étant donné les faits, d'arriver à une autre conclusion.

Where a *bona fide* occupational requirement is established by an employer there is little difficulty with the application of s. 14(*a*). Here, however, we are faced with a finding—at least so far as one employee goes—that a working condition is not a *bona fide* occupational requirement. We must consider then whether such an individual application of a *bona fide* occupational requirement is permissible or possible. The words of the Statute speak of an "occupational requirement". This must refer to a requirement for the occupation, not a requirement limited to an individual. It must apply to all members of the employee group concerned because it is a requirement of general application concerning the safety of employees. The employee must meet the requirement in order to hold the employment. It is, by its nature, not susceptible to individual application. The Tribunal sought to show that the requirement must be reasonable, and no objection would be taken to that, but it went on to conclude that no requirement which had the effect of discriminating on the basis of religion could be reasonable. This, in effect, was to say that the hard hat rule could not be a *bona fide* occupational requirement because it discriminated. This, in my view, is not an acceptable conclusion. A condition of employment does not lose its character as a *bona fide* occupational requirement

Lorsque l'employeur démontre qu'il y a exigence professionnelle normale, il n'est pas difficile d'appliquer l'al. 14*a*). En l'espèce cependant, nous nous trouvons devant la conclusion que, dans le cas d'un employé à tout le moins, une certaine condition de travail ne constitue pas une exigence professionnelle normale. Nous devons alors nous demander si une telle application, à un individu, d'une exigence professionnelle normale est permise ou possible. La Loi parle d'«exigence professionnelle». Cela doit s'entendre d'une exigence de la profession, non d'une exigence limitée à un individu. Elle doit s'appliquer à tous les membres du groupe d'employés concerné, car c'est une exigence d'application générale concernant la sécurité des employés. Les employés doivent se conformer à cette exigence pour occuper leur poste. Le tribunal a cherché à démontrer que l'exigence doit être raisonnable, ce qui est incontestable, mais il a ensuite conclu qu'aucune exigence ayant pour effet d'établir une distinction fondée sur la religion ne pouvait être raisonnable. Cela, en fait, revenait à dire que la règle du casque de sécurité ne pouvait constituer une exigence professionnelle normale puisqu'elle était discriminatoire. C'est là, à mon avis, une conclusion inacceptable. Une condition de travail ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce qu'elle peut être dis-

because it may be discriminatory. Rather, if a working condition is established as a *bona fide* occupational requirement, the consequential discrimination, if any, is permitted—or, probably more accurately—is not considered under s. 14(*a*) as being discriminatory.

It was said in *Etobicoke* that the rule under *The Ontario Human Rights Code* was non-discrimination, while the exception was discrimination. This is equally true of the *Canadian Human Rights Act*. The Tribunal was of the opinion that a liberal interpretation should be applied to the provisions prohibiting discrimination and a narrow interpretation to the exceptions. Accepting this as correct, it is nevertheless to be observed that where s. 14(*a*) applies, the subsection in the clearest and most precise terms says that where the *bona fide* occupational requirement is established, it is not a discriminatory practice. To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(*a*) a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(*a*). In my view, it was error in law for the Tribunal, having found that the *bona fide* occupational requirement existed, to exempt the appellant from its scope.

It follows from the above that I disagree with the majority of the Court of Appeal in their finding that the *Canadian Human Rights Act* extends only to intentional discrimination. I am of the view for the reasons expressed above that the Act also comprehends unintentional and adverse effect discrimination. I am, however, in agreement with the majority of the Court of Appeal that there was error in law in the Board's determination of the *bona fide* occupational requirement question and the application of s. 14(*a*). I therefore dismiss the

criminatoire. Au contraire, si on démontre qu'une condition de travail est une exigence professionnelle normale, la discrimination qui peut s'ensuivre est permise ou, sans doute plus précisément, n'est pas considérée en vertu de l'al. 14*a*) comme un acte discriminatoire.

On a dit dans l'arrêt *Etobicoke* que, selon le *Code ontarien des droits de la personne*, la non-discrimination était la règle, la discrimination étant l'exception. Cela est également vrai en ce qui concerne la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le tribunal a été d'avis qu'il fallait donner une interprétation libérale aux dispositions interdisant la discrimination et une interprétation étroite aux exceptions. Même si cela est exact, il faut néanmoins noter que, lorsqu'il s'applique, l'al. 14*a*) dit en des termes on ne peut plus clairs et précis que, lorsqu'il est démontré qu'il s'agit d'une exigence professionnelle normale, il ne s'agit pas d'un acte discriminatoire. Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14*a*), mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14*a*). À mon avis, le tribunal a commis une erreur de droit quand, après avoir constaté l'existence d'une exigence professionnelle normale, il a exempté l'appelant de son application.

Il s'ensuit que je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel à la majorité lorsqu'elle conclut que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne vise que la discrimination volontaire. Je suis d'avis, pour les motifs qui précèdent, que la Loi vise également la discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cependant, je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que la commission a commis une erreur de droit en statuant sur la question de l'exigence professionnelle normale et sur l'applica-

appeal and send the matter back to the Tribunal for resolution in accordance with these reasons.

I cannot, however, leave this case, without further reference to the case of *O'Malley*. On facts for all purposes identical to those at bar, Mrs. O'Malley has received protection from the religious discrimination against which she complained and Bhinder has not. The difference in the two cases results from the difference in the two statutes. The *Ontario Human Rights Code* in force in the *O'Malley* case prohibited religious discrimination but contained no *bona fide* occupational requirement for the employer. The *Canadian Human Rights Act* contains a similar prohibition, but in s. 14(*a*) is set out in the clearest terms the *bona fide* occupational requirement defence. As I have already said, no exercise in construction can get around the intractable words of s. 14(*a*) and Bhinder's appeal must accordingly fail. It follows as well from the foregoing that there cannot be any consideration in this case of the duty to accommodate referred to in *O'Malley* and contended for by the appellants. The duty to accommodate will arise in such a case as *O'Malley*, where there is adverse effect discrimination on the basis of religion and where there is no *bona fide* occupational requirement defence. The duty to accommodate is a duty imposed on the employer to take reasonable steps short of undue hardship to accommodate the religious practices of the employee when the employee has suffered or will suffer discrimination from a working rule or condition. The *bona fide* occupational requirement defence set out in s. 14(*a*) leaves no room for any such duty for, by its clear terms where the *bona fide* occupational requirement exists, no discriminatory practice has occurred. As framed in the *Canadian Human Rights Act*, the *bona fide* occupational requirement defence when established forecloses any duty to accommodate.

In Great Britain, similar problems arose under the provisions of the *Road Traffic Act 1972*, 1972

tion de l'al. 14*a*). Je rejette donc le pourvoi et renvoie l'affaire au tribunal pour qu'il statue sur celle-ci conformément aux présents motifs.

Je ne puis cependant terminer sans mentionner l'affaire *O'Malley*. Dans des circonstances à toutes fins identiques à celles de l'espèce, M^me^ O'Malley a obtenu protection contre la discrimination religieuse dont elle se plaignait et Bhinder ne l'a pas obtenue. La différence entre ces deux cas résulte de la différence entre les deux lois. Le *Code ontarien des droits de la personne* en vigueur dans l'affaire *O'Malley* interdisait la discrimination fondée sur la religion, mais ne comportait aucune exception d'exigence professionnelle normale au profit de l'employeur. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* comporte une interdiction similaire, mais son al. 14*a*) énonce de façon on ne peut plus claire le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale. Comme je viens de le dire, aucune méthode d'interprétation ne peut permettre de contourner les termes irréductibles de l'al. 14*a*) et le pourvoi de Bhinder doit en conséquence échouer. Il s'ensuit aussi qu'il n'y a pas lieu en l'espèce de prendre en considération l'obligation d'accommodement dont il est question dans l'affaire *O'Malley* et qu'invoquent les appelants. Il y a obligation d'accommodement dans des cas où, comme l'affaire *O'Malley*, il y a discrimination religieuse par suite d'un effet préjudiciable et où il n'y a aucun moyen de défense fondé sur une exigence professionnelle normale. L'obligation d'accommodement est l'obligation, imposée à l'employeur, de prendre des mesures raisonnables, sans que cela ne cause une contrainte excessive, pour composer avec les pratiques religieuses de l'employé qui est victime de discrimination en raison d'une règle ou condition de travail. Le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, énoncé à l'al. 14*a*), ne laisse aucune place à une obligation de ce genre car il ressort clairement de cet alinéa que, lorsqu'il existe une exigence professionnelle normale, il n'y a pas d'acte discriminatoire. Selon sa formulation dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, lorsqu'il est établi, exclut toute obligation d'accommodement.

En Grande-Bretagne, des problèmes semblables se sont posés dans le cas des dispositions de la

(U.K.), c. 20, which required the wearing of protective head gear while riding motor cycles. The position of the Sikh, who for religious reasons may not wear anything but a turban on his head, was met by the passage of the *Motor-Cycle Crash Helmet (Religious Exemption) Act, 1976*, 1976 (U.K.), c. 62, which provided in s. 1:

> 1. In section 32 of the Road Traffic Act 1972 there shall be inserted after subsection (2) the following new subsections;—
>
> "(2A) a requirement imposed by regulations under the section (whenever made) shall not apply to any follower of the Sikh religion while he is wearing a turban."

Whether a statutory change to create a similar exemption for application in the work place is desirable in Canada is not a matter for this Court, and it is my opinion that this Court may not create such an exemption judicially. I would therefore dispose of this appeal as indicated above. This is not a case for an award of costs.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. *and* LAMER J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant K.S. Bhinder: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Solicitor for the appellant Canadian Human Rights Commission: Russell G. Juriansz, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Lawrence L. Band, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the interveners Manitoba Human Rights Commission and Saskatchewan Human Rights Commission: Milton C. Woodward, Saskatoon.

Solicitor for the intervener Alberta Human Rights Commission: R. G. Philp, Edmonton.

Solicitor for the intervener Canadian Association for the Mentally Handicapped: David Baker, Toronto.

Road Traffic Act 1972, 1972 (U.K.), chap. 20, qui imposaient aux motocyclistes le port du casque protecteur. Le cas des Sikhs qui, pour des motifs religieux, ne peuvent porter autre chose qu'un turban sur la tête, a été réglé par l'adoption de la *Motor-Cycle Crash Helmet (Religious Exemption) Act, 1976*, 1976 (U.K.), chap. 62, dont l'art. 1 dispose:

> [TRADUCTION] 1. À l'article 32 de la Road Traffic Act 1972, sera inséré, après le paragraphe 2, le nouveau paragraphe suivant:—
>
> «(2A) aucune obligation imposée par règlement pris en application de cet article (à quelque moment qu'elle soit imposée) ne s'appliquera aux adhérents de la religion sikh, s'ils portent un turban.»

Il n'appartient pas à cette Cour de décider si une modification législative qui créerait une exemption similaire applicable au lieu de travail, est souhaitable au Canada, et je suis d'avis qu'elle ne saurait créer une telle exemption judiciairement. Je suis donc d'avis de statuer sur le pourvoi comme je l'ai indiqué précédemment. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en l'espèce.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON *et le juge* LAMER *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant K.S. Bhinder: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Procureur de l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne: Russell G. Juriansz, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Lawrence L. Band, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur des intervenantes la Commission des droits de la personne du Manitoba et la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan: Milton C. Woodward, Saskatoon.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta: R. G. Philp, Edmonton.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour les déficients mentaux: David Baker, Toronto.

Herman Eric Schuldt *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17810.

1985: February 20; 1985: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Courts — Appellate court jurisdiction — Jurisdiction restricted to errors of law — Acquittal set aside by appeal court and new trial ordered — Whether error of law so as to confer jurisdiction on appellate court or error of fact.

Criminal law — Attempted break and enter with intent to commit indictable offence — Acquittal set aside and new trial ordered on appeal — Appellate jurisdiction where error of law — Whether or not appellate court had jurisdiction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24(1), (2), 306(1)(a), (2)(a), 605(1)(a).

Appellant and another person fled the vicinity of an attempted break and enter on the arrival of the police. The police apprehended appellant, positively identified him, and established his presence at the scene of the attempted entry. The second individual was never caught, but the tire iron that he was carrying was located nearby and found to match the nicks and paint chips of the damaged door.

Appellant was charged with attempting to break and enter with intent to commit an indictable offence. The trial judge acquitted appellant but the Manitoba Court of Appeal, on a Crown appeal, quashed that acquittal and ordered a new trial. The prevailing issue here was whether a finding of fact could become, *per se*, an error of law conferring on the Crown a right of appeal from acquittal under s. 605(1)(*a*), and if so, when does that finding of fact became an error of law.

Held: The appeal should be allowed.

A finding as regards intention is a finding of fact. The total absence of a foundation for a finding of fact, however, is an error of law. As regards an acquittal, this may only occur if there has been a transfer to the accused by the law of the burden of proof of a given

Herman Eric Schuldt *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17810.

1985: 20 février; 1985: 17 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 MANITOBA

Tribunaux — Compétence d'une cour d'appel — Compétence limitée aux erreurs de droit — Acquittement annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — S'agit-il d'une erreur de droit conférant compétence à la Cour d'appel ou d'une erreur de fait?

Droit criminel — Tentative d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel — Acquittement annulé et nouveau procès ordonné en appel — Compétence d'une cour d'appel lorsqu'il y a erreur de droit — La Cour d'appel avait-elle compétence? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24(1), (2), 306(1)a), (2)a), 605(1)a).

À l'arrivée de la police, l'appelant et une autre personne ont fui les lieux d'une tentative d'introduction par effraction. La police a appréhendé l'appelant, l'a positivement identifié et a établi sa présence à l'endroit où s'était produite la tentative d'introduction. Le second individu n'a jamais été attrapé, mais le démonte-pneu qu'il tenait à la main a été retrouvé dans les environs et on a constaté qu'il correspondait aux entailles et aux éclats de peinture de la porte endommagée.

L'appelant a été accusé de tentative d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel. Le juge du procès l'a acquitté mais le ministère public a formé un appel devant la Cour d'appel du Manitoba qui a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès. La question principale en l'espèce est de savoir si une conclusion de fait peut constituer en soi une erreur de droit conférant au ministère public, en vertu de l'al. 605(1)*a*), le droit d'interjeter appel d'un acquittement et, dans l'affirmative, quand cette conclusion de fait devient une erreur de droit.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une conclusion relative à l'intention est une conclusion de fait. Une conclusion de fait complètement dénuée de fondement constitue toutefois une erreur de droit. Dans le cas d'un acquittement, cela ne peut se produire que si la loi a transféré à l'accusé l'obligation

fact. Absent a shifting of the burden of proof of a given fact upon the accused, there is always some evidence upon which to make a finding of fact in favour of the accused.

However wrong the Court of Appeal or this Court may think the trial judge was in reaching his conclusion in that regard, such error cannot be determined without passing judgment on the reasonableness of the verdict or the sufficiency of the evidence. These are matters upon which an appellate court has no jurisdiction on an appeal by the Crown.

It is only when the burden of proof has been shifted (as is the case for proof of intent when a person is found on premises that he or she has broken into), that it can be said, absent any evidence to the contrary, that there is no evidence upon which a reasonable doubt could exist as regards that fact, and an appeal against the ensuing acquittal raises a question of law alone conferring on the Crown a right of appeal pursuant to s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

The doubt here concerned both the accused's intent to enter the premises and his intention once inside, assuming he intended to enter. There is no onus placed on the accused as regards proof of his intent to enter. The presumption of s. 306(2) is not triggered by an attempt to enter. There is, however, no onus on the accused as regards his intent once inside as would have been the case had he been found inside. Given the presumption of innocence and the undisplaced burden of proof placed upon the Crown, there was some evidence upon which the trial judge could rest his finding and that finding, if in error, would be an error of fact, not of law.

Cases Cited

Lampard v. The Queen, [1969] S.C.R. 373; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221, applied; *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, considered; *R. v. Johnson* (1973), 11 C.C.C. (2d) 101; *St-Jean v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 1; *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1956] A.C. 14, referred to; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101; *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174, not followed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 24(1), (2), 306(1)(*a*), (2)(*a*), 605(1)(*a*).

de prouver un fait donné. À défaut d'imposer à l'accusé le fardeau de prouver un fait donné, il existe toujours des éléments de preuve sur lesquels on peut fonder une conclusion de fait favorable à l'accusé.

Quelque erronée que, de l'avis de la Cour d'appel ou de cette Cour, la conclusion du juge du procès ait pu être, on ne peut déterminer si vraiment il y a eu erreur sans juger du bien-fondé du verdict ou du caractère suffisant de la preuve. Il s'agit là de questions qui ne relèvent aucunement de la compétence d'une cour d'appel lors d'un appel du ministère public.

C'est seulement lorsque le fardeau de la preuve a été déplacé (comme dans le cas de la preuve de l'intention lorsqu'une personne est trouvée dans les locaux où elle s'est introduite par effraction), que l'on peut dire, en l'absence de toute preuve contraire, qu'il n'existe aucune preuve pouvant justifier un doute raisonnable à cet égard et qu'un appel de son acquittement soulève une question de droit seulement, conférant un droit d'appel au ministère public en vertu de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*.

En l'espèce, le doute porte aussi bien sur l'intention de l'accusé d'entrer dans les locaux que sur ce qu'il avait l'intention d'y faire, à supposer qu'il ait eu l'intention de s'y introduire. Aucune obligation n'incombe à l'accusé en ce qui concerne la preuve de son intention de s'introduire dans les locaux. Une tentative d'introduction ne déclenche pas la présomption du par. 306(2). Aucune obligation n'incombe à l'accusé en ce qui concerne la preuve de ce qu'il avait l'intention de faire une fois à l'intérieur, comme cela aurait été le cas si on l'y avait trouvé. Étant donné la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve qui continue d'incomber au ministère public, il y a des éléments de preuve sur lesquels le juge du procès pouvait fonder sa conclusion et cette conclusion, si elle était erronée, constituerait une erreur de fait et non de droit.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Lampard v. The Queen*, [1969] R.C.S. 373; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] R.C.S. 221; arrêt examiné: *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279; arrêts mentionnés: *R. v. Johnson* (1973), 11 C.C.C. (2d) 101; *St-Jean v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 1; *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1956] A.C. 14; arrêts écartés: *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101; *R. v. Lemire*, [1965] R.C.S. 174.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 24(1), (2), 306(1)*a*), (2)*a*), 605(1)*a*).

Combines Investigation Act, R.S.C. 1927, c. 26.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1952, c. 314, ss. 34(2), 41(2).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1983), 23 Man. R. (2d) 75, allowing the Crown's appeal from an acquittal entered by Ferg Co. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

Waldy Derksen, for the appellant.

Donald Melnyk, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

Introduction

The accused was charged with having attempted to break and enter a Winnipeg gun shop with intent to commit therein an indictable offence. The trial judge acquitted and, upon a Crown appeal, the Manitoba Court of Appeal quashed the acquittal and ordered a new trial. Huband J.A., dissenting, would have dismissed the appeal. The accused now comes to this Court as of right.

The prevailing issue in this appeal is: Can and when does a finding of fact become, *per se*, an error of law, thereby conferring on the Crown a right of appeal from an acquittal under s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*?

The Facts

The Court of Appeal proceeded on the summary of the facts set out in Huband J.A.'s opinion and I propose to do the same. They are as follows:

On the early morning of March 10, 1982, the back door entrance of 655 Archibald Street, a building housing the business known as Ernie's Gun Shop Ltd., was tampered with and damaged. The silent alarm in the building was triggered and two police cruisers arrived at the scene within minutes of each other. The first officers who arrived disturbed two men in the vicinity of the rear

Loi des enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1927, chap. 26.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1952, chap. 314, art. 34(2), 41(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1983), 23 Man. R. (2d) 75, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement inscrit par le juge Ferg de la Cour de comté et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Waldy Derksen, pour l'appelant.

Donald Melnyk, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

Introduction

L'accusé a été inculpé d'avoir tenté de s'introduire par effraction dans une armurerie de Winnipeg dans l'intention d'y commettre un acte criminel. Le juge du procès a prononcé l'acquittement, décision que le ministère public a porté en appel devant la Cour d'appel du Manitoba qui a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès. Le juge Huband, dissident, aurait rejeté l'appel. L'accusé s'adresse maintenant à cette Cour de plein droit.

La question principale soulevée dans ce pourvoi est la suivante: Une conclusion de fait peut-elle constituer en soi une erreur de droit de sorte que le ministère public puisse, en vertu de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*, interjeter appel d'un acquittement et, si oui, dans quelles circonstances une conclusion de fait devient-elle une erreur de droit?

Les faits

Le juge Huband a résumé les faits pour la Cour d'appel et j'adopte son résumé. En voici la teneur:

[TRADUCTION] Tôt le matin du 10 mars 1982, on a tenté de forcer la porte arrière des locaux du commerce connu sous le nom d'Ernie's Gun Shop Ltd., au 655, rue Archibald. La porte a été endommagée, mais la tentative a déclenché l'alarme silencieuse, de sorte qu'une voiture de police est arrivée sur les lieux, suivie, à quelques minutes seulement d'intervalle, d'une autre

entrance of the building. One of the men ran off in a northerly direction carrying what appeared to be a tire iron, and the second man ran off in a southerly direction, turning east toward Archibald Street. The individual with the tire iron was not apprehended, although a tire iron was located nearby the next morning. Paint chips on the tire iron were the same colour as the damaged door, and the iron itself appeared to fit into the nicks which had been created when the door was tampered with. The individual who ran off in a southerly direction was seen by police officers in a second police car, was followed by them, and ultimately apprehended. He is the accused, Schuldt.

All the police officers involved positively identified the accused, and the print of his footwear was matched with imprints in the snow around the back entrance of the gun shop. After his arrest Mr. Schuldt was interrogated by the police and made only one statement of any consequence, which was admitted in evidence. In response to a request to use the phone the investigating officers asked him what he wanted to use it for, and the accused replied, "to phone home", to which the police officer responded, "to call your brother?", to which Mr. Schuldt replied, "He's a faster runner".

Before entering upon an analysis of the trial judgment, I think it would be desirable to set out the sections that the trial judge was called upon to apply to the facts.

Section 306(1)(*a*) of the *Criminal Code* makes it an offence to "break[s] and enter[s] a place with intent to commit an indictable offence therein".

Supporting the Crown in its burden of proving the intent for breaking and entering is s. 306(2)(*a*), which enacts that:

306. ...

(2) For the purposes of proceedings under this section, evidence that an accused

(*a*) broke and entered a place is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that he broke and entered with intent to commit an indictable offence therein: ...

voiture de police. Les premiers policiers arrivés ont surpris deux hommes près de la porte arrière de l'immeuble. Les deux individus ont pris la fuite. L'un d'eux, qui tenait à la main ce qui semblait être un démonte-pneu, s'est dirigé vers le nord, tandis que l'autre s'est enfui en direction sud, puis en direction est, vers la rue Archibald. On n'a pas appréhendé l'individu muni du démonte-pneu, mais le démonte-pneu a été retrouvé dans les environs le lendemain matin. Des traces de peinture sur le démonte-pneu étaient de la même couleur que la porte endommagée et la forme du démonte-pneu semblait correspondre aux entailles créées par la tentative de forcer la porte. Quant à l'individu qui a couru en direction sud, il a été vu par les policiers de la seconde voiture de police qui l'ont suivi et ont fini par l'attraper. Il s'agit de l'accusé Schuldt.

Chacun des policiers en question a identifié formellement l'accusé et les traces de ses chaussures étaient identiques aux empreintes laissées dans la neige à l'entrée arrière de l'armurerie. À la suite de l'arrestation, la police a procédé à l'interrogatoire de M. Schuldt qui n'a dit qu'une chose qui présentait un intérêt quelconque et cette déclaration a été admise en preuve. Quand l'accusé a demandé à utiliser le téléphone, les policiers qui menaient l'interrogatoire lui ont demandé pourquoi il voulait s'en servir. L'accusé a répondu: «Pour téléphoner chez moi.» Puis un policier a demandé: «Pour téléphoner à votre frère?» À quoi M. Schuldt a répondu: «Il court plus vite.»

Avant d'entreprendre une analyse du premier jugement, je crois souhaitable de reproduire les articles que le juge du procès a dû appliquer aux faits.

Aux termes de l'al. 306(1)*a*) du *Code criminel*, commet une infraction quiconque «s'introduit en un endroit par effraction avec l'intention d'y commettre un acte criminel».

Il incombe au ministère public de prouver l'intention dans laquelle l'introduction par effraction a été commise, mais il bénéficie à cet égard de la présomption énoncée à l'al. 306(2)*a*) du *Code criminel*, dont voici le texte:

306. ...

(2) Aux fins de procédures intentées en vertu du présent article, la preuve qu'un accusé

a) s'est introduit dans un endroit par effraction, constitue, en l'absence de toute preuve contraire, une preuve qu'il s'y est introduit par effraction, avec l'intention d'y commettre un acte criminel ...

The charge being one of attempt, regard must be had to s. 24:

24. (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out his intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.

(2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.

It is common ground that what was done to the door went beyond mere preparation. It is also common ground that the presumption of s. 306(2) is not triggered by an attempt, and we are, therefore, not invited to consider whether proof of a break coupled with proof of an intent to enter would be *prima facie* proof of an intent to commit therein an indictable offence. Indeed, the Crown adopted what was said in *R. v. Johnson*, a British Columbia Court of Appeal decision, reported at (1973), 11 C.C.C. (2d) 101, (see also *St-Jean v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 1 (Que. C.A.)) Therefore, the Crown acknowledged that it had to make its case without the help of the presumption.

The Crown had to overcome three hurdles in order to establish guilt beyond a reasonable doubt:

(1) that the appellant was either directly forcing the door or, according to s. 21 of the *Criminal Code*, was a party to what was done to the door, that is, aided or abetted the other person in forcing the door, or, formed a common intention to commit in the gun shop an indictable offence in circumstances where he knew, or should have known, that the carrying out of the common intention probably required breaking and entry;

(2) that what was done to the door was done with the intent to break and enter into the gun shop, and

Puisqu'il s'agit en l'espèce d'une accusation de tentative, il faut tenir compte de l'art. 24:

24. (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but, est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

(2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction.

Il est reconnu de part et d'autre que les actes perpétrés sur la porte ne constituent pas qu'une simple préparation. Tous reconnaissent également que la présomption énoncée au par. 306(2) ne joue pas dans le cas d'une tentative. Par conséquent, nous n'avons pas à décider en l'espèce si la preuve de la perpétration d'une effraction, assortie de la preuve d'une intention de s'introduire dans les locaux, constituerait une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire de l'intention d'y commettre un acte criminel. En fait, le ministère public a fait siens les propos tenus dans l'arrêt *R. v. Johnson* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, publié à (1973), 11 C.C.C. (2d) 101, (voir aussi l'arrêt *St-Jean v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 1 (C.A. Qué.)) En conséquence, le ministère public a reconnu qu'il ne pouvait bénéficier de la présomption.

Pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable, le ministère public devait prouver:

(1) que l'appelant lui-même était en train de forcer la porte ou, suivant l'art. 21 du *Code criminel*, qu'il a participé aux actes perpétrés sur la porte, c'est-à-dire qu'il a aidé ou encouragé l'autre personne à forcer la porte, ou qu'il a formé avec cette autre personne le projet de commettre dans l'armurerie un acte criminel dans des circonstances où il savait ou aurait dû savoir que la réalisation de l'intention commune nécessiterait probablement l'introduction par effraction,

(2) que les actes perpétrés sur la porte l'ont été dans l'intention de s'introduire par effraction dans l'armurerie, et

(3) that the intended break and entry was accomplished for the further intent to commit therein an indictable offence.

The Trial Judgment

A reading of the trial judge's reasons indicates that the Crown did not get past the first step, the applicant's participation in the commencement of the breaking of the door. In his reasons he says:

Now, there is certainly no proof, and certainly it is not proved beyond a reasonable doubt, that the accused intended anything else other than to be there. Most suspicious circumstances I grant you: two accused persons or two persons in the back lane, later at night, and we know, we were told although that the silent alarm went off in the building, and there is no question that someone had been tampering with the lock, no proof that it was this accused, however. But, of course, being there of itself is not sufficient to sustain a conviction. As far as I am concerned, there must be much much more evidence of intent than simply to have been there.

This would have been sufficient to put an end to the matter and to enter an acquittal. He further found however, that there was no proof as regards the purpose of the breaking and therefore no proof as regards an intention to enter:

Now, what proof do we have as to this accused's intentions? Firstly, on the night in question what he was doing, and even if he—he must prove his intention, even if he were to get into the premises which were—which were damaged, perhaps it was only his friend's intention to get in. We had no proof that it was the accused's intention to get into the premises or to get into the gun shop, whether to steal anything or to do whatever was going to go on in there.

Obviously, absent an entry, he found no evidence as regards the ultimate purpose, namely the intent to commit an indictable offence.

The Crown appealed. Section 605(1)(*a*) of the *Criminal Code* governs appeals from acquittals:

(3) que l'introduction par effraction projetée a été réalisée dans le but de perpétrer un acte criminel dans les locaux en question.

La décision du juge du procès

Il ressort de la lecture des motifs du juge du procès que le ministère public n'a pas franchi la première étape, c'est-à-dire qu'il n'a pas établi la participation de l'accusé à la tentative de forcer la porte. Dans ses motifs de jugement, le juge affirme:

[TRADUCTION] Or, on n'a certainement pas prouvé, et surtout on n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable, que l'accusé a eu d'autre intention que celle d'être là. Certes, les circonstances étaient des plus louches: deux accusés ou plutôt deux individus dans une ruelle à une heure avancée de la nuit, et nous savons, on nous a dit, que l'alarme silencieuse a été déclenchée dans l'édifice et il ne fait pas de doute que quelqu'un avait tenté de forcer la serrure. Rien ne prouve toutefois que c'était l'accusé. Mais bien sûr, la simple présence sur les lieux ne suffit pas pour fonder une déclaration de culpabilité. À mon avis, il en faut beaucoup plus pour établir l'intention.

Cela aurait été suffisant pour mettre fin à l'affaire et inscrire un verdict d'acquittement. Cependant, le juge du procès a conclu en outre qu'il n'y avait aucune preuve quant à l'objet de l'effraction et, en conséquence, aucune preuve établissant une intention de s'introduire dans les locaux:

[TRADUCTION] Maintenant, de quels éléments de preuve disposons-nous quant aux intentions de l'accusé? Premièrement, il y a ce qu'il a fait la nuit en question. Et même si . . . il faut prouver son intention et, même s'il avait réussi à entrer dans les locaux endommagés, peut-être que ce n'était que son ami qui avait formé l'intention de s'y introduire. Il n'a pas été démontré que l'accusé a eu l'intention de s'introduire dans les locaux ou dans l'armurerie, que ce soit pour commettre un vol ou accomplir quelque autre acte que l'on s'apprêtait à y accomplir.

Évidemment, personne n'étant entré dans les locaux, il n'a conclu à l'existence d'aucun élément de preuve concernant l'objet ultime, savoir l'intention de commettre un acte criminel.

Le ministère public a interjeté appel. Les appels formés contre des acquittements sont régis par l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*, dont voici le texte:

605. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(*a*) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone

....

The Court of Appeal Judgments

The gist of the majority's (*per* Hall J. A., Monnin C.J. concurring) views of the matter were briefly but clearly expressed in the following passage in the reasons of Hall J.A.:

The facts as recited by my brother Huband are more than enough from which to find or infer that the accused, in concert with another, attempted to break and enter the gun shop with intent to commit an indictable offence. To entertain any doubt on the issue of intent is, in my opinion, not reasonable but fanciful and quite out of touch with the reality of the case. There must be a factual foundation upon which to have reasonable doubt, and it simply does not exist in the present case. It should here be noted that the accused did not testify at his trial nor did he adduce any evidence in his defence.

Applicable to this case are the remarks of Martland, J. in *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101. At pp. 111-112 he stated:

"In the *Lemire* case ([1965] S.C.R. 174, 45 C.R. 16, [1965] 4 C.C.C. 11, 51 D.L.R. (2d) 312), to which reference was made in the reasons of the Appellate Division, quoted above, it was stated, in this Court, that on an appeal from a conviction, if an appellate court allows the appeal on the ground that certain specified evidence creates a reasonable doubt as to the guilt of the accused, when, on a proper view of the law, that evidence is not capable of creating any doubt as to his guilt, there is an error of law. In my opinion, that proposition applies equally in a case in which a trial judge, in his reasons, finds that certain specified evidence creates a reasonable doubt as to the guilt of the accused, when, on a proper view of the law, that evidence is not capable of creating any doubt as to his guilt."

In the present case, I do not think the evidence is capable of creating any doubt as to the guilt of the accused.

605. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel

a) contre un jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement . . .

Les arrêts de la Cour d'appel

La substance de l'opinion de la majorité sur la question est brièvement mais clairement exprimée dans le passage suivant tiré des motifs du juge Hall auxquels le juge en chef Monnin a souscrit:

[TRADUCTION] Les faits relatés par mon collègue le juge Huband sont plus que suffisants pour conclure ou déduire que l'accusé, de concert avec une autre personne, a tenté de s'introduire par effraction dans l'armurerie dans l'intention d'y commettre un acte criminel. À mon avis, tout doute qu'on peut entretenir sur la question de l'intention n'est pas raisonnable; au contraire, il s'agit d'un doute fantaisiste et tout à fait irréaliste compte tenu des circonstances de l'affaire. Le doute raisonnable doit reposer sur des faits et, en l'espèce, ce fondement n'existe tout simplement pas. Soulignons ici que l'accusé n'a pas témoigné lors de son procès ni produit aucun élément de preuve à sa décharge.

Les observations du juge Martland dans l'arrêt *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101, sont applicables en l'espèce. Aux pages 111 et 112, il affirme ce qui suit:

«Dans l'affaire *Lemire* ([1965] R.C.S. 174, 45 C.R. 16, [1965] 4 C.C.C. 11, 51 D.L.R. (2d) 312), mentionnée dans les motifs de la Chambre d'appel que je viens de citer, cette Cour a dit que si, à l'occasion d'un appel d'une déclaration de culpabilité, le tribunal d'appel accueille celui-ci pour le motif qu'un élément précis de preuve crée un doute raisonnable sur la culpabilité du prévenu alors que, selon une interprétation correcte du droit, cet élément de preuve ne peut créer un doute raisonnable sur sa culpabilité, il y a erreur de droit. À mon avis, cette proposition s'applique également dans une affaire où le Juge de première instance indique dans ses motifs qu'il trouve qu'un élément précis de preuve crée un doute raisonnable sur la culpabilité du prévenu alors que, selon une interprétation correcte du droit, cet élément de preuve ne peut créer un doute raisonnable sur sa culpabilité.»

Dans la présente affaire, j'estime que la preuve ne peut soulever aucun doute sur la culpabilité de l'accusé.

In sum, it was unreal and unreasonable for the learned trial judge to have had a reasonable doubt about the intent of the accused, and that, as I have stated, is a misapplication of that doctrine and an error in law.

Huband J.A. in his dissenting reasons unequivocally stated that he would have convicted had he been the trial judge. Having emphasized the Crown's limited right of appeal, he then made an exhaustive and most helpful review of the cases on point. He then found that he was to be governed by this Court's decision in *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373, where it was held that an accused's state of mind was an issue of fact and that an error in that regard was not an error of law alone. Consequently, he would have disallowed the Crown's appeal.

I do not think that there was an issue made in the courts below of the question whether a finding as regards an accused's intention is or is not a finding of fact. The judgment of the majority in the Court of Appeal makes no mention of that issue but focuses on whether a finding of fact that is "unreasonable", "fanciful", or "unreal" is an error of law. In this Court, the Crown seems to take the same position. The Crown's position can be summarized in the following passage of her factum, where it is said at p. 8:

The Respondent respectfully submits that the Court of Appeal for Manitoba did not err in holding that the learned trial Judge's incorrect conclusion as to the intent of Appellant in the circumstances of this case amounted to an error of law alone. While the evidence offered in proof of a *prima facie* case in a criminal case will not necessarily result in a finding of guilt, there must be some factual foundation on which the trial Judge can properly base a finding of reasonable doubt.

This Court, in *Lampard*, *supra*, and inferentially in *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101, said that a finding as regards intention is a finding of fact, and I see no reason to reconsider that conclusion. This Court in *Wild* had also said that total absence of a foundation for a finding of fact is an error of law. I agree, but with respect, I do not

En résumé, il a été à la fois irréaliste et déraisonnable de la part du savant juge du procès de conclure qu'il y avait un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé et, comme je l'ai déjà dit, cela constitue une application fautive de ce principe et une erreur de droit.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Huband affirme clairement qu'à la place du juge du procès il aurait rendu un verdict de culpabilité. Après avoir souligné le caractère limité du droit d'appel du ministère public, il a procédé à un examen exhaustif et très utile de la jurisprudence pertinente. Puis il a conclu à l'applicabilité de l'arrêt *Lampard v. The Queen*, [1969] R.C.S. 373, dans lequel cette Cour a conclu que l'état d'esprit d'un accusé est une question de fait et qu'une erreur à cet égard ne constitue pas une erreur de droit seulement. Par conséquent, il aurait rejeté l'appel du ministère public.

Je ne crois pas que les tribunaux d'instance inférieure aient été saisis de la question de savoir si une conclusion relative à l'intention d'un accusé constitue ou non une conclusion de fait. Les motifs de la Cour d'appel à la majorité passent cette question sous silence, mais sont axés sur la question de savoir si une conclusion de fait qui est «déraisonnable», «fantaisiste» ou «irréaliste» est une erreur de droit. En cette Cour, le ministère public semble adopter la même position. On peut trouver un résumé de son point de vue dans le passage suivant tiré de la p. 8 de son mémoire:

[TRADUCTION] Avec égards, l'intimée soutient que la Cour d'appel du Manitoba n'a pas commis d'erreur en décidant que la conclusion erronée du savant juge du procès quant à l'intention de l'appelant constituait, dans les circonstances de la présente affaire, une erreur de droit seulement. Quoique la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire que l'on produit dans une affaire criminelle n'entraîne pas nécessairement une déclaration de culpabilité, il doit exister des faits sur lesquels le juge du procès peut à bon droit fonder une conclusion qu'il existe un doute raisonnable.

Dans l'arrêt *Lampard*, précité, et indirectement dans l'arrêt *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101, cette Cour a affirmé qu'une conclusion relative à l'intention est une conclusion de fait et je ne vois aucune raison de revenir là-dessus. Dans l'arrêt *Wild*, cette Cour a également dit qu'une conclusion de fait complètement sans fondement consti-

agree as to the circumstances under which a finding that there is a total absence of evidence can properly be made.

Wild was charged with criminal negligence causing death. It was alleged that he had recklessly driven a car while in a state of intoxication and caused an accident resulting in the death of the three other occupants of the car. The ground upon which the judge rested his decision to acquit was that he had had a reasonable doubt as to whether the accused was the driver of the car at the time of the accident. As quoted at pp. 104-05 the sole ground upon which the Crown appealed the verdict of acquittal was that

> The learned trial Judge misdirected himself in law in ordering an acquittal as there was no evidence on the basis of which a reasonable doubt could arise as to the respondent's guilt.

Notwithstanding the fact that all of the evidence had indicated that the accused, found pinned down behind the steering wheel, was the driver at the time of the impact, the trial judge, in his reasons for judgment, speculated as to the possibility that one of the other occupants might have been the driver, as quoted at p. 104:

> What can happen to the occupants of a vehicle which comes to such a sudden stop, is, I think, a matter for conjecture.

And, further on, he concluded that he was left in doubt as to whether the accused was the driver.

This to me was stating and applying the wrong test to the evidence and was an error of law, and for that reason I would have agreed in the result of the majority of this Court in that decision. On that point, Martland J., writing for the majority, said at p. 113:

> On the facts of this case, however, the issue to be determined was whether, in the light of the appellant's having been pinned behind the wheel, there was any rational conclusion, on the evidence, other than that the

tue une erreur de droit. Je suis d'accord, mais, avec égards, je ne suis pas d'accord quant aux circonstances dans lesquelles on peut légitimement conclure à une absence totale d'éléments de preuve.

Wild a été accusé de négligence criminelle ayant causé la mort. On lui reprochait d'avoir conduit une voiture d'une manière imprudente alors qu'il était en état d'ébriété et d'avoir provoqué un accident qui a entraîné la mort des trois autres personnes à bord de la voiture. Le juge a fondé son verdict d'acquittement sur le doute raisonnable qu'il avait entretenu au sujet de la question de savoir si c'était l'accusé qui était au volant au moment de l'accident. Tel que cité aux pp. 104 et 105, le seul moyen sur lequel s'est fondé le ministère public pour en appeler du verdict d'acquittement est que:

> [TRADUCTION] Le savant Juge de première instance a fait une erreur de droit en prononçant un acquittement, parce qu'il n'y a aucune preuve permettant de justifier un doute raisonnable sur la culpabilité de l'intimé.

Malgré le fait que tous les éléments de preuve indiquaient que l'accusé, découvert coincé derrière le volant, conduisait au moment de la collision, le juge du procès, dans ses motifs de jugement, s'est interrogé sur la possibilité que l'une des autres personnes dans la voiture ait pu être au volant, disant à ce propos pour reprendre le passage cité à la p. 104:

> [TRADUCTION] Ce qui peut arriver aux personnes dans une voiture qui subit un arrêt si soudain est, je crois, du domaine de la conjecture.

Plus loin le juge a exprimé ses doutes quant à savoir si l'accusé était au volant.

À mon sens, cela revenait à énoncer et à appliquer le mauvais critère à la preuve et constituait une erreur de droit et, pour cette raison, j'aurais été d'accord avec la conclusion de cette Cour à la majorité dans cette affaire. Sur ce point, le juge Martland, s'exprimant au nom des juges formant la majorité, affirme à la p. 113:

> D'après les faits de la présente affaire, cependant, la question qui se pose est de savoir si, du fait que l'appelant s'est trouvé coincé derrière le volant, il y a, d'après la preuve, une autre conclusion logique que celle que

appellant was the driver of the car at the time of the accident. He did not find that there was such a rational conclusion. What he did was to conjecture that the appellant might have been riding as a passenger in the back seat and, if so, might have been thrown into the front seat on impact.

and then, at p. 114:

In the result, it is my opinion hat the learned trial judge failed properly to apply the rule in *Hodge's* case to the facts before him in that he acquitted the appellant, not because he found that there was a rational conclusion on the facts inconsistent with his guilt, but because there was, in his opinion, a conjectural conclusion which he considered might be inconsistent with his guilt.

I do not take issue with this passage of his judgment. However, Martland J., at p. 111, added a reference to what he had said in *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174, as follows:

In the *Lemire* case ([1965] S.C.R. 174, 45 C.R. 16, [1965] 4 C.C.C. 11, 51 D.L.R. (2d) 312), to which reference was made in the reasons of the Appellate Division, quoted above, it was stated, in this Court, that on an appeal from a conviction, if an appellate court allows the appeal on the ground that certain specified evidence creates a reasonable doubt as to the guilt of the accused, when, on a proper view of the law, that evidence is not capable of creating any doubt as to his guilt, there is an error of law. In my opinion, that proposition applies equally in a case in which a trial judge, in his reasons, finds that certain specified evidence creates a reasonable doubt as to the guilt of the accused, when, on a proper view of the law, that evidence is not capable of creating any doubt as to his guilt.

This is the precise passage which was relied upon by the Court of Appeal in this case and argued by the Crown before this Court. *Lemire* was a case where the issue was the existence of fraudulent intent on the part of the accused who had, at the suggestion of the Attorney General, submitted false expense accounts to the government. The purpose of that suggestion was to give him a raise in pay while avoiding having to do the same for other government employees. Convicted at trial, the accused's appeal was allowed by the Court of Appeal. The Crown's appeal to this Court

l'appelant conduisait l'automobile au moment de l'accident. Il n'a pas trouvé qu'il y a une autre conclusion logique. Ce qu'il a fait a été de supposer que l'appelant pouvait avoir occupé le siège arrière et, si tel était le cas, qu'il pouvait avoir été projeté sur le siège avant au moment de la collision.

Puis, il ajoute à la p. 114:

En conséquence, je suis d'avis que le savant Juge de première instance n'a pas correctement appliqué la règle de l'affaire *Hodge* aux faits en preuve, en acquittant l'appelant, non parce qu'il a conclu qu'il y a une solution logique des faits qui est incompatible avec la culpabilité de celui-ci, mais parce qu'il y a, selon lui, une solution conjecturale qui à son avis, pourrait être incompatible avec cette culpabilité.

Je ne conteste pas ce passage de ses motifs. Toutefois, aux pp. 111 et 112, le juge Martland se réfère à ses observations dans l'arrêt *R. v. Lemire*, [1965] R.C.S. 174:

Dans l'affaire *Lemire* ([1965] R.C.S. 174, 45 C.R. 16, [1965] 4 C.C.C. 11, 51 D.L.R. (2d) 312), mentionnée dans les motifs de la Chambre d'appel que je viens de citer, cette Cour a dit que si, à l'occasion d'un appel d'une déclaration de culpabilité, le tribunal d'appel accueille celui-ci pour le motif qu'un élément précis de preuve crée un doute raisonnable sur la culpabilité du prévenu alors que, selon une interprétation correcte du droit, cet élément de preuve ne peut créer un doute raisonnable sur sa culpabilité, il y a erreur de droit. À mon avis, cette proposition s'applique également dans une affaire où le Juge de première instance indique dans ses motifs qu'il trouve qu'un élément précis de preuve crée un doute raisonnable sur la culpabilité du prévenu alors que, selon une interprétation correcte du droit, cet élément de preuve ne peut créer un doute raisonnable sur sa culpabilité.

C'est précisément sur ce passage que la Cour d'appel s'est fondée dans la présente affaire et c'est ce même passage qu'a invoqué le ministère public en cette Cour. Dans l'affaire *Lemire*, la question était de savoir s'il y avait eu intention frauduleuse de la part de l'accusé qui, sur la proposition du procureur général, avait présenté au gouvernement des faux comptes de dépenses. L'objet de cette proposition était de lui accorder une augmentation de salaire sans avoir à en faire autant pour d'autres fonctionnaires. Reconnu coupable au procès, l'accusé a obtenu gain de cause en Cour d'appel. Le pourvoi du ministère public devant cette Cour a

was allowed and the conviction restored.

Writing for the majority in *Lemire*, Martland J. stated the passage to which he subsequently referred in *Wild*, *supra*, and went on to say, at p. 194:

> These facts are not in dispute. In the reasons given in the Court below, which I have reviewed, certain inferences have been drawn from the facts in evidence, but the fundamental error which exists in each, and which is an error in law, is in holding that, on the basis of those inferences, some element in the offence was lacking.

In *Belyea and Weinraub v. The King* ([1932] S.C.R. 279), this Court considered a case in which the Appellate Division of the Supreme Court of Ontario had allowed an appeal by the Crown from an acquittal by the trial court in proceedings by indictment. The right of appeal to the Appellate Division was limited, as is the appellant's right to appeal to this Court in the present case, to questions of law. It was contended by the appellants in that case that the issues before the Appellate Division did not involve a question of law alone. Chief Justice Anglin, who delivered the judgment of the Court, said at p. 296:

> "The right of appeal by the Attorney-General, conferred by s. 1013(4), *Cr. C.*, as enacted by c. 11, s. 28, of the Statutes of Canada, 1930, is, no doubt, confined to "questions of law". That implies, if it means anything at all, that there can be no attack by him in the Appellate Divisional Court on the correctness of any of the findings of fact. But we cannot regard that provision as excluding the right of the Appellate Divisional Court, where a conclusion of mixed law and fact, such as is the guilt or innocence of the accused, depends, as it does here, upon the legal effect of certain findings of fact made by the judge or the jury, as the case may be, to enquire into the soundness of that conclusion, since we cannot regard it as anything else but a question of law,—especially where, as here, it is a clear result of misdirection of himself in law by the learned trial judge."

In my opinion, the guilt of the respondent in the present appeal depends upon the legal effect of facts found, or inferred, in the Court below. This raises questions of law in respect of which, for the reasons already stated, I think there was error. There is no ground not involving such questions upon which

été accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie.

Le juge Martland, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'affaire *Lemire*, a rédigé le passage dont il a par la suite fait mention dans l'arrêt *Wild*, précité, puis a écrit à la p. 194:

> [TRADUCTION] Ces faits ne font l'objet d'aucune contestation. Dans les motifs de la Cour d'appel que j'ai étudiés, certaines conclusions ont été tirées des faits soumis en preuve, mais l'erreur fondamentale dans chaque cas, et il s'agit d'une erreur de droit, a été de décider, à partir de ces conclusions, qu'il manquait quelque élément de l'infraction.

Dans l'arrêt *Belyea and Weinraub v. The King* ([1932] R.C.S. 279), cette Cour a étudié une affaire où la Chambre d'appel de la Cour suprême de l'Ontario avait accueilli un appel formé par le ministère public contre un acquittement prononcé au procès dans le cadre d'une procédure par voie d'acte d'accusation. Le droit d'appel devant la Chambre d'appel se limitait à des questions de droit, comme c'est le cas du droit de l'appelant de se pourvoir devant cette Cour en l'espèce. Dans cette affaire, les appelants ont fait valoir que les questions soulevées en Chambre d'appel n'étaient pas des questions de droit seulement. Le juge en chef Anglin, qui a rédigé les motifs de la Cour, dit à la p. 296:

> «Le droit d'appel donné au procureur général par l'art. 1013(4) du *Code criminel*, ajouté par le chap. 11, art. 28, S.C. 1930, se limite sans doute aux «questions de droit». Cela implique, si ce droit doit signifier quelque chose, que le procureur général ne peut contester, à la Chambre d'appel, l'exactitude des conclusions sur les faits. Nous ne pouvons cependant considérer que cette disposition prive la Chambre d'appel du droit de vérifier le bien-fondé d'une décision sur une question mixte de droit et de fait, comme la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé, si cette décision dépend, comme c'est le cas ici, de la portée, en droit, de certaines conclusions de fait du juge ou du jury, selon le cas, puisque nous ne pouvons pas considérer cette décision autrement que comme une question de droit, spécialement si, comme dans le cas présent, elle résulte clairement d'une erreur en droit de la part du savant juge de première instance.»

À mon avis, la culpabilité de l'intimé dans le présent appel dépend de l'effet juridique des faits constatés, ou inférés, par les cours d'instance inférieure. Cela engendre des questions de droit au sujet desquelles, pour les motifs déjà exposés, je crois qu'il y a eu erreur. Il n'y a aucun motif ne comportant pas semblables questions qui

Lemire's appeal could have been allowed. There was, therefore, a right of appeal to this Court and the appeal should succeed.

(Emphasis added.)

His reliance on *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, requires an examination of that case. Belyea had been acquitted at trial of a conspiracy to commit an offence under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, on the basis that "there [was] not sufficient evidence that the appellants participated in, or were privy to, the subsequent admittedly illegal acts of the Windsor group ...." (p. 292)

As quoted by Anglin C.J. at p. 294, the Court of Appeal entered a conviction on the grounds that "the error in law into which the learned judge fell was in not distinguishing between the conspiracy itself and overt acts which, while not themselves the conspiracy, were evidence of the existence of the conspiracy."

In my view, Chief Justice Anglin's remarks, cited above, relied upon by Martland J. in *Lemire*, *supra*, and subsequently in *Wild*, *supra*, were in answer to, and must be understood with that context in mind, what the Chief Justice reports had been argued by Belyea at p. 295:

If sitting as a jury, we should have no hesitation in finding that the illegal acts done at Windsor were a result intended by the defendants and their fellow conspirators when they formed the organizations found to have been a combine and a conspiracy. But we do not proceed on this ground, since to do so would involve making a finding of fact contrary to a finding of the trial judge.

Counsel for the appellants argued at considerable length that the Appellate Division had exceeded its jurisdiction in this case because it reversed the trial judge on what counsel called a finding of fact, i.e., the innocence of the accused of participation in the formation of an illegal combine and of conspiracy within s. 498, *Cr. C.* This, it seems to us, involves a clear misconception of the true question in issue.

aurait pu servir de fondement pour accueillir l'appel de Lemire. Il y avait donc un droit d'appel à cette Cour et l'appel devrait être accueilli.

(C'est moi qui souligne.)

Le fait que le juge Martland l'ait invoqué nous oblige à examiner l'arrêt *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279. À son procès pour complot en vue de commettre une infraction à la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, chap. 26, Belyea avait été acquitté pour le motif que [TRADUCTION] «il n'y [avait] pas suffisamment de preuves pour justifier une conclusion que les appelants ont participé aux actes manifestement illégaux du groupe de Windsor ou qu'ils étaient au courant de ceux-ci ...» (p. 292)

Comme le rapporte le juge en chef Anglin, à la p. 294, la Cour d'appel a inscrit une déclaration de culpabilité pour le motif que [TRADUCTION] «l'erreur de droit commise par le savant juge a été de ne pas faire de distinction entre le complot lui-même et les actes manifestes qui, bien que ne constituant pas en soi le complot, prouvaient son existence.»

Selon moi, les observations précitées du juge en chef Anglin que le juge Martland a invoquées dans l'arrêt *Lemire*, précité, et, plus tard, dans l'arrêt *Wild*, précité, étaient une réponse aux arguments qui, d'après le Juge en chef, avaient été avancés par Belyea, et on doit les interpréter en ayant cela à l'esprit (à la p. 295):

[TRADUCTION] Si nous étions un jury, nous ne devrions pas hésiter à conclure que les actes illégaux commis à Windsor sont la conséquence voulue par les défendeurs et leurs complices lors de la formation des organismes que l'on a jugés avoir constitué les instruments d'une coalition et d'un complot. Mais nous ne procédons pas ainsi parce que, si nous le faisions, nous aurions à tirer une conclusion de fait qui contredirait une conclusion du juge du procès.

L'avocat des appelants a fait valoir longuement l'argument que la Chambre d'appel a outrepassé sa compétence en l'espèce en rejetant ce que l'avocat a appelé une conclusion de fait du juge du procès, c.-à-d. que les accusés n'étaient coupables ni de participation à la formation d'une coalition illégale ni de complot au sens de l'art. 498 du *Code criminel*. Cela révèle, nous semble-t-il, une méconnaissance manifeste de la véritable question en litige.

Having determined that the formation of the various organizations in question amounted to the formation of an illegal combine, and to a conspiracy within s. 498, *Cr. C.*, the learned judge proceeded to deal with the questions as to who had incurred criminal responsibility. He convicted Singer, Paddon and Ward on evidence which, in our opinion, clearly implicated Belyea and Weinraub, in much the same manner in which Singer and his companions were involved, in the formation of the combine and conspiracy in question. He fell into error, however, when he proceeded to find that it was essential to a finding of guilt of the accused, that they should be held to have had actual knowledge of, or to have actually participated in, the overt acts at Windsor.

(Emphasis added.)

It is amply clear to me that the gist of the Court's reasons for finding an error of law is summarized in the last sentence that I have quoted and underlined. There was in that case, in my respectful view, an error of law.

Therefore, it is with the greatest of deference for the contrary view that I cannot find in *Belyea*, as Martland J. did, support for the basis upon which he decided the *Lemire* and the *Wild* appeals. I do agree with him, however, that a finding of fact that is made in the absence of any supportive evidence is an error of law. I must say, however, that that will happen as regards an acquittal only if there has been a transfer to the accused by law of the burden of proof of a given fact.

The footing for this statement is to be found in the dissenting reasons of Spence J. in this Court's decision in *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221, and then Cartwright C.J.'s reasons when writing for the majority of the Court in *Lampard, supra.*

Sunbeam Corporation was charged in Ontario under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 314, on four counts of attempting to require or induce the maintenance of a resale price contrary to s. 34(2) of that Act. As a result of appeals and cross appeals in the Court of Appeal and the abandonment by the accused at the hearing in the Court of Appeal of their appeal on

Ayant conclu que la formation des différents organismes en question équivalait à la formation d'une coalition illégale et à un complot au sens de l'art. 498 du *Code criminel*, le savant juge s'est alors penché sur la question de la responsabilité criminelle. Il a déclaré coupables Singer, Paddon et Ward, et ce, sur la foi d'éléments de preuve qui, selon nous, établissent clairement que Belyea et Weinraub ont participé, presque de la même manière que Singer et ses compagnons, à la formation de la coalition et du complot en question. Toutefois, le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que pour déclarer les accusés coupables il fallait qu'ils aient été réellement au courant des actes manifestes commis à Windsor ou qu'ils y aient vraiment participé.

(C'est moi qui souligne.)

Il est très clair dans mon esprit que la phrase soulignée résume les motifs qui ont amené la Cour à conclure à l'existence d'une erreur de droit. J'estime qu'une erreur de droit a été commise dans cette affaire.

Avec les plus grands égards pour les tenants du point de vue contraire, je me vois donc dans l'impossibilité de conclure, comme l'a fait le juge Martland, que sa façon de trancher les pourvois dans les affaires *Lemire* et *Wild* est appuyée par l'arrêt *Belyea*. Je suis toutefois d'accord avec lui pour dire qu'une conclusion de fait qui n'est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit. Cela dit, je m'empresse d'ajouter que, dans le cas d'un acquittement, cela ne se produira que si la loi a transféré à l'accusé l'obligation de prouver un fait donné.

Le fondement de cette opinion se trouve dans les motifs de dissidence rédigés par le juge Spence de cette Cour dans l'affaire *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] R.C.S. 221, et ensuite dans les motifs que le juge en chef Cartwright a rédigés au nom de cette Cour à la majorité dans l'affaire *Lampard*, précitée.

Quatre chefs d'accusation portés en Ontario inculpaient la société Sunbeam d'avoir tenté d'astreindre ou d'engager une autre personne à revendre à un prix fixe, contrairement au par. 34(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1952, chap. 314. Il y a eu des appels et des appels incidents en Cour d'appel. À l'audience en Cour d'appel, l'accusée s'est désistée de son appel

counts 1 and 2, the Court of Appeal heard and allowed the Crown's appeal on counts 3 and 4, and entered a conviction. The Corporation then appealed to this Court. Sunbeam took the position in the Ontario Court of Appeal and in this Court that the Crown's appeal was not on a question of law alone, but at best on a mixed question of law and fact and that upon such ground there lay no appeal. The prosecution's burden of proving its case was assisted by a presumption (s. 41(2) of the Act) to the effect that certain documents, when proved to have been in the possession of the accused, were (1) *prima facie* evidence that the accused had knowledge of the documents and their contents, and (2) that anything recorded therein as having been done was done by its agent with the authority of the accused.

The Crown's case relied upon certain admissions and on the production of documents found under circumstances which triggered the presumption. The accused Corporation's defence was put forward by two witnesses. Neither addressed the aforementioned documents and their testimony did not in any way attempt to rebut the *prima facie* evidence of the knowledge of the accused, nor of the authority of its agent to act as he did.

Spence J. (Judson and Pigeon JJ. concurring) in his dissenting reasons found that the statutory provision had the effect of turning into a question of law alone what would otherwise have been a finding of fact, at pp. 254-56:

It is contended that even if the evidence is found to be sufficient to support a conviction, the further question of whether the guilt of the accused should be inferred from that evidence is a question of fact and reference is made to *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 296, 66 C.C.C. 240, [1936] 3 D.L.R. 463, and *Rose v. The Queen*, [1959] S.C.R. 441, 31 C.R. 27, 123 C.C.C. 175. Those were cases in which facts necessary to establish the guilt

relatif aux premier et deuxième chefs. Restaient donc les troisième et quatrième chefs qui faisaient l'objet d'un appel interjeté par le ministère public. La Cour d'appel a accueilli cet appel et a inscrit une déclaration de culpabilité relativement aux deux derniers chefs. La société s'est alors pourvue devant cette Cour où elle a fait valoir, comme elle l'avait fait en Cour d'appel de l'Ontario, que l'appel du ministère public ne soulevait pas une question de droit seulement mais, tout au plus, une question mixte de droit et de fait et qu'une telle question ne peut fonder un appel. La poursuite bénéficiait d'une présomption (par. 41(2) de la Loi) selon laquelle, s'il était prouvé que certains documents avaient été en la possession de l'accusée, ces documents constituaient une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire que (1) l'accusée avait eu connaissance des documents et de leur contenu et (2) que tout acte qui, d'après lesdits documents, avait été accompli l'avait été par le mandataire de l'accusée avec l'autorisation de cette dernière.

La preuve du ministère public reposait sur certains aveux et sur des documents découverts dans des circonstances qui entraînaient l'application de la présomption. La défense de la société accusée fut présentée par deux témoins. Ni l'un ni l'autre n'a parlé des documents susmentionnés et, dans leur témoignage, ils n'ont fait aucune tentative de réfuter la preuve, suffisante jusqu'à preuve contraire, de la connaissance de l'accusée ou de l'autorisation qu'avait son mandataire d'agir comme il l'avait fait.

Le juge Spence (à l'avis duquel ont souscrit les juges Judson et Pigeon) a rédigé des motifs de dissidence dans lesquels il a conclu que la disposition législative avait pour effet de transformer en question de droit seulement ce qui, par ailleurs, aurait constitué une conclusion de fait. Voici ce qu'il dit, aux pp. 254 à 256:

[TRADUCTION] On prétend que, même si la preuve est jugée suffisante pour fonder une déclaration de culpabilité, la question supplémentaire de savoir si une conclusion à la culpabilité de l'accusée doit découler de cette preuve est une question de fait. À l'appui de cet argument, on invoque les arrêts *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 296, 66 C.C.C. 240, [1936] 3 D.L.R. 463, et *Rose v. The Queen*, [1959] R.C.S. 441, 31 C.R. 27, 123

of the accused had to be inferred, in the first, from circumstantial evidence, in the other, from other proven facts. In neither case was there a statutory provision enacting that the proven facts would constitute *prima facie* evidence of the other facts required to establish the guilt of the accused and, therefore, the making or not making of an inference was not a question of law alone although it might be unreasonable. However, when there is, as in this case, a statutory presumption to be applied, once the facts necessary to give rise to it are found by the trial judge to be established beyond reasonable doubt, the question whether the inference should be made is no longer anything but a question of law alone: the statute does not provide that the facts to be inferred *may* be deemed to exist but that they *shall* be. To say that such evidence does not bear the quality of certainty that ought to exist in the case of a criminal charge is to ignore or contradict the statute and is, therefore, an error in law and nothing else.

As against this, it is contended that the legal presumption is not a presumption of guilt but a presumption of some facts and that the trier of the facts has to weigh the evidence before reaching a final conclusion.

In *Rose v. The Queen, supra*, Tashereau J., as he then was, said at p. 443:

> "The trial judge sitting without a jury was fulfilling a dual capacity. He had, therefore, to discharge the duties attached to the functions of a judge, and also the duties of a jury. As a judge he had to direct himself as to whether any facts had been established by evidence from which criminal negligence may be reasonably inferred. As a jury he had to say whether, from those facts submitted, *criminal negligence ought to be inferred. Metropolitan Railway Co. v. Jackson*, (1877), 3 App. Cas. 193 at 197; *King v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172 at 174. I think that the trial judge directed himself properly, and that when he decided on the facts submitted to him that criminal negligence *ought not to be inferred*, he was fulfilling the functions of a jury *on a question of fact*."

However, in that case, the trial judge in coming to his decision that the accused should have been acquitted was performing a function of weighing the evidence. The charge was one of causing death by the operation of a motor vehicle, and the evidence dealt with the conduct of the accused in driving his automobile against a red traffic signal. The learned trial judge found that the

C.C.C. 175. Dans le premier de ces arrêts les faits nécessaires pour établir la culpabilité de l'accusé ont dû être inférés d'une preuve circonstancielle et, dans le second, de certains autres faits prouvés. Dans ni l'un ni l'autre cas il n'existait de disposition législative portant que les faits prouvés constitueraient une preuve, suffisante jusqu'à preuve contraire, des autres faits nécessaires pour établir la culpabilité de l'accusé; par conséquent, le fait de tirer une conclusion ou de ne pas en tirer n'était pas une question de droit seulement, bien que cela pourrait être déraisonnable. Toutefois, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il y a une présomption légale à appliquer, dès que le juge du procès conclut qu'on a établi hors de tout doute raisonnable les faits nécessaires pour entraîner l'application de cette présomption, la question de savoir si la conclusion doit être tirée n'est plus qu'une question de droit seulement: la loi porte non pas que les faits inférés *peuvent* être considérés comme réels, mais qu'ils le *sont*. Dire qu'une preuve de ce genre n'a pas la certitude qui doit exister dans le cas d'une accusation criminelle revient à ignorer la loi ou à la contredire, ce qui ne constitue rien d'autre qu'une erreur de droit.

D'un autre côté, on soutient que la présomption légale ne porte pas sur la culpabilité, mais sur certains faits et qu'il incombe au juge des faits d'apprécier la preuve avant d'en arriver à une conclusion définitive.

Dans l'arrêt *Rose v. The Queen*, précité, le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, affirme à la p. 443:

> «Le juge du procès siégeant sans jury cumulait deux fonctions. Il devait donc s'acquitter de ses obligations de juge tout en remplissant la tâche d'un jury. En tant que juge il a dû se demander si la preuve établissait des faits qui pouvaient permettre raisonnablement de conclure à la négligence criminelle. En tant que jury il avait à dire si, compte tenu des faits soumis, *il fallait conclure à la négligence criminelle*: *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193, à la p. 197; *King v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, à la p. 174. Pour ma part, j'estime que le juge du procès n'a pas commis d'erreur et que, quand il a décidé sur la foi des faits qu'on lui avait présentés qu'*il ne fallait pas conclure* à la négligence criminelle, il remplissait les fonctions d'un jury *relativement à une question de fait*.»

Toutefois, en décidant dans cette affaire que l'accusé aurait dû être acquitté, le juge du procès a exercé sa fonction d'appréciation de la preuve. L'acte d'accusation reprochait à l'accusé d'avoir causé la mort en conduisant une automobile et la preuve portait sur le fait que l'accusé avait brûlé un feu rouge. Le savant juge du procès a conclu que l'accusé n'avait pas été assez atten-

accused was not keeping a proper lookout but that his speed was not above the normal at the intersection and reached the conclusion that the accused had not seen the red light. The trial judge, weighing those facts, came to the conclusion that they did not show the wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons required for conviction of the offence charged. Therefore, the learned trial judge had evidence one way and the other way to weigh and a conclusion to arrive at as a result of that weighing whether such conduct showed the standard of negligence required by the provisions of the *Criminal Code*. In the present case, the learned trial judge had no such task of weighing. There was no evidence contra; there was nothing which needed to be inferred beyond the inference required by the section of the statute. There was a simple admission established as prima facie evidence by the provisions of s. 41 of the *Combines Investigation Act* that the accused through its agent had attempted to induce these persons to sell at not less than the specified minimum price. I am, therefore, of the opinion that the enunciation of the varying duties of the judge and jury as set out above with which, with respect, I agree, do not apply in the present case to make the learned trial judge's acquittal of the accused a mere matter of fact.

(Emphasis added.)

Ritchie J. wrote for the majority (Cartwright C.J., Fauteux and Martland JJ. concurring). The following passage at pp. 234-35 summarizes the approach adopted by the majority:

> In the present case the trial judge accepted the evidence as contained in the letters above referred to and thus gave full effect to s. 41(2) of the *Combines Investigation Act*, but he concluded that this evidence was not sufficient to satisfy him beyond a reasonable doubt that the accused were guilty on the 3rd and 4th counts. However wrong the Court of Appeal or this Court may think that he was in reaching this conclusion, I am of opinion, with all respect for those who hold a different view, that this error cannot be determined without passing judgment on the reasonableness of the verdict or the sufficiency of the evidence, and in my view these are not matters over which the Court of Appeal has jurisdiction under s. 584(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

Shortly thereafter the *Lampard* decision was rendered. *Lampard* is a case where the finding of

tif, mais qu'il roulait à une vitesse qui ne dépassait pas la normale à ce carrefour et qu'il n'avait pas vu le feu rouge. Appréciant ces faits, le juge du procès a conclu qu'ils ne démontraient pas une insouciance déréglée et téméraire pour la vie ou la sécurité d'autrui nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité de l'infraction imputée. Le savant juge du procès avait donc à apprécier des preuves appuyant deux thèses différentes et il lui incombait, à la suite de cette appréciation, de décider si la conduite en question correspondait à la norme de négligence requise par les dispositions du *Code criminel*. Or, dans la présente affaire, le savant juge du procès n'avait pas à entreprendre une telle appréciation. La preuve n'était pas contradictoire; aucune inférence n'était nécessaire, si ce n'est celle exigée par l'article pertinent de la Loi. Il y avait un simple aveu constituant, aux termes de l'art. 41 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, une preuve, suffisante jusqu'à preuve contraire, que l'accusée, par l'intermédiaire de son mandataire, avait tenté d'encourager ces personnes à vendre à un prix non inférieur au prix minimum spécifié. Avec égards, je suis d'accord avec l'énoncé, précédemment reproduit, des diverses fonctions du juge et du jury; je suis toutefois d'avis que cet énoncé ne s'applique pas en l'espèce de manière à faire de l'acquittement de l'accusée par le savant juge du procès une simple question de fait.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Ritchie a rédigé les motifs de la Cour à la majorité (auxquels ont souscrit le juge en chef Cartwright et les juges Fauteux et Martland). Le passage suivant, tiré des pp. 234 et 235, résume le point de vue adopté par la Cour à la majorité:

> [TRADUCTION] Dans la présente affaire, le juge du procès a retenu la preuve contenue dans les lettres susmentionnées. Ainsi, il a appliqué intégralement le par. 41(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, mais a conclu que cette preuve ne suffisait pas pour le convaincre hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusée relativement aux troisième et quatrième chefs d'accusation. Quelque erronée que, de l'avis de la Cour d'appel ou de cette Cour, cette conclusion ait pu être, j'estime, avec égards pour ceux qui ne partagent pas cette opinion, qu'on ne peut déterminer s'il y a vraiment eu erreur sans se prononcer sur le caractère raisonnable du verdict ou sur le caractère suffisant de la preuve et, selon moi, il ne s'agit pas là de questions qui relèvent de la compétence conférée à la Cour d'appel par l'al. 584(1)*a*) du *Code criminel*.

L'arrêt *Lampard* a été rendu peu après. Dans l'arrêt *Lampard*, la conclusion de fait se rapportait

fact was in relation to the intent with which Lampard had done certain acts. It is in that case that this Court conclusively decided that a person's intention is a question of fact. There was no onus placed upon the accused as regards proof of his intention.

Cartwright C.J., for the majority, said at pp. 380-81 that the applicable principles are to be found in Ritchie J.'s reasons in *Sunbeam*:

> When the onus of establishing a certain fact lies upon a party it may be a question of law whether there is any evidence (as distinguished from sufficient evidence) to prove that fact. In the case at bar the onus was, of course, upon the Crown to prove that the appellant did the acts complained of with the guilty intention specified in the section. If the learned trial Judge erred in finding that that onus had not been satisfied, his error was one of fact, certainly not one of law in the strict sense. The applicable principles are clearly set out in the reasons of my brother Ritchie giving the judgment of the majority of this Court in the *Sunbeam* case, *supra*, and it is not necessary to repeat them.

Ritchie J., in *Sunbeam*, commenting on a judgment of the House of Lords in *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1956] A.C. 14, which had been relied upon by the Court of Appeal in that case had said, at pp. 236-38:

> I am satisfied, after having read the reasons for judgment of Lord Radcliffe, that the *Bairstow* case was one in which the court was required to decide whether the facts found by the Commissioners were such as to bring the taxpayer within the language employed in s. 237 of the English *Income Tax Act*, 1918, and that the question of law upon which the House of Lords decided that case was "what is the meaning to be given to the words of the *Income Tax Act* of 'trade, manufacture, adventure or concern in the nature of trade' "? I must say, with all respect, that that case does not appear to me to afford any authority for the proposition that in an appeal against a judgment of acquittal under s. 584(1)(*a*) of the *Criminal Code* "a question of law alone" is involved whenever a reviewing court is of opinion that the finding of the trial judge was unreasonable and improper having regard to the evidence.

à l'intention dans laquelle Lampard avait accompli certains actes. C'est dans cet arrêt que cette Cour a établi d'une manière définitive que l'intention d'une personne est une question de fait. Il n'incombait pas à l'accusé de prouver son intention.

Le juge en chef Cartwright, au nom de la Cour à la majorité, affirme, aux pp. 380 et 381, que les principes à appliquer se trouvent énoncés dans les motifs rédigés par le juge Ritchie dans l'affaire *Sunbeam*:

> [TRADUCTION] Quand le fardeau de la preuve d'un fait particulier incombe à l'une des parties, ce peut être une question de droit de savoir s'il y a absence de preuve (ce qui diffère de savoir si la preuve est suffisante) pour établir ce fait. Dans la présente affaire, il incombe bien sûr à la poursuite de prouver que l'appelant a commis les actes qu'on lui impute, et ce, avec l'intention coupable exigée par l'article. Si le savant Juge de première instance s'est trompé en jugeant que la poursuite n'a pas rempli cette obligation, son erreur en est une sur les faits, mais certainement pas une erreur de droit, au sens strict. Les principes à appliquer sont clairement énoncés dans les motifs que mon collègue le Juge Ritchie a rédigés au nom de la majorité en cette Cour dans l'affaire *Sunbeam* (précitée) et il n'est pas nécessaire de les répéter.

Dans l'arrêt *Sunbeam*, le juge Ritchie, commentant l'arrêt de la Chambre des lords *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1956] A.C. 14, sur lequel s'était fondée la Cour d'appel dans l'affaire *Sunbeam*, écrit aux pp. 236 à 238:

> [TRADUCTION] Ayant lu les motifs de jugement de lord Radcliffe, je suis convaincu que, dans l'arrêt *Bairstow*, la cour avait à décider si les faits constatés par les commissaires étaient de nature à rendre applicables au contribuable les dispositions de l'art. 237 de l'*Income Tax Act*, 1918, d'Angleterre, et que la question de droit tranchée par la Chambre des lords dans cette affaire était la suivante: «Quel sens faut-il donner à l'expression «échange, manufacture, commerce ou entreprise de la nature d'un échange» employée dans l'*Income Tax Act*?» Je dois dire, avec égards, que cet arrêt ne me paraît pas appuyer la proposition suivant laquelle, dans l'appel d'un verdict d'acquittement interjeté en vertu de l'al. 584(1)*a*) du *Code criminel*, il s'agit d'une «question de droit seulement» chaque fois que le tribunal d'appel estime que la conclusion du juge du procès est déraisonnable et mal fondée compte tenu de la preuve.

If the phrase "a question of law alone" as it occurs in that section were to be so construed, then the result in my opinion would be not only to extend the Attorney General's right to appeal under that section, but also to enlarge the meaning of the phrase "a question of law" as it occurs in other sections of the *Criminal Code* dealing with appeals not only to the Court of Appeal but to this Court. In my opinion such an interpretation could result in a broadening of the scope of appellate jurisdiction under the *Criminal Code* beyond the limitations which are stipulated in the express language of the Code itself.

The provisions of s. 592(1)(*a*) of the Code provide that:

> 592. (1) On the hearing of an appeal against a conviction, the court of appeal
>
> (*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that
>
> (i) the verdict should be set aside on the ground that it is *unreasonable or cannot be supported by the evidence.*
>
> (ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or
>
> (iii) on any ground there was a miscarriage of justice; . . .

The italics are my own.

Parliament has thus conferred jurisdiction on the Court of Appeal to allow an appeal against a conviction on three separate grounds, one of which is the very ground upon which the Court of Appeal allowed the present appeal, i.e., that "the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". The fact that s. 592(1)(*a*) recognizes this ground as being separate and distinct from "the ground of a wrong decision on a question of law" appears to me to be the best kind of evidence of the fact that Parliament did not intend the phrase "a question of law" as it is used in the Code to include the question of whether the verdict at trial was unreasonable or could not be supported by the evidence. It is noteworthy that having accorded the Court of Appeal jurisdiction to hear appeals against conviction on the ground that the verdict was unreasonable, Parliament did not confer the same jurisdiction on that Court in appeals by the Crown. No authority is needed for the proposition that appellate jurisdiction must be expressly conferred and with all respect for those who may hold a different view, I am of opinion that the Court of Appeal has exceeded its jurisdiction by allowing this appeal on a

Si l'expression «une question de droit seulement» qui figure dans cet alinéa devait être interprétée ainsi, elle aurait pour effet, à mon avis, non seulement de donner plus d'ampleur au droit du procureur général d'interjeter appel en vertu dudit alinéa, mais aussi d'élargir le sens de l'expression «une question de droit» employée dans d'autres articles du *Code criminel* relatifs aux appels non seulement devant la Cour d'appel, mais aussi devant cette Cour. Selon moi, pareille interprétation risquerait d'étendre au-delà des restrictions expressément prévues par le *Code criminel* lui-même l'étendue de la compétence d'appel conférée par le Code.

L'alinéa 592(1)*a*) du Code est ainsi conçu:

> 592. (1) Lors de l'audition d'un appel porté contre une condamnation, la cour d'appel
>
> *a*) peut admettre l'appel, si elle est d'avis
>
> (i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est *déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve*;
>
> (ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit; ou
>
> (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire . . .

Les italiques sont de moi.

Le législateur a donc prévu trois motifs distincts sur lesquels une cour d'appel peut se fonder pour accueillir l'appel d'une déclaration de culpabilité. Parmi ces motifs figure celui-là même qu'a retenu la Cour d'appel dans la présente affaire, savoir que «le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». Le fait que l'al. 592(1)*a*) reconnaît que ce motif est séparé et distinct du «motif [que le jugement] constitue une décision erronée sur une question de droit» me paraît prouver d'une manière incontestable que le législateur n'a pas voulu que l'expression «une question de droit» employée dans le Code englobe la question de savoir si le verdict rendu au procès était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve. Soulignons qu'ayant accordé à la cour d'appel compétence pour entendre les appels d'une déclaration de culpabilité pour le motif qu'il s'agit d'un verdict déraisonnable, le législateur ne lui a pas attribué cette même compétence à l'égard d'appels formés par le ministère public. Il est constant que la compétence d'appel doit être conférée expressément et, avec égards pour ceux qui peuvent être d'un autre avis, j'estime que la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en accueil-

ground reserved for appeals against conviction which does not extend to appeals by the Attorney General.

With those principles in mind, Cartwright C.J. went on to say, in *Lampard*, *supra*, at p. 381:

> In a criminal case (except in the rare cases in which a statutory provision places an onus upon the accused) it can sometimes be said as a matter of law that there is no evidence on which the Court can convict but never that there is no evidence on which it can acquit; there is always the rebuttable presumption of innocence.

(Emphasis added.)

This passage, and the reference to the occasional displacement of the onus onto the shoulders of the accused as an exception, is in my view an adoption by Cartwright C.J. of the principles set out by Ritchie J. in *Sunbeam* (in which he had in any event concurred), but qualified by the exception upon which Spence J. and the minority relied in their dissenting reasons. In other words, absent a shifting of the burden of proof upon the accused there is always some evidence upon which to make a finding of fact favourable to the accused, and such a finding, if in error, is an error of fact. But when the burden of proof has been shifted (as is the case for proof of intent when a person is found in a place which he or she has broken into), it can be said, absent any evidence to the contrary, that there is no evidence upon which a reasonable doubt could exist as regards the intent of the accused, and an appeal against the ensuing acquittal raises a question of law alone.

I agree with Cartwright C.J.'s reading of the majority and the minority in *Sunbeam* and, clear as it is, should surely not try to improve upon it. Might I add that if and to the extent that our judgment in *Wild* is taken as detracting from that statement of the law, the views of Cartwright C.J. in *Lampard*, are, in my respectful view, the proper exposition of the law.

lant l'appel pour un motif réservé aux appels d'une déclaration de culpabilité, qui ne saurait être invoqué dans le cas d'un appel par le procureur général.

Ayant ces principes à l'esprit, le juge en chef Cartwright ajoute à la p. 381 de l'arrêt *Lampard*, précité:

> [TRADUCTION] Dans une affaire criminelle (sauf dans les rares cas où une disposition législative impose le fardeau de la preuve à l'accusé), on peut parfois dire en droit qu'il y a absence de preuve qui puisse permettre au tribunal de déclarer le prévenu coupable, mais on ne peut jamais dire qu'il y a absence de preuve qui lui permette de l'acquitter. Il y a toujours la présomption de non-culpabilité qui doit être réfutée.

(C'est moi qui souligne.)

Ce passage et la mention du fait que le fardeau de la preuve peut parfois incomber à l'accusé constituent, à mon avis, une adoption, par le juge en chef Cartwright, des principes énoncés par le juge Ritchie dans l'arrêt *Sunbeam* (aux motifs duquel il avait de toute façon souscrit), sous réserve toutefois de l'exception invoquée par le juge Spence et les juges formant la minorité dans leurs motifs de dissidence. En d'autres termes, en l'absence de transfert du fardeau de la preuve à l'accusé, il y a toujours quelque élément de preuve qui permet de tirer une conclusion de fait favorable à l'accusé et une telle conclusion, si elle est erronée, constitue une erreur de fait. Mais lorsqu'il y a eu transfert du fardeau de la preuve (comme pour la preuve de l'intention lorsqu'une personne est trouvée dans un endroit où elle s'est introduite par effraction), on peut dire qu'en l'absence d'éléments de preuve contraire, il n'y a aucune preuve pouvant justifier un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé et un appel de son acquittement soulève alors une question de droit seulement.

Je suis d'accord avec l'interprétation donnée par le juge en chef Cartwright aux motifs de la majorité et de la minorité dans l'arrêt *Sunbeam*, et claire comme elle est, je serais mal venu d'essayer de l'améliorer. Je dois ajouter que, dans la mesure où notre arrêt dans l'affaire *Wild* peut être considéré comme une dérogation à cet énoncé du droit applicable, c'est l'opinion du juge en chef Cartwright dans l'arrêt *Lampard* qu'il faut, à mon avis, retenir comme énoncé correct du droit.

In the present case it is common ground that the doubt is as regards the intent to enter the premises as well as the accused's intention, assuming he intended to enter, once inside. There is no onus placed on the accused as regards proof of his intent to enter. Nor is there as regards his intent once inside, as would have been the case, however, had he been found inside. Given the presumption of innocence and the undisplaced burden of proof which rests with the Crown, there is, therefore, some evidence upon which the trial judge could rest his finding and that finding, if in error, a matter upon which I shall refrain from expressing any views, would be an error of fact, not of law.

I would allow the appeal, quash the Court of Appeal's order for a new trial and restore the trial judge's acquittal.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Derksen, Follett & Co., Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Department of the Attorney General, Winnipeg.

Dans la présente espèce, il est reconnu de part et d'autre que le doute porte aussi bien sur l'intention d'entrer dans les locaux que sur ce que l'accusé avait l'intention de faire, à supposer qu'il ait eu l'intention de s'y introduire, une fois à l'intérieur. Aucune obligation n'incombe à l'accusé en ce qui concerne la preuve de son intention de s'introduire dans les locaux. Aucune obligation ne lui incombe non plus relativement à la preuve de ce qu'il avait l'intention de faire dans lesdits locaux, comme cela aurait été le cas s'il y avait été trouvé. Étant donné la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve qui continue d'incomber au ministère public, il y a donc des éléments de preuve sur lesquels le juge du procès pouvait fonder sa conclusion et cette conclusion, si elle est erronée, question sur laquelle j'évite de me prononcer, constituerait une erreur de fait et non pas de droit.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance portant nouveau procès rendue par la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement prononcé par le juge du procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Derksen, Follett & Co., Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Ministère du Procureur général, Winnipeg.

Rita Rae Duane *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 18719.

1985: December 18.

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 — Possession of counterfeit money — Elements of offense — Whether intention to use the counterfeit money as currency an element of the offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 408.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 408.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 12 C.C.C. (3d) 368, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of possession of counterfeit money. Appeal dismissed.

Alain Hepner, for the appellant.

B. W. Duncan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We agree with the majority of the Court of Appeal that intention to use the counterfeit money as currency is not an element of the offence and that on the facts of this case the appellant was in possession within the meaning of s. 408 of the *Criminal Code*. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: MacPherson & Associates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Alberta, Edmonton.

Rita Rae Duane *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 18719.

1985: 18 décembre.

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 — Possession de monnaie contrefaite — Éléments de l'infraction — L'intention d'utiliser la monnaie contrefaite comme argent constitue-t-elle un élément de l'infraction? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 408.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 408.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 12 C.C.C (3d) 368, qui a accueilli l'appel interjeté par la poursuite contre l'acquittement de l'accusée relativement à une accusation de possession de monnaie contrefaite. Pourvoi rejeté.

Alain Hepner, pour l'appelante.

B. W. Duncan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que l'intention d'utiliser de la monnaie contrefaite comme argent n'est pas un élément de l'infraction et que, vu les faits de cette affaire, l'appelante était en possession au sens de l'art. 408 du *Code criminel*. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: MacPherson & Associates, Calgary.

Procureur de l'intimée: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 1985 Vol. 2

and

Tables

5e cahier, 1985 Vol. 2

et

Tables

Cited as [1985] 2 S.C.R. { i-xlvi, 613-766

Renvoi [1985] 2 R.C.S. { i-xlvi, 613-766

NOTICE

Volume 2 of the Supreme Court Reports [1985] will only contain five parts.

April 1985

AVIS

Le deuxième volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1985] ne comprend que cinq cahiers.

Avril 1985

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD
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

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD
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

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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, 1985.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Errata iv
Motions v
Table of Judgments xv
Table of Cases Cited xix
Statutes and Regulations Cited xxxi
Authors Cited xliii
Index 755

Cardinal *et al.* v. Director of Kent Institution 643

Prisons — Administrative dissociation or segregation — Segregation imposed following alleged involvement in hostage-taking incident — Segregation continued by Director despite recommendation of Segregation Review Board — Prisoners not informed by Director of his reasons for refusing to follow recommendation and not given a hearing by the Director on the question — Whether or not Director in breach of duty to act fairly rendering continued segregation of prisoners unlawful — Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40.

Judicial review — Prerogative writs — *Habeas corpus* with *certiorari* in aid — Segregation imposed following alleged involvement in hostage-taking incident — Segregation continued by Director despite recommendation of the Segregation Review Board — Prisoners not informed by Director of his reasons for refusing to follow recommendation and not given a hearing by the Director on the question — Whether or not

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Errata iv
Requêtes v
Table des jugements xvii
Table des causes citées xix
Lois et règlements cités xxxvii
Doctrine citée xliii
Index 761

Cardinal *et autre c.* Directeur de l'établissement Kent 643

Prisons — Ségrégation ou isolement administratifs — Ségrégation imposée après une participation alléguée à une prise d'otage — Ségrégation maintenue par le directeur malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation — Directeur n'indiquant pas aux détenus les motifs de son refus de suivre la recommandation et ne leur accordant pas d'audition sur la question — Le directeur a-t-il ou non violé l'obligation d'agir équitablement rendant illégal le maintien de la ségrégation des détenus? — Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire — Ségrégation imposée après une participation alléguée à une prise d'otage — Ségrégation maintenue par le directeur malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation — Directeur n'indiquant pas aux détenus les motifs de son refus de suivre la recommanda-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Director in breach of duty to act fairly rendering continued segregation of prisoners unlawful — Whether provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* — Whether affidavits admissible on *habeas corpus* alone to show jurisdictional error — Whether *habeas corpus* lies to challenge the validity of a particular form of confinement in a penitentiary — Judicial review jurisdiction of Federal Court of Canada — Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

Morier *et al.* v. Rivard **716**

Judges — Immunity — Provincial commission of inquiry — Action for damages against two members of Commission de police du Québec for acts committed in the course of their duties — Commissioners protected by immunity of superior court judges — Provincial jurisdiction — Immunity absolute — Action for damages dismissed by motion to dismiss — Police Act, R.S.Q., c. P-13, ss. 20, 22, 34.3, 35 — Act respecting public inquiry commissions, R.S.Q., c. C-37, s. 16 — Code of Civil Procedure, art. 165(4).

Morin v. National Special Handling Unit Review Committee *et al.* 662

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Jurisdiction — Superior courts — Inmate confined in a special handling unit — Application for *habeas corpus* in superior court — Whether a provincial superior court has jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* to determine the validity of an inmate's confinement in a special handling unit of a federal penitentiary — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

The Queen v. Miller **613**

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Jurisdiction — Superior courts — Inmate confined in a special handling unit — Application for *habeas corpus* and *certiorari* in aid in a superior court — Whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to determine the validity of an inmate's confinement in a special handling unit of a federal penitentiary — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Availability of remedy — Inmate confined in a special handling unit following a disturbance in a federal penitentiary — Whether *habeas corpus* lies to challenge the validity of a particular form of confinement in a penitentiary.

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Procedure — Affidavit evidence — Whether affidavit evidence admissible on *habeas corpus* application to show jurisdictional error.

Valente v. The Queen *et al.* 673

Courts — Charter of Rights — Independent tribunal — Provincial Court judge declined jurisdiction on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal — Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tion et ne leur accordant pas d'audition sur la question — Le directeur a-t-il ou non violé l'obligation d'agir équitablement rendant illégal le maintien de la ségrégation des détenus? — Une cour supérieure provinciale a-t-elle compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*? — Des affidavits sont-ils recevables en cas d'*habeas corpus* simple pour établir une erreur de compétence? — Peut-on recourir à l'*habeas corpus* pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération dans un pénitencier? — Compétence en matière d'examen judiciaire de la Cour fédérale du Canada — Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

La Reine c. Miller **613**

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Compétence — Cours supérieures — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention — Demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire présentée à une cour supérieure — Une cour supérieure provinciale est-elle compétente pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier fédéral? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Possibilité d'exercer ce recours — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention par suite d'un incident dans un pénitencier fédéral — Peut-on recourir à l'*habeas corpus* pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération dans un pénitencier?

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Procédure — Preuve par affidavit — Admissibilité d'une preuve par affidavit pour établir une erreur de compétence dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*.

Morier *et autre* c. Rivard **716**

Juges — Immunité — Commission d'enquête provinciale — Poursuite en dommages contre deux commissaires de la Commission de police du Québec pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions — Commissaires bénéficiant de l'immunité des juges de la Cour supérieure — Compétence provinciale — Immunité absolue — Recours en dommages rejeté au moyen d'une requête en irrecevabilité — Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 20, 22, 34.3, 35 — Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., chap. C-37, art. 16 — Code de procédure civile, art. 165(4).

Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention *et autres* **662**

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Compétence — Cours supérieures — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention — Demande d'*habeas corpus* présentée à la Cour supérieure — Une cour supérieure provinciale est-elle compétente pour délivrer un bref d'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier fédéral? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Courts — Independent tribunal — Jurisdiction declined on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal — Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Provincial Courts Act, R.S.O. 1980, c. 398 — Public Service Act, R.S.O. 1980, c. 418 — Public Service Superannuation Act, R.S.O. 1980, c. 419 — Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 18, s. 1 — Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 78, s. 2(2) — Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11.

SOMMAIRE (Fin)

Valente *c.* La Reine *et autres* **673**

Tribunaux — Charte des droits — Tribunal indépendant — Juge de la Cour provinciale déclinant compétence parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant — Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux — Tribunal indépendant — Compétence déclinée parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant — Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Loi sur les cours provinciales, L.R.O. 1980, chap. 398 — Loi sur la fonction publique, L.R.O. 1980, chap. 418 — Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.O. 1980, chap. 419 — Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 18, art. 1 — Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 78, art. 2(2) — Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11.

1985 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Editors

ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

ARCHIBALD MCDONALD, B.A., LL.B., M.A.

CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Arrêtistes

ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

ARCHIBALD MCDONALD, B.A., LL.B., M.A.

CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Published pursuant to the Statute by

GUY Y. GOULARD

Registrar of the Court

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD

Registraire de la Cour

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1985

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JEAN BETTZ

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

The Honourable GERARD V. LA FOREST

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

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 GÉRARD V. LA FOREST

ERRATA

[1981] 1 S.C.R. p. 103, line 11 of the French version. Read "l'argumentation" instead of "l'augmentation".

[1984] 2 S.C.R. p. 100, line *j*-2 of the French version. Read "on n'a établi" instead of "on a établi".

[1985] 2 S.C.R. p. 382, lines *a*-2 of the English version and *a*-3 of the French version. Read "R. v. Mannion (1983)" instead of "R. v. Mannion (1984)".

[1985] 2 S.C.R. p. 400, lines *a*-4 of the English version and *a*-5 of the French version. Read "R. v. Simon (1958), 124 C.C.C. 110" instead of "R. v. Simon (1958), 124 C.C.C. 100".

[1985] 2 S.C.R. p. 485, running head. Read "Bouvier *c.* La Reine" instead of "Bouvier *c.* Le Reine".

[1985] 2 S.C.R. p. 491, lines *b*-2 and *b*-3 of the English version. Read "Constitution Act, 1867" and "Constitution Act, 1982" instead of "Constitutional Act, 1867" and "Constitutional Act, 1982".

[1981] 1 R.C.S. p. 103, ligne 11 de la version française. Lire «l'argumentation» au lieu de «l'augmentation».

[1984] 2 R.C.S. p. 100, ligne *j*-2 de la version française. Lire «on n'a établi» au lieu de «on a établi».

[1985] 2 R.C.S. p. 382, lignes *a*-2 de la version anglaise et *a*-3 de la version française. Lire «R. v. Mannion (1983)» au lieu de «R. v. Mannion (1984)».

[1985] 2 R.C.S. p. 400, lignes *a*-4 de la version anglaise et *a*-5 de la version française. Lire «R. v. Simon (1958), 124 C.C.C. 110» au lieu de «R. v. Simon (1958), 124 C.C.C. 100».

[1985] 2 R.C.S. p. 485, titre courant. Lire «Bouvier *c.* La Reine» au lieu de «Bouvier *c.* Le Reine».

[1985] 2 R.C.S. p. 491, lignes *b*-2 et *b*-3 de la version anglaise. Lire «Constitution Act, 1867» et «Constitution Act, 1982» au lieu de «Constitutional Act, 1867» et «Constitutional Act, 1982».

MOTIONS—REQUÊTES

517653 Ontario Ltd. v. The Queen (Ont.), 19622, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

A.T.M. Automatic Teller Machine Services, Ltd. v. Teamsters Local Union No. 213, et al. (B.C.), 19647, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Abbott v. The Queen (Man.), 19519, leave to appeal refused, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Action Travail des Femmes v. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres (C.A.F.), 19499, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée, leave to cross-appeal on the second and third points in the notice of motion for leave to appeal of the respondent granted, 18.2.86, autorisation de pourvoi incident sur les questions deux et trois de l'avis de requête en autorisation de pourvoi de l'intimée accordée.

Adressograph Multigraph du Canada Ltée v. Provencher (Qué.), 19484, leave to appeal refused with costs, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Aeric Inc. v. Chairman of the Board of Directors (Canada Post) et al. (F.C.A.), 19358, leave to appeal refused with costs, 19.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

American Home Products Corporation v. ICN Canada Ltd., et al. (F.C.A.), 19530, leave to appeal refused with costs, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Association des pompiers de Montréal Inc. v. Ville de Montréal et autres (Qué.), 19400, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Assurance-Vie Desjardins v. Lescadres (Qué.), 19634, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ata v. The Queen (Income Security Programs, Old Age Security Act) (F.C.A.), 19557, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Atwal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18202, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Baiocchi v. The Queen (Ont.), 19538, leave to appeal refused, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Bajwa v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18262, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Baker v. The Queen (Alta.), 19269, leave to appeal refused, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée.

Bangar v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18234, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Baptiste v. The Queen (Sask.), 19461, leave to appeal refused with costs, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Barbrick v. The Queen (N.S.), 19448, leave to appeal refused, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée.

Barrisoff v. The Queen (B.C.), 19425, leave to appeal refused, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Beniwal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18113, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Bobsien v. Weibe (B.C.), 19600, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bodrug et al. v. Nir Oil Ltd. et al. (Alta.), 19496, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bolender v. The Queen (Ont.), 19502, leave to appeal refused, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Boolia v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 17909, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Bostock et al. v. Spencer (Sask.), 19548, leave to appeal refused with costs, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Boulrice v. The Queen (Alta.), 19551, leave to appeal refused, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Brault v. Russo (Qué.), 19480, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Brière v. Laberge (Qué.), 19601, leave to appeal refused, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

British Columbia Government Employees' Union v. Attorney General of British Columbia (B.C.), 19518, leave to appeal granted, 1.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

British Columbia Hydro & Power Authority, et al. v. Dunwoody Ltd. (Man.), 19651, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Budwal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18246, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Calgary (City of) v. Houle et al. (Alta.), 19503, leave to appeal refused with costs, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Calgary (City of) v. Lassen (Alta.), 19456, leave to appeal refused with costs, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Indemnity Co. of Canada v. Redwater Water Disposal Co. (Alta.), 19641, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian National Railway v. Pasco et al. (B.C.), 19580, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Pacific Express & Transport Ltd. et al. v. Attorney General of Canada et al. (Alta.), 19486, leave to appeal refused, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Canadian Stanley Developments Ltd. v. Lee et al. (Alta.), 19513, leave to appeal refused with costs, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Caron v. Caron (Y.T.), 19414, leave to appeal granted, 31.7.85, autorisation de pourvoi accordée.

Charles v. Attorney General of Canada et al. (Ont.), 19515, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Chattha v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18174, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Church of Scientology of Toronto v. The Queen et al. (Ont.), 19318, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

CNCP Telecommunications v. Canadian Business Equipment Manufacturers Association et autres (Qué.), 19462, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Commission canadienne des droits de la personne v. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres (C.A.F.), 19500, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Commission sur les pratiques restrictives du commerce v. Doyle et autres (C.A.F.), 19498, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Deep v. Dominion Securities Pitfield Inc. (Ont.), 19555, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Développements Iberville Ltée v. Société des Alcools du Québec et autre (Qué.), 19546, leave to appeal refused with costs, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dhaliwal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18945, notice of discontinuance filed, 9.12.85, avis de désistement produit.

Dimitrievski v. Royal Insurance Co. of Canada et al. (Ont.), 19508, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Doyle v. Sparling et autres (Qué.), 19507, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dufresne v. Landry (Qué.), 19593, leave to appeal refused, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Dumlich v. Ernst et al. (B.C.), 19473, leave to appeal refused with costs, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Falardeau et al. v. Town of Hinton (Alta.), 19617, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ferron v. The Queen et al. (B.C.), 19476, leave to appeal refused, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Fischer v. The Queen et al. (Sask.), 19490, leave to appeal refused, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée.

Fitzgibbon v. The Queen (Ont.), 19489, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Fiumara v. The Queen (Ont.), 19470, leave to appeal refused, 21.11.85, autorisation de pourvoi refusée.

Ford Credit Canada Ltd. et al. v. Coopers & Lybrand Ltd. et al. (N.S.), 19589, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

French v. Rank City Wall Canada Ltd. (Ont.), 19627, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gaboury et autre v. La Reine (Qué.), 19481-2, leave to appeal refused, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Gagnon v. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada (C.A.F.), 19529, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Ghuman v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18043, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Giagnocavo et al. v. The Queen et al. (Ont.), 19533, leave to appeal refused, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Gill v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18065, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Grantison Holdings Inc. v. The Queen (F.C.A.), 19554, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Great Atlantic Insurance Co. of Delaware v. Savroche Enterprises Inc. (F.C.A.), 19492, leave to appeal refused with costs, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Grewal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18259, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Gurd's Products Co. v. The Queen (F.C.A.), 19553, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hat Development Ltd. v. City of Medicine Hat (Alta.), 19560, leave to appeal refused with costs, 17.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Helbig v. Oxford Warehousing Ltd. et al. (Ont.), 19524, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Henderson v. Henderson (Sask.), 19497, leave to appeal refused, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée.

Highway Truck Service Ltd. v. Canada Labour Relations Board (F.C.A.), 19637, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Howard v. The Queen (Alta.), 19604, leave to appeal refused, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Huber v. The Queen (Ont.), 19544, leave to appeal refused, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

ICN Canada Ltd. v. American Home Products Corporation, et al. (F.C.A.), 19571, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Internoscia v. Communauté urbaine de Montréal, et autre (Qué.), 19572, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jhalli v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A), 18208, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Johnston et al. v. Zdrilic (F.C.A.), 19474, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jones v. The Queen (Alta.), 19645, leave to appeal refused, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Jove v. Umpire (Section 92 of the Unemployment Insurance Act, 1971) (F.C.A.), 19564, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Karsay v. Klemka, et al. (Ont.), 19596, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kaushal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18018, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Kelly (Clyde) v. International Brotherhood of Electrical Workers Local Union 254 et al. (Alta.), 19550, leave to appeal refused, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Kelly (Raymond Marshall) v. The Queen (Ont.), 19523, leave to appeal refused, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée.

Kent v. Kent et al. (Man.), 19390, leave to appeal granted, 19.9.85, autorisation de pourvoi accordée.

Keyes v. Gordon (N.S.), 19338, leave to appeal refused, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée.

Khan v. The Queen (Ont.), 19382, leave to appeal refused, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée.

Kirsch et al. v. Safeco Insurance Co. of America et al. (B.C.), 19583, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kirsch Holdings Ltd. v. Insurance Corporation of British Columbia et al. (B.C.), 19583, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kolomeir et autre v. Industries Providair Inc. et autres (Qué.), 19576, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Kruger et al. v. The Queen (F.C.A.), 19407, leave to appeal refused, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée.

Kukurudza v. The Queen (Man.), 19594, leave to appeal refused, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

L & R Equities Ltd. v. Courtyard Green Developments Ltd. et al. (N.S.), 19582, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lafontaine et autre v. Audet (Qué.), 19536, leave to appeal refused with costs, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Landry Automobiles Ltée v. Tremblay, et autres (Qué.), 19588, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Larratt-Smith et al. v. Gill (Ont.), 19586, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Laviolette v. The Queen (P.E.I.), 19545, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Lewis (Dale) v. Canada Employment and Immigration Commission, et al. (F.C.A.), 19491, leave to appeal refused with costs, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lewis (Harry John) v. The Queen (Ont.), 19408, leave to appeal granted, 19.9.85, autorisation de pourvoi accordée.

Lim v. Toronto Dominion Bank et al. (B.C.), 19574, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

London Life Insurance Co. v. Matchett, et al. (Sask.), 19623, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Loram International Ltd. et al. v. Whissell Enterprises Ltd. (Alta.), 19577, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

M.H. (A young person charged under the Young Offenders Act) v. Lunney et al. (Alta.), 19418, leave to appeal granted, 19.9.85, autorisation de pourvoi accordée.

Mador v. Brain et al. (Ont.), 19542, leave to appeal refused with costs, 21.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Manku v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18206, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Martin et autre v. Nicolas et autre (Qué.), 19455, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Association (N.B.), 19427, leave to appeal refused with costs, 19.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

McDonald v. The Queen (Ont.), 19567, leave to appeal refused, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

McGill v. Minister of National Revenue (F.C.A.), 19569, leave to appeal refused, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Medicine Hat (City of) v. Attorney General of Canada (Alta.), 19409, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Meffert et al. v. Greenberg (Ont.), 19563, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mehta v. MacKinnon, et al. (N.S.), 19547, leave to appeal refused with costs, 21.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Meredith v. The Queen (Ont.), 19442, leave to appeal refused, 21.11.85, autorisation de pourvoi refusée.

Mia Inc. v. Favreau (Qué.), 19520, leave to appeal refused with costs, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Milne v. The Queen in Right of Canada et al. (Ont.), 19444, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Mitchell et al. v. Pequis Indian Band et al. (Man.), 19439, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Morgentaler v. Rosenfarb (Qué.), 19472, leave to appeal refused with costs, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Morrow v. Cartier et al. (Alta.), 19453, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Morrow v. Provincial Treasurer of Alberta (Alta.), 19452, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

N. Tadco Ltd. v. City of Winnipeg (Man.), 19438, leave to appeal refused with costs, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Napoleon v. The Queen (B.C.), 19540, leave to appeal refused, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Néron v. Dulude, Forte, Lachance & Associés Ltée (Qué.), 19514, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Neustaedter v. The Queen (Alta.), 19451, leave to appeal refused, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée.

New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission et al. (F.C.A.), 19035, notice of discontinuance filed, 15.7.85, avis de désistement produit.

New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co. et al. (F.C.A.), 19552, leave to appeal refused with costs, 21.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Newcastle (Town of) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1275 et al. (N.B.), 19568, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Nosira Shipping Ltd. v. Yasuda Fire & Marine Insurance Co. (F.C.A.), 19614, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ontario Board of Censors v. Ontario Film and Video Appreciation Society (Ont.), 18460, notice of discontinuance filed, 17.12.85, avis de désistement produit.

Pac Stainless Ltd. et al. v. The Queen (B.C.), 19621, leave to appeal refused, 17.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Pacini v. Airavilca (also known as Pacini) (Ont.), 19420, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Payne et al. v. The Queen (Ont.), 17204, notice of discontinuance filed, 28.10.85, avis de désistement produit.

Pelech v. Pelech (B.C.), 19265, leave to appeal granted, 31.7.85, autorisation de pourvoi accordée.

Pelletier v. The Queen (Sask.), 19541, leave to appeal refused, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée.

Portage La Prairie Mutual Insurance Co. v. Vidakovic (Alta.), 19610, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Print Three Inc., et al. v. The Queen (Ont.), 19599, leave to appeal refused, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Procureur général du Canada v. Canfarge Ltée et autres (Qué.), 19570, leave to appeal refused with costs, 10.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Procureur général du Québec v. Alliance des Professeurs de Montréal et autre (Qué.), 19494, leave to appeal granted, 30.9.85, autorisation de pourvoi accordée.

Prokopchuk v. University of Saskatchewan et al. (Sask.), 19638, leave to appeal refused, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Québec (Ville de) v. Union des employés de commerce, local 503, CTC, FTQ (Qué.), 19510, leave to appeal refused with costs, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Belley (Qué.), 18991, notice of discontinuance filed, 8.7.85, avis de désistement produit.

R. v. CAE Industries Ltd. et al. (F.C.A.), 19511, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Graham (F.C.A.), 19415, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Stewart et al. (Ont.), 16642, notice of discontinuance filed, 6.8.85, avis de désistement produit.

R. in Right of British Columbia v. Martin et al. (B.C.), 19429, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. in Right of British Columbia et al. v. Martin et al. (B.C.), 19421, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rae, et al. v. Rank City Wall Canada Ltd. (Ont.), 19628, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ram v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18210, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Red Hot Video Ltd. v. The Queen (B.C.), 19396, leave to appeal refused, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée.

Registrar of Motor Vehicles v. Heffren (Ont.), 19585, leave to appeal refused with costs, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rhazzali v. The Queen (Qué.), 19624, leave to appeal refused, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Richard et autre v. La Reine (Qué.), 19449, leave to appeal refused, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Richardson v. Richardson (Ont.), 19287, leave to appeal granted, 31.7.85, autorisation de pourvoi accordée.

Ringrose v. The Queen (F.C.A.), 19443, leave to appeal refused with costs, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Robitaille v. Madill et autres (Qué.), 19466, leave to appeal granted, 10.12,85, autorisation de pourvoi accordée.

Saia et autres v. Place de la Pointe Desnoyers Ltée et autres (Qué.), 19475, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Samson v. Sisters of Charity of the Immaculate Conception et al. (B.C.), 19603, leave to appeal refused with costs, 17.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sareen v. Freed & Freed of Canada Inc. et al. (Man.), 19517, leave to appeal refused with costs, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Schicchi v. Gronow et al. (B.C.), 19361, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Scott (Barrington Oliver) v. The Queen (Ont.), 19504, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Scott (Jack) et al. v. Martina International Kitchen and Bath Centre Ltd. (B.C.), 19315, leave to appeal refused with costs, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sécurité compagnie d'assurances générales du Canada v. J. H. Dupuis Ltée (Qué.), 19485, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Seine River School Division Association No. 14 (Man. Teachers' Society) et al. v. Seine River School Division No. 14 (Man.), 19432, leave to appeal refused with costs, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sekhon v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18158, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Seniw v. Potten (Qué.), 19521, leave to appeal refused with costs, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Singh (Ajit) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18265, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Baldev) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 17994, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Bhajan) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18155, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Chuhar) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 17934, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Gurmail) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18063, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Gurnam) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18066, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Harnek) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18213, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Harnek) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18185, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Jagtar) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 17944, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Jarnail) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18163, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Jasbir) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18037, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Jaswant) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18014, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Mangal) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18036, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Mohan) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18201, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Parminder) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18128, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Prehlad) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18261, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Pritam) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18156, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Ranjit) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 17990, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Roop) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18129, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Saudagar) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18064, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Sukhdev) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 17849, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Singh (Surinder) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 17927, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Skinner v. The Queen (Ont.), 19632, leave to appeal refused, 9.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Skivest Developments Ltd. v. The Queen in Right of Alberta (Alta.), 19549, leave to appeal refused with costs, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Slaight Communications Incorporated (Operating as Q107 FM Radio) v. Davidson (F.C.A.), 19412, leave to appeal granted, 31.7.85, autorisation de pourvoi accordée.

Smith v. The Queen (Man.), 19457, leave to appeal refused, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Sohal v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18084, leave to appeal granted, 28.10.85, autorisation de pourvoi accordée.

Sparling v. Doyle et autres (C.A.F.), 19495, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

St. Denis v. The Queen (Sask.), 19440, leave to appeal refused, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée.

Stevens v. The Queen (Ont.), 19483, leave to appeal refused, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Stevenson Construction Co. v. First City Development Corporation Ltd., et al. (B.C.), 19525, leave to appeal refused with costs, 28.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Stout v. Appeals Branch, Public Service Commission of Canada (F.C.A.), 19535, leave to appeal refused with costs, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Stuck et al. v. Braidwook, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Co., et al. (B.C.), 19369, leave to appeal refused with costs, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Thibault v. Corporation professionelle des médecins du Québec (Qué.), 19423, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Thomsen v. The Queen (Ont.), 19516, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Tobacco v. The Queen (Alta.), 19616, leave to appeal refused, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Tremblay v. La Reine aux droits du Canada (C.A.F.), 19435, leave to appeal refused with costs, 30.9.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Twin et al. v. The Queen (Alta.), 19629, leave to appeal refused, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée.

Udofia v. The Queen (Ont.), 19459, leave to appeal refused, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Vancouver Police Board v. Carpenter (B.C.), 19512, leave to appeal refused, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Vautour v. Attorney General of New Brunswick (N.B.), 19505, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Vautour v. Province of New Brunswick (N.B.), 19506, leave to appeal refused with costs, 10.10.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Vincent v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), 18020, notice of discontinuance filed, 19.12.85, avis de désistement produit.

Washington (State of) et al. v. Johnson (B.C.), 19509, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée.

Weicker v. Weicker (Alta.), 19543, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Weissbourd, et al. v. Protestant School Board of Greater Montreal et autres (Qué.), 18725, notice of discontinuance filed, 3.9.85, avis de désistement produit.

Western Union of Brewery, Beverage, Winery & Distillery Workers, Local 287 v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. (Alta.), 19635, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Weyallon v. The Queen (N.W.T.), 19426, leave to appeal refused, 31.7.85, autorisation de pourvoi refusée.

Wilson (Duncan Shepherd) et al. v. Vancouver Hockey Club Ltd., et al. (B.C.), 19646, leave to appeal refused with costs, 16.12.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wilson (Lloyd Edward) v. The Queen (Ont.), 19312, leave to appeal refused, 31.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Wilson (Robert George) v. Minister of Justice (F.C.A.), 19477, leave to appeal refused, 1.10.85, autorisation de pourvoi refusée.

Workers' Compensation Board of New Brunswick v. Federal Business Development Bank, et al. (N.B.), 19575, leave to appeal refused with costs, 18.11.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

PAGE

A

Austin v. The Queen 285

B

Bhinder *et al.* v. Canadian National Railway Co. *et al.* 561
Bouvier v. The Queen 485
Brown and Murphy v. The Queen 273
Bruce v. The Queen 287
Bugoy, Donkin v. 85

C

Canada Employment and Immigration Commission, Vachon v. 417
Canadian National Railway Co. *et al.*, Bhinder *et al.* v. 561
Cardinal *et al.* v. Director of Kent Institution 643
Cluett v. The Queen 216
Communauté urbaine de Montréal, Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. 74
Craton *et al.*, Winnipeg School Division No. 1 v. 150

D

Dedman v. The Queen *et al.* 2
Dick v. The Queen *et al.* 309
Director of Kent Institution, Cardinal *et al.* v. 643
Donkin v. Bugoy 85
Duane v. The Queen 612
Dubois v. The Queen 350

PAGE

F

Fanjoy v. The Queen 233
Fraser v. Public Service Staff Relations Board 455
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal 74

G

Germain v. The Queen 241
Grabowski v. The Queen 434

I

Imperial General Properties Ltd., The Queen v. 288

J

Jack and Charlie v. The Queen 332
Jewitt, R. v. 128
John v. The Queen 476
Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen 46

K

Krug v. The Queen 255

L

L'Heureux, R. v. 159
Libman v. The Queen 178

PAGE

M

Miller, The Queen v. ... 613
Morier *et al.* v. Rivard ... 716
Morin v. National Special Handling Unit Review Committee *et al.* ... 662

N

National Special Handling Unit Review Committee *et al.*, Morin v. ... 662

O

Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier ... 164
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. *et al.* ... 536

P

Public Service Staff Relations Board, Fraser v. ... 455

R

R. v. Jewitt ... 128
R. v. L'Heureux ... 159
R. v. Toews ... 119
Re B.C. Motor Vehicle Act ... 486
Re Manitoba Language Rights (*Order*) ... 347
Rivard, Morier *et al.* v. ... 716
Rousseau v. The Queen; R. v. Rousseau ... 38
Rural Municipality of St. François Xavier, Oakwood Development Ltd. v. ... 164

S

Schuldt v. The Queen ... 592
Simon v. The Queen *et al.* ... 387
Simpsons-Sears Ltd. *et al.*, Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. ... 536
Spencer v. The Queen ... 278

T

Terlecki v. The Queen ... 483
The Queen *et al.*, Dedman v. ... 2
The Queen *et al.*, Dick v. ... 309
The Queen *et al.*, Simon v. ... 387
The Queen *et al.*, Valente v. ... 673
The Queen v. Imperial General Properties Ltd. ... 288
The Queen v. Miller ... 613
The Queen, Austin v. ... 285
The Queen, Bouvier v. ... 485
The Queen, Brown and Murphy v. ... 273
The Queen, Bruce v. ... 287
The Queen, Cluett v. ... 216
The Queen, Duane v. ... 612
The Queen, Dubois v. ... 350
The Queen, Fanjoy v. ... 233
The Queen, Germain v. ... 241
The Queen, Grabowski v. ... 434
The Queen, Jack and Charlie v. ... 332
The Queen, John v. ... 476
The Queen, Johns-Manville Canada Inc. v. ... 46
The Queen, Krug v. ... 255
The Queen, Libman v. ... 178
The Queen, Rousseau v.; Rousseau, R. v. ... 38
The Queen, Schuldt v. ... 592
The Queen, Spencer v. ... 278
The Queen, Terlecki v. ... 483
Toews, R. v. ... 119

V

Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission ... 417
Valente v. The Queen *et al.* ... 673

W

Winnipeg School Division No. 1 v. Craton *et al.* ... 150

TABLE DES JUGEMENTS

PAGE

A

Austin c. La Reine 285

B

Bhinder *et autre* c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *et autres* 561
Bouvier c. La Reine 485
Brown et Murphy c. La Reine 273
Bruce c. La Reine 287
Bugoy, Donkin c. 85

C

Cardinal *et autre* c. Directeur de l'établissement Kent 643
Cluett c. La Reine 216
Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention *et autres*, Morin c. 662
Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, Vachon c. 417
Commission des relations de travail dans la Fonction publique, Fraser c. 455
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. *et autres* 536
Communauté urbaine de Montréal, Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. 74
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *et autres*, Bhinder *et autre* c. 561
Craton *et autre*, Winnipeg School Division No. 1 c. 150

D

Dedman c. La Reine *et autres* 2

PAGE

Dick c. La Reine *et autres* 309
Directeur de l'établissement Kent, Cardinal *et autre* c. 643
Donkin c. Bugoy 85
Duane c. La Reine 612
Dubois c. La Reine 350

F

Fanjoy c. La Reine 233
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique 455
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal 74

G

Germain c. La Reine 241
Grabowski c. La Reine 434

I

Imperial General Properties Ltd., La Reine c. 288

J

Jack et Charlie c. La Reine 332
Jewitt, R. c. 128
John c. La Reine 476
Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine 46

K

Krug c. La Reine 255

PAGE

L

L'Heureux, R. c. 159
La Reine *et autres*, Dedman c. 2
La Reine *et autres*, Dick c. 309
La Reine *et autres*, Simon c. 387
La Reine *et autres*, Valente c. 673
La Reine c. Imperial General Properties Ltd. 288
La Reine c. Miller 613
La Reine, Austin c. 285
La Reine, Bouvier c. 485
La Reine, Brown et Murphy c. 273
La Reine, Bruce c. 287
La Reine, Cluett c. 216
La Reine, Duane c. 612
La Reine, Dubois c. 350
La Reine, Fanjoy c. 233
La Reine, Germain c. 241
La Reine, Grabowski c. 434
La Reine, Jack et Charlie c. 332
La Reine, John c. 476
La Reine, Johns-Manville Canada Inc. c. 46
La Reine, Krug c. 255
La Reine, Libman c. 178
La Reine, Rousseau c.; Rousseau, R. c. 38
La Reine, Schuldt c. 592
La Reine, Spencer c. 278
La Reine, Terlecki c. 483
Libman c. La Reine 178

M

Miller, La Reine c. 613
Morier *et autre* c. Rivard 716
Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention *et autres* 662
Municipalité rurale de St. François Xavier, Oakwood Development Ltd. c. 164

O

Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier 164

PAGE

R

R. c. Jewitt 128
R. c. L'Heureux 159
R. c. Toews 119
Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba (*Ordonnance*) 347
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. 486
Rivard, Morier *et autre* c. 716
Rousseau c. La Reine; R. c. Rousseau 38

S

Schuldt c. La Reine 592
Simon c. La Reine *et autres* 387
Simpsons-Sears Ltd. *et autres*, Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. 536
Spencer c. La Reine 278

T

Terlecki c. La Reine 483
Toews, R. c. 119

V

Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada 417
Valente c. La Reine *et autres* 673

W

Winnipeg School Division No. 1 c. Craton *et autre* 150

TABLE OF CASES CITED

TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
Abarca and The Queen, Re	(1980), 57 C.C.C. (2d) 410	133
Abitibi Paper Company Limited and The Queen, Re	(1979), 47 C.C.C. (2d) 487	133
Albert v. Lavin	[1981] 3 All E.R. 878	13
Amato v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 418	132
Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1977] 2 S.C.R. 576	496
Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission	[1969] 2 A.C. 147	752
Anti-Inflation Act, Re	[1976] 2 S.C.R. 373	506
Application of Chase Manhattan Bank (Re)	297 F.2d 611 (1962)	283
Athanassiadis v. Government of Greece	[1969] 3 All E.R. 293	193
Attorney-General for Alberta and Gares, Re	(1976), 67 D.L.R. (3d) 635	548
Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada	[1929] A.C. 260	324
Attorney General for Ontario v. Scott	[1956] S.C.R. 137	328
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	506
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	653
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada	[1951] S.C.R. 31	328
Authority of Parliament in relation to the Upper House, Re	[1980] 1 S.C.R. 54	506
B		
B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia	[1966] A.C. 224	56
Balderstone and The Queen, Re	(1983), 8 C.C.C. (3d) 532	136
Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal	[1959] A.C. 663	174
Ball and The Queen, Re	(1978), 44 C.C.C. (2d) 532	133
Beaver v. The Queen	[1957] S.C.R. 531	514
Bell and Director of Springhill Medium Security Institution (Re)	(1977), 34 C.C.C. (2d) 303	638
Belyea v. The King	[1932] S.C.R. 279	603
Bengle v. Weir	(1929), 67 C.S. 289	746
Berrouard v. The Queen	Unreported	669
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.	[1984] 2 S.C.R. 476	81
Board of Trade v. Owen	[1957] A.C. 602	183
Bolduc v. Attorney-General of Quebec	[1982] 1 S.C.R. 573	215

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Brisbois (Re)	(1962), 133 C.C.C. 188	202
British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners	[1943] 1 All E.R. 13	294, 300
British Columbia Human Rights Commission v. College of Physicians and Surgeons of B.C.	Unreported	549
British Insulated and Helsby Cables, Ltd. v. Atherton	[1926] A.C. 205	60
British Salmson Aero Engines, Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue	(1937), 22 T.C. 29	56
Brodie v. The Queen	[1962] S.C.R. 681	253
Brownridge v. The Queen	[1972] S.C.R. 926	20, 36
Bryant v. Harris	465 F.2d 365 (1972)	640
Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue	[1965] 1 Ex. C.R. 299	293, 299
Bugoy v. Bugoy	[1981] 4 W.W.R. 136	109
Burrows v. Jemino	(1726), 2 Strange 733, 93 E.R. 815	212

C

Cadeddu (Re)	(1982), 4 C.C.C. (3d) 97	638
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	405
Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission	[1979] 2 S.C.R. 618	727
Canadian Lift Truck Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise	(1955), 1 D.L.R. (2d) 497	465
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation	[1979] 2 S.C.R. 227	464
Cardinal and Oswald and The Queen (Re)	(1982), 67 C.C.C. (2d) 252	620
Cardinal v. Attorney General of Alberta	[1974] S.C.R. 695	320
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	620, 670
Chabot v. Commissaires d'écoles de Lamorandière	[1957] Que. Q.B. 707, 12 D.L.R. (2d) 796	338
Chapman (Re)	(1970), 5 C.C.C. 46	182
Chartier v. Attorney General of Quebec	[1979] 2 S.C.R. 474	726
Cheeco v. The Queen	[1981] 3 C.N.L.R. 45	414
Cheyenne Realty Ltd. v. Thompson	[1975] 1 S.C.R. 87	140
Christie v. Central Alberta Dairy Pool	(1984), 6 C.H.R.R. D/2488	551
Christie v. Leachinsky	[1947] A.C. 573	13
City of Vancouver v. Simpson	[1977] 1 S.C.R. 71	168
Coffin v. Reichard	143 F.2d 443 (1944)	639
Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767	322
Commissioner of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.	[1964] A.C. 948	59
Commissioner of Internal Revenue v. Lincoln Savings & Loan Assn.	403 U.S. 345 (1971)	65
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369	684
Connelly v. Director of Public Prosecutions	[1964] A.C. 1254	136
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board	[1968] S.C.R. 569	328
Criminal Code Sections Relating to Bigamy, In Re	(1897), 27 S.C.R. 461	200
Croft v. Dunphy	[1933] A.C. 156	199
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889	499

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
D		
Dawson v. Smith	719 F.2d 896 (1983)	640
Dechow v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 951	245, 252
Denison Mines Ltd. v. Minister of National Revenue	[1976] 1 S.C.R. 245	52
Dennis v. United States	339 U.S. 162 (1950)	549
Devlin (Re)	[1964] 3 C.C.C. 228	202
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	362
Dick v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 309	346
Director of Public Prosecutions v. Humphrys	[1976] 2 All E.R. 497	132
Director of Public Prosecutions v. Doot	[1973] A.C. 807	185
Dominion Engineering Works Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise)	[1958] S.C.R. 652	465
Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue	[1971] S.C.R. v, 71 DTC 5202,	295, 306
Dugal v. Lefebvre	[1934] S.C.R. 501	638
Duke v. The Queen	[1972] S.C.R. 917	509
Dunlop and Sylvester v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 881	230
E		
Ecrement v. Cusson and Connolly	(1919), 33 C.C.C. 135	201
Eddy v. Stewart	[1932] 3 W.W.R. 71	378
Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow	[1956] A.C. 14	608
Erven v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 926	133
Evans and Milton (Re)	(1979), 46 C.C.C. (2d) 129	684
Ex parte Macdonald	(1896), 27 S.C.R. 683	629
Ex parte McCaud	[1965] 1 C.C.C. 168	623
Ex parte Rogers	(1843), 7 Jur. 992	634
F		
Farr v. Farr	[1984] 1 S.C.R. 252	96
Floyd and Barker	(1607), 12 Co. Rep. 23	737
Foran v. Tatangello	(1976), 14 O.R. (2d) 91	746
Ford v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 231	126
Francis v. The Queen	[1956] S.C.R. 618	404
Frank v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 95	410
Fray v. Blackburn	(1863), 3 B. & S. 576	737
Frejd (Re)	(1910), 22 O.L.R. 566	638
G		
Gabriel v. Langlois	[1973] C.S. 659	746
Garnett v. Ferrand	(1827), 6 B. & C. 611	737
Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun	[1979] 2 S.C.R. 435	338, 547
Gertie Johnson (Re)	(1904), 8 C.C.C. 243	200
Golden Horse Shoe (New), Ltd. v. Thurgood	[1934] 1 K.B. 548	62
Goldhar v. The Queen	[1960] S.C.R. 431	629

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Gosselin v. The King	(1903), 33 S.C.R. 255	505
Great West Saddlery Co. v. The King	[1921] 2 A.C. 91	324
Griggs v. Duke Power Co.	401 U.S. 424 (1971)	549

H

Haggard v. Pélicier Frères	[1892] A.C. 61	746
Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation	(1946), 72 C.L.R. 634	58
Hanes and The Queen (Re)	(1982), 69 C.C.C. (2d) 420	202
Harding v. Price	[1948] 1 K.B. 695	514
Harper v. Harper	[1980] 1 S.C.R. 2	105
Henderson (Re)	[1930] S.C.R. 45	631
Hetex Garn A.G. v. Anti-dumping Tribunal	[1978] 2 F.C. 507	465
Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission	[1979] 2 S.C.R. 768	80, 464
Hilton v. Guyot	159 U.S. 113 (1895)	283
Himley Estates, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue	(1932), 17 T.C. 367	297
Hoffman v. Thomas	[1974] 2 All E.R. 233	14
Howarth v. National Parole Board	[1976] 1 S.C.R. 453	623
Howorko v. Howorko	(1980), 20 R.F.L. (2d) 43	95
Hudson v. Brisebois Bros. Construction Ltd	(1982), 42 C.B.R.	424
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	364, 499

I

Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde	[1952] 2 S.C.R. 109	429
Inland Revenue Commissioners v. J. Bibby and Sons, Ltd.	[1945] 1 All E.R. 667	300
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	156, 547

J

John v. The Queen	[1971] S.C.R. 781	231
Johnson v. Avery	393 U.S. 483 (1969)	639
Johnson v. M'Intosh	21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823)	405
Johnson v. Phillips	[1975] 3 All E.R. 682	14, 32
Jones v. Cunningham	371 U.S. 236 (1963)	638

K

Kennecott Copper Corp. v. United States	347 F.2d 275 (1965)	63
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	260, 479
Kipp v. Attorney-General of Ontario	[1965] S.C.R. 57	139
Klein v. Bell	[1955] S.C.R. 309	384
Knight v. Calder Grove Estates	(1954), 35 T.C. 447	53
Knowlton v. The Queen	[1974] S.C.R. 443	14, 34
Krist v. Ricketts	504 F.2d 887 (1974)	640
Kruger v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104	314, 339, 412

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
L		
Lampard v. The Queen	[1969] S.C.R. 373	599
Latham v. Solicitor General of Canada	[1984] 2 F.C. 734, 39 C.R. (3d) 78	504
Lattoni and Corbo v. The Queen	[1958] S.C.R. 603	138
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	502
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers	[1975] 1 S.C.R. 178	322
Levy, Re	(1981), 25 R.F.L. (2d) 149	92
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	346
M		
Macleod v. Attorney-General for New South Wales	[1891] A.C. 455	185
MacKay v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 370	689
Marcotte v. Rio Algom Ltd.	(1983), 5 C.H.R.R. D/2010	551
Marcoux v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 763	361
Maroukis v. Maroukis	[1984] 2 S.C.R. 137	117
Marshalsea Case	(1612), 10 Co. Rep. 68b, 77 E.R. 1027.	751
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	623, 653
Mason, Re; Mason v. R. in Right of Canada	(1983), 35 C.R. (3d) 393	504
McC v. Mullan	[1984] 3 All E.R. 908	734, 751
McCollum v. Miller	695 F.2d 1044 (1982)	640
McGillivray v. Kimber	(1915), 52 S.C.R. 146	726
McGuigan v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 284	261
McNabb v. United States	318 U.S. 332 (1942)	513
McNally v. Hill	293 U.S. 131 (1934)	638
Minister of National Revenue v. Algoma Central Railway	[1968] S.C.R. 447	56
Minister of National Revenue v. Consolidated Holding Co.	[1974] S.C.R. 419, 72 DTC 6007	306
Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.	[1967] S.C.R. 223	293, 299
Mitchell v. B.W. Noble, Ltd.	[1927] 1 K.B. 719	60
Mitchell v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 570	669
Moore v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 195	13
Morin and Yeomans (Re)	(1982), 1 C.C.C. (3d) 438, [1982] C.A. 464	620, 635, 668
Morisse v. Royal British Bank	(1856), 1 C.B. (N.S.) 67; 140 E.R. 27	155
Morris v. Beardmore	[1980] 2 All E.R. 753	21, 36
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	325
Municipal Act (Re)	(1959), 28 W.W.R. 428	169
N		
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 S.C.R. 751	327
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	653
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada	[1983] 1 S.C.R. 733	329
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	402

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
O		
O'Connor v. Waldron	[1935] A.C. 76	727
Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1971] S.C.R. 1032	294, 299
Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley (The), Re	[1962] O.R. 872	750
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	566, 586
Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke	[1982] 1 S.C.R. 202	154, 548, 571
Ontario Public Service Employees Union and Attorney-General for Ontario, Re	(1980), 31 O.R. (2d) 321	471
Orysiuk and The Queen, Re	(1977), 37 C.C.C. (2d) 445	133
Osborne v. Inco Ltd.	[1984] 5 W.W.R. 228	548
Ounsworth v. Vickers, Ltd.	[1915] 3 K.B. 267	61
P		
Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food	[1968] A.C. 997	174
Pawis v. The Queen	[1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602	404
Petersen v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 493	145
Peyton v. Rowe	391 U.S. 54 (1968)	639
Piché v. The Queen	[1971] S.C.R. 23	364
Plastiques Valsen Inc.; Gaz Metropolitain Ltd. v. St-Georges, Re	(1981), 41 C.B.R. 7	425
Poitras v. The Queen	[1974] S.C.R. 649	329
Preiser v. Rodriguez	411 U.S. 475 (1973)	639
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada	[1931] A.C. 310	528
R		
R. v. Allison and Dinel	(1983), 5 C.C.C. (3d) 30	271
R. v. Antoine	(1983), 5 C.C.C. (3d) 97	359
R. v. Appleby	[1972] S.C.R. 303	357
R. v. Atwin and Sacobie	[1981] 2 C.N.L.R. 99	400
R. v. Aughet	(1918), 13 Cr. App. R. 101	212
R. v. Azzopardi	(1843), 2 Mood. 288, 169 E.R. 115	212
R. v. Bachrack	(1913), 21 C.C.C. 257	201
R. v. Batisse	(1978), 19 O.R. (2d) 145	414
R. v. Baxter	[1972] 1 Q.B. 1	190
R. v. Beales	Unreported	342
R. v. Belton	(1982), 31 C.R. (3d) 223	135
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	364, 499, 554
R. v. Biron	[1976] 2 S.C.R. 56	10, 224
R. v. Blacquiere	(1980), 57 C.C.C. (2d) 330	448
R. v. Blythe	(1895), 1 C.C.C. 263	200
R. v. Boross	(1984), 12 C.C.C. (3d) 480	135
R. v. Brese	[1984] 2 S.C.R. 333	446

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Brixton Prison Governor, Ex parte Rush	[1969] 1 All E.R. 316	182
R. v. Brown (No. 2)	(1963), 40 C.R. 105	354, 372
R. v. Cadeddu	(1982), 40 O.R. (2d) 128	501
R. v. Carson	(1983), 20 M.V.R. 54	365
R. v. Catagas	(1977), 2 C.R. (3d) 328	133
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	494, 520
R. v. Coote	(1873), L.R. 4 P.C. 599	373
R. v. Cope	(1982), 49 N.S.R. (2d) 555	396
R. v. Cox	[1968] 1 All E.R. 410	192
R. v. Crneck, Bradley and Shelley	(1980), 30 O.R. (2d) 1	133
R. v. Dennis, Kubin and Frank	(1984), 14 D.L.R. (4th) 205	141
R. v. Dick	(1982), 3 C.C.C. (3d) 481	312
R. v. Donald	(1970), 3 C.C.C. (2d) 146	121
R. v. Ellis	[1899] 1 Q.B. 230	188
R. v. Erdheim	[1896] 2 Q.B. 260	374
R. v. Erickson	[1984] 5 W.W.R. 557	141
R. v. Francis	(1969), 10 D.L.R. (3d) 189	400
R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd	(1973), 12 C.C.C. (2d) 169	140
R. v. Gee	(1973), 14 C.C.C. (2d) 538	141
R. v. George	[1966] S.C.R. 267	411
R. v. Godfrey	[1923] 1 K.B. 24	187
R. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Khubchandani	(1980), 71 Cr. App. R. 241	193
R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman	(1952), 96 /Sol. J/ 853	634
R. v. Haines	(1981), 34 B.C.L.R. 148	314
R. v. Hamm	(1984), 34 Sask. R. 241	135
R. v. Harden	[1962] 1 All E.R. 286	192
R. v. Harrold	(1971), 3 C.C.C. (2d) 387	342
R. v. Henley	[1963] 3 C.C.C. 360	125
R. v. Hicklin	(1868), L.R. 3 Q.B. 360	253
R. v. Hill	(1908), 15 O.L.R. 406	326
R. v. Holman	(1982), 28 C.R. (3d) 378	504
R. v. Holmes	(1883), 12 Q.B.D. 23	186
R. v. Holmes	(1983), 4 C.C.C. (3d) 440	140
R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St Germain	[1979] 1 All E.R. 701	655
R. v. Isaac	(1975), 13 N.S.R. (2d) 460	395
R. v. Jack and Charlie	(1982), 139 D.L.R. (3d) 25	328, 334
R. v. Jacobi and Hiller	(1881), 46 L.T.R. 595n	187
R. v. Johnson	(1973), 11 C.C.C. (2d) 101	596
R. v. Keyn	(1876), 2 Ex. D. 63	185
R. v. Konechny	[1984] 2 W.W.R. 481	365
R. v. Krannenburg	[1980] 1 S.C.R. 1053	134
R. v. Langevin	(1979), 47 C.C.C. (3d) 138	264
R. v. Lebrun	(1978), 7 C.R. (3d) 93	133
R. v. Lemire	[1965] S.C.R. 174	601
R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.	[1974] 2 All E.R. 643	623
R. v. Lyle	(1924), 18 Cr. App. R. 59	190
R. v. Mackenzie and Higginson	(1910), 6 Cr. App. R. 64	189
R. v. MacDougall	[1982] 2 S.C.R. 605	519

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Mannion	(1983), 6 C.C.C. (3d) 161	382
R. v. Martin	(1917), 41 O.L.R. 79	326
R. v. Martin	[1956] 2 All E.R. 86	184
R. v. McGregor	[1967] 2 All E.R. 267	383
R. v. Millar	[1970] 2 Q.B. 54	190
R. v. Miller	(1984), 12 C.C.C. (3d) 54	135
R. v. Miller	[1985] 2 S.C.R. 613	652, 670
R. v. Moses	(1969), 13 D.L.R. (3d) 50	414
R. v. Mousseau	[1980] 2 S.C.R. 89	406
R. v. Munroe	(1985), 38 Alta. L.R. (2d) 189	452
R. v. Nillins	(1884), 53 L.J.Q.B. (N.S.) M.C. 157	187
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175	207
R. v. Osborn	[1971] S.C.R. 184	132
R. v. Paddington Valuation Officer, Ex parte Peachey Property Corp. Ltd.	[1966] 1 Q.B. 380	174
R. v. Paterson, Ackworth and Kovach	(1985), 18 C.C.C. (3d) 137	451
R. v. Paul and Copage	(1977), 24 N.S.R. (2d) 313	413
R. v. Paul and Polchies	(1984), 58 N.B.R. (2d) 297	400
R. v. Paul	(1980), 30 N.B.R. (2d) 545	400
R. v. Penasse and McLeod	(1971), 8 C.C.C. (2d) 569	414
R. v. Perry	(1984), 14 C.C.C. (3d) 5	136
R. v. Peters	(1886), 16 Q.B.D. 636	187
R. v. Pierce Fisheries Ltd.	[1971] S.C.R. 5	528
R. v. Polchies and Paul; R. v. Paul and Paul	(1982), 43 N.B.R. (2d) 449	409
R. v. Price	(1978), 40 C.C.C. (2d) 378	126
R. v. Quon	[1948] S.C.R. 508	264
R. v. Ritch	(1982), 69 C.C.C. (2d) 289	446
R. v. Robert Millar (Contractors) Ltd.	[1970] 2 Q.B. 54	190
R. v. Roche	(1775), 1 Leach 134, 168 E.R. 169	212
R. v. Sanver	(1973), 12 C.C.C. (2d) 105	141
R. v. Scott	(1856), Dears. & B. 47, 169 E.R. 909	367, 374
R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta	[1982] 2 All E.R. 118	400
R. v. Selkirk	[1965] 2 C.C.C. 353	202
R. v. Sheets	[1971] S.C.R. 614	139
R. v. Sikyea	(1964), 43 D.L.R. (2d) 150	411
R. v. Simon	(1958), 124 C.C.C. 110	400
R. v. Sophonow (No. 1)	(1983), 6 C.C.C. (3d) 394	381
R. v. Stenning	[1970] S.C.R. 631	14, 34
R. v. Stoddart	(1909), 2 Cr. App. R. 217	189
R. v. Sudbury News Service Ltd	(1978), 39 C.C.C. (2d) 1	249
R. v. Syliboy	[1929] 1 D.L.R. 307	398
R. v. Taylor and Williams	(1982), 34 O.R. (2d) 360	414
R. v. Tenale	(1982), 66 C.C.C. (2d) 180	315
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	499
R. v. Thomson	(1940), 75 C.C.C. 141	125
R. v. Tirado	(1974), 59 Cr. App. R. 80	193
R. v. Tonner	(1971), 3 C.C.C. (2d) 132	140

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Trudel, Ex parte Horbas and Myhaluk	[1969] 3 C.C.C. 95	203
R. v. Valente (No.2)	(1983), 2 C.C.C. (3d) 417	683
R. v. Vermette (No. 5)	(1982), 3 C.C.C. (3d) 36, [1983] C.A. 230.	141
R. v. W. McKenzie Securities Ltd.	[1966] 4 C.C.C. 29	203
R. v. Walkem	(1908), 14 C.C.C. 122	200
R. v. Wall	[1974] 1 W.L.R. 930	198
R. v. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	13, 27
R. v. Wettman	(1894), 1 C.C.C. 287	200
R. v. White and Bob	(1964), 50 D.L.R. (2d) 613, (1965), 52 W.W.R. 193	324, 404
R. v. Wilson	(1982), 67 C.C.C. (2d) 481	381
R. v. Yakeleya	(1985), 20 C.C.C. (3d) 193	382
R. v. Young	(1984), 40 C.R. (3d) 289	135
Rand v. Sealy Eastern Ltd.	(1982), 3 C.H.R.R. D/938	550
Reference re Accurate News and Information Act	[1938] S.C.R. 100	338
Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights	(1984), 47 O.R. (2d) 1	366
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan	[1948] S.C.R. 248	322
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297	505
Reference re Wartime Leasehold Regulations	[1950] S.C.R. 124	505
Regent Oil Co. v. Strick	[1966] A.C. 295	61
Regina and Beason, Re	(1983), 7 C.C.C. (3d) 20	141
Regina and Kripps Pharmacy Ltd. and Kripps, Re	(1981), 60 C.C.C. (2d) 332	141
Regina Public School District v. Gratton Separate School District	(1915), 50 S.C.R. 589	363
Reid v. Memphis Publishing Co.	468 F.2d 346 (1972)	553
Residential Tenancies Act, 1979, Re	[1981] 1 S.C.R. 714	506
Rice v. Connolly	[1966] 2 Q.B. 414	13, 32
Riley v. Bendix Corp.	464 F.2d 1113 (1972)	553
Rilling v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 183	20
Ringrose v. Stevenson	(1982), 35 A.R. 62	746
Rivard v. Morier	[1983] C.A. 334	723
Roberge v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 312	227
Robertson and Rosetanni v. The Queen	[1963] S.C.R. 651	340
Rocca Group Ltd. and Muise, Re	(1979), 102 D.L.R. (3d) 529	548
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	174, 726
Rourke v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 1021	131
Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson	[1892] 1 Q.B. 431	738

S

Saint-Jean v. The Queen	(1974), 28 C.R.N.S. 1	596
Samuel v. Payne	(1780), 1 Doug. K.B. 359, 99 E.R. 230	13
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	338
Schtraks v. Government of Israel	[1964] A.C. 556	633
Schwartz v. Smith	(1964), 45 D.L.R. (2d) 316	746
Scott v. Stansfield	(1868), L.R. 3 Ex. 220	746
Seaberly v. Seaberly	(1985), 37 Sask. R. 219	95

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Secretary of State for Trade v. Markus	[1976] A.C. 35	198
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association	[1975] 1 S.C.R. 382	464
Shulman v. The King	(1946), 2 C.R. 153	201
Shumiatcher (Re)	[1962] S.C.R. 38	628
Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.	Unreported	543
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	500
Sirros v. Moore	[1975] 1 Q.B. 118	739
Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen ex rel. Brice Andrews	[1953] 2 S.C.R. 95	176
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	637
Sorrells v. United States	287 U.S. 435 (1932)	145
Spencer, Re; Spencer v. Spencer	(1983), 34 R.F.L. (2d) 358	114
Sproule (Re)	(1886), 12 S.C.R. 140	131, 631
Standard Pharmacy Ltd., In Re	(1926), 7 C.B.R. 424	424
Stark v. Auerbach	(1979), 98 D.L.R. (3d) 583	746
Stevenson v. Florant	[1927] A.C. 211	638
Streeter v. Hopper	618 F.2d 1178 (1980)	640
Sun Newspapers Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation	(1938), 61 C.L.R. 337	58
Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen	[1969] S.C.R. 221	604
Swan v. Attorney General of British Columbia	(1983), 35 C.R. (3d) 135	638
Syndicat des professeurs du CEGEP Vieux-Montréal v. CEGEP Vieux-Montréal	[1977] 2 S.C.R. 568	81

T

Taraschuk v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 385	20
Tass v. The King	[1947] S.C.R. 103	373
The Lotus	(1927), P.C.I.J., Ser. A., No. 10	184
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 494	250, 252
Trans Mountain Pipe Line Co. v. National Energy Board	[1979] 2 F.C. 118	465
Trans World Airlines, Inc. v. Hardison	432 U.S. 63 (1977)	553
Trapp v. Mackie	[1979] 1 All E.R. 489	728
Treacy v. Director of Public Prosecutions	[1971] A.C. 537	184
Tremblay v. La Reine	[1969] S.C.R. 431	163
Trepanier (Re)	(1885), 12 S.C.R. 111	629
Troendle v. Canada Permanent Trust Co.	(1981), 11 Sask. R. 47	115
Tucker v. Granada Motorway Services Ltd.	[1979] 2 All E.R. 801	70

U

United States of America v. Novick	(1960), 128 C.C.C. 319	200
United States v. Santa Fe Pacific R. Co.	314 U.S. 339 (1941)	405
Unterreiner v. Wilson	(1982), 40 O.R. (2d) 197	746

V

Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer	[1910] S.C. 519	61
Van Meter Estate v. Van Meter	(1983), 25 Sask. R. 109	115

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Van Meter Estate v. Van Meter	(1983), 25 Sask. R. 109	115
Vancouver Towing Co. v. Minister of National Revenue	[1946] Ex. C.R. 623	300
Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1968] S.C.R. 193	306
Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue	66 DTC 5092	303

W

Welch v. Helvering	290 U.S. 111 (1933)	64
West Virginia State Board of Education v. Barnette	319 U.S. 624 (1943)	340
Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.	[1905] A.C. 426	173
Wild v. The Queen	[1971] S.C.R. 101	599
Wilwording v. Swenson	404 U.S. 249 (1971)	639
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton	[1985] 2 S.C.R. 150	574
Winnipeg School Division No. 1 v. MacArthur	[1982] 3 W.W.R. 342	155
Worcester v. State of Georgia	31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)	405

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act of Settlement, 12 & 13 Will. 3, c. 2 673

Act respecting the Québec Pension Plan, R.S.Q. 1977, c. R-9
s. 148 417

Act respecting public inquiry commissions, R.S.Q., c. C-37
ss. 1-20 716

B

Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3
s. 2 'property' 417
s. 47 417
s. 48 417
s. 49(1) 417
s. 107(1)(h) 417
s. 187 417

Bankruptcy Act, 1883 (U.K.), 46 & 47 Vict., c. 52 178

Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965, Bahamas, No. 64 of 1965
s. 10 [am. No. 3 of 1980, s. 2] 278

C

Canada Electrical Safety Regulations, C.R.C. 1978, c. 998 561

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10
s. 2 350
s. 5 350

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1
s. 81(1) 561
s. 81(2) 561
s. 82(1)(a) 561
s. 82(1)(b) 561

PAGE

s. 84(1)(g) 561

Canada Pension Plan Act, R.S.C. 1970, c. C-5
s. 65 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 4, s. 33] 417

Canada Protective Clothing and Equipment Regulations, C.R.C. 1978, c. 1007 561

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III,
preamble 486
s. 2(c)(iii) 613
s. 2(e) 486
s. 2(f) 673

Canadian Charter of Rights and Freedoms
preamble 486
s. 1 ..... 350, 486
s. 7 ..... 255, 278, 486
s. 8 486
s. 9 486
s. 10 486
s. 10(c) 613
s. 11 486
s. 11(c) 350
s. 11(d) 350, 673
s. 11(h) 255
s. 12 ..... 255, 486
s. 13 350
s. 14 486
s. 24 350
s. 33 486

Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33
s. 2 561
s. 3 561
s. 7(a) 561
s. 7(b) 561
s. 10(a) 561
s. 10(b) 561
s. 14(a) 561

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12
s. 49 716

PAGE

Civil Code
art. 480 ... 85
art. 517 ... 85

Civil Rights Act of 1964, 42 USCS §§ 2000e(j), 2000e-2(a)(1) ... 536

Code of Civil Procedure
art. 33 ... 716
art. 165(4) ... 716
art. 553.12. ... 417
art. 846 ... 74

Combines Investigation Act, R.S.C. 1927, c. 26 ... 592

Combines Investigation Act, R.S.C. 1952, c. 314
s. 34(2) ... 592
s. 41(2) ... 592

Constitution Act, 1867
s. 91(24) ... 309, 387
s. 92(13) ... 387
s. 92(16) ... 387
s. 99(1) ... 673
s. 99(2) ... 673
s. 100 ... 673

Constitution Act, 1982
preamble ... 455
s. 35 ... 387
s. 52(1) ... 486, 673
s. 91(27) ... 486
s. 92(14) ... 486

Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c. 63
s. 1 ... 486

Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11
s. 53(1) ... 673
s. 53(2) ... 673
s. 54(4) ... 673
s. 56(1) ... 673
s. 87(1) ... 673
s. 88 ... 673
s. 98 ... 716

Crimes Act 1961, 1961 (N.Z.), No. 43
s. 7 ... 178

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34
s. 5(2) ... 178
s. 21 ... 592
s. 21(1) ... 216
s. 24(1) ... 592
s. 24(2) ... 592
s. 25 ... 216
s. 26 ... 216
s. 27 ... 216

PAGE

s. 34 ... 216
s. 35 ... 216
s. 83(1)(a) ... 255
s. 83(2) ... 255
s. 84(1)(a) ... 255
s. 84(1)(b) ... 255
s. 85 ... 255
s. 118 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 7] ... 2
s. 127(2) [as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 3; 1972 (Can.), c. 13, s. 8] ... 38
s. 143 ... 476
s. 156 ... 233
s. 157 ... 233
s. 159(1) ... 241
s. 159(2)(a) ... 241
s. 159(8) ... 241
s. 165(b) ... 241
s. 178.11(1) ... 434
s. 178.11(2) [added 1973-74 (Can.), c. 50, s. 2] ... 434
s. 178.12(1) [added 1973-74 (Can.), c. 50, s. 2; am. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 8] ... 434
s. 178.13(2) [added 1973-74 (Can.), c. 50, s. 2; am. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 9] ... 434
s. 228 ... 255
s. 234 ... 483
s. 234(1) ... 119
s. 234.1(1) [as en. by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 15] ... 2
s. 234.1(2) [as en. by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 15] ... 2
s. 237(1) ... 119
s. 302(b) ... 255
s. 302(d) ... 255
s. 303 ... 255
s. 305(1) ... 38
s. 306(1)(a) ... 592
s. 306(2)(a) ... 592
s. 312 [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 29] ... 159
s. 408 ... 612
s. 421 ... 255
s. 423(1)(d) ... 38, 178
s. 423(3) ... 178
s. 449 [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5] ... 2
s. 450 [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5] ... 2
s. 450(1)(b) [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5] ... 216
s. 469 ... 350

PAGE

s. 605(1)(a) 38, 128, 592
s. 613(1)(a) 273
s. 613(1)(a)(iii) 233
s. 613(1)(b)(ii) 273
s. 613(1)(b)(iii) 233, 350, 476
s. 621(1)(a) 128

D

Dependants' Relief Act, R.S.S. 1978, c. D-25 85

E

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
art. 6 673

F

Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152 85
Family Relations Act, 1972 (B.C.), c. 20 85
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10
s. 2 613
s. 17(5) 613
s. 18 ..... 643, 662
s. 28 ..... 455, 561
Freedom of Worship Act, R.S.Q. 1941, c. 307 332
Fugitive Offenders Act 1967, 1967 (U.K.), c. 68 ... 178

H

Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202
s. 14 [as am. by 1979 (Ont.), c. 57, s. 2] 2
s. 83 673
Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198
s. 189a.(1) [as. en. by 1981 (Ont.), c. 72, s. 2] 2
Human Rights Act, 1974 (Man.), c. 65
s. 6(1) 150
Human Rights Act, 1975 (P.E.I.), c. 72 536

PAGE

Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.) (2nd Sess.), c. 119
s. 3 536

I

Income and Corporation Taxes Act 1970, 1970 (U.K.), c. 10
s. 302(2)(a) 288
s. 302(2)(b) 288
s. 302(2)(c) 288
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 278
s. 4 46
s. 11(1) 288
s. 11(1)(a) 46
s. 12(1)(a) 46
s. 12(1)(b) 46
s. 39(4)(a) 288
s. 39(4)(b) as amended by 1960 (Can.), c. 43 288
Income Tax Regulations
s. 1100(1) 46
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6
s. 88 ..... 309, 332, 387
Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alta.), c. 2
s. 5 536
Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13 716
Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225
s. 10 536
s. 27(b) 2
Intestate Succession Act, R.S.S. 1978, c. I-13 85

J

Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1
s. 33(1) 673
s. 40 673
s. 41 673
Justices' and Magistrates' Protection Act, R.S.N.S. 1967, c. 157
s. 2 716

PAGE

L

Labour Code, R.S.Q., c. C-27
s. 100.13 ... 74
s. 139. ... 74
Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163
s. 150 ... 387

M

Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964
s. 15 ... 716
Magistrate's Privileges Act, R.S.Q., c. P-24
s. 1 ... 716
Married Persons' Property Act, R.S.S. 1978, c. M-6 and (Supp.), c. 43 ... 85
Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1
s. 20 ... 85
s. 21 ... 85
s. 22 ... 85
s. 30(1) ... 85
s. 30(3) ... 85
s. 31 ... 85
s. 36 ... 85
s. 37 ... 85
s. 40 ... 85
s. 43 ... 85
s. 50 ... 85
Matrimonial Property Act, 1980 (N.S.), c. 9. ... 85
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288,
s. 94 (am. by Motor Vehicle Amendment Act, 1982, 1982 (B.C.), c. 36 s. 19) ... 486
Motor-Cycle Crash Helmet (Religious Exemption) Act, 1976, 1976 (U.K.), c. 62
s. 1. ... 561

O

Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305
s. 114 ... 309
Old Age Security Act, R.S.C. 1970, c. O-6
s. 22 [rep. & subs. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 21, s. 10; am. 1974-75-76 (Can.), c. 58, s. 8] ... 417
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318
s. 4(6) ... 561

PAGE

Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340
preamble ... 536
s. 4(1)(g) ... 536
s. 9 ... 536
O.Reg. 332/84
s. 32(3) ... 673

P

Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6 ... 643
Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251
s. 40 ... 662
s. 40(1) ... 643
s. 40(2) ... 643
Pension Act, R.S.C. 1970, c. P-7
s. 23(8) [rep. & subs. 1976-77 (Can.), c. 28, s. 34] ... 417
Planning Act Regulation, 30/77
s. 6(1) ... 164
s. 7 ... 164
s. 11 ... 164
Planning Act, 1975 (Man.), c. 29
s. 1 ... 164
s. 60(1) ... 164
s. 62(1), as amended; C.C.S.M., c. P80 ... 164
Police Act, R.S.O. 1970, c. 351
s. 55 [now R.S.O. 1980, c. 381 s. 57] ... 2
Police Act, R.S.Q., c. P-13
s. 3 ... 74
s. 20 ... 716
s. 21 ... 716
s. 22 ... 716
s. 34.3 ... 716
s. 35 ... 716
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, c. 341
s. 37 ... 716
Provincial Court Act, 1978, 1978 (Sask.), c. 42
s. 23 ... 716
Provincial Court Judges Act, 1981 (Alta.), c. P-20.1
s. 16(1) ... 716
Provincial Courts Act, R.S.O. 1980, c. 398
s. 2 ... 673
s. 5(4) ... 673
s. 12(1) ... 673
s. 12(2) ... 673
s. 34(1) ... 673

PAGE

Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 18
s. 1 ... 673
Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 78
s. 2(2) ... 673
Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400
s. 99 ... 673
s. 114 ... 673
Public Schools Act, R.S.M. 1970, c. P250
s. 39(2) ... 150
Public Schools Act, 1980 (Man.), c. 33
s. 50 ... 150
Public Service Act, R.S.O. 1980, c. 418 ... 673
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35
s. 91(1) ... 455
Public Service Superannuation Act, R.S.O. 1980, c. 419
s. 26 ... 673

R

R.R.O. 1980, Reg. 811
s. 2 ... 673
s. 4 ... 673
s. 5 ... 673
s. 7 ... 673
R.R.O. 1980, Reg. 881
s. 7 ... 673
s. 75 ... 673
s. 76 ... 673
Regulation respecting the ethics and discipline of the policemen of the Communauté urbaine de Montréal, R.R.Q. 1981, c. C-37.2, r. 1
s. 57 ... 74
s. 60 ... 74
s. 72 ... 74
Road Traffic Act 1972, 1972 (U.K.), c. 20 ... 561

PAGE

S

Securities Act, R.S.M. 1954, c. 237 ... 178
Social Aid Act, R.S.Q. 1977, c. A-16
s. 25 ... 417
Statute of Westminster, 1931, R.S.C. 1970, App. II, No. 26 ... 178
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19
s. 41(1) [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5] ... 309
s. 41(3) ... 309

U

Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48
s. 48 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 18; 1976-77 (Can.), c. 54, s. 44] ... 417
s. 49 ... 417
Unemployment Insurance Regulations, SOR/71-324
s. 175 ... 417

W

Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433
s. 3(1) ... 309
s. 8(1) ... 309
Wildlife Act, 1966 (B.C.), c. 55
s. 4(1)(c), now R.S.B.C. 1979, c. 433 ... 332
s. 3(1)(c) ... 332
Wills Act, R.S.S. 1978, c. W-14. ... 85
Workmen's Compensation Act, R.S.O. 1980, c. 539 ... 561

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

A

Acte d'établissement, 12 & 13 Will. 3, chap. 2 673

B

Bankruptcy Act, 1883 (U.K.), 46 & 47 Vict., chap. 52 178

Banks and Trust Companies Regulation Act, 1965, Bahamas, nº 64 de 1965
art. 10 [mod. par nº 3 de 1980, art. 2] 278

C

Charte canadienne des droits et libertés 128
préambule 486
art. 1 ..... 350, 486
art. 7 ..... 255, 278, 486
art. 8 486
art. 9 486
art. 10 486
art. 10c) 613
art. 11 486
art. 11c) 350
art. 11d) 350, 673
art. 11h) 255
art. 12 ..... 255, 486
art. 13 350
art. 14 486
art. 24 350
art. 33 486

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12
art. 49 716

Civil Rights Act of 1964, 42 USCS §§ 2000e(j), 2000e-2(a)(1) 536

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1
art. 81(1) 561
art. 81(2) 561
art. 82(1)a) 561
art. 82(1)b) 561
art. 84(1)g) 561

Code civil
art. 480 85
art. 517 85

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34
art. 5(2) 178
art. 21 592
art. 21(1) 216
art. 24(1) 592
art. 24(2) 592
art. 25 216
art. 26 216
art. 27 216
art. 34 216
art. 35 216
art. 83(1)a) 255
art. 83(2) 255
art. 84(1)a) 255
art. 84(1)b) 255
art. 85 255
art. 118 [abr. & rempl. 1972 (Can.), chap. 13, art. 7] 2
art. 127(2) [mod. par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 3; 1972 (Can.), chap. 13, art. 8] 38
art. 143 476
art. 156 233
art. 157 233
art. 159(1) 241
art. 159(2)(a) 241
art. 159(8) 241
art. 165b) 241
art. 178.11(1) 434
art. 178.11(2) [aj. 1973-74 (Can.), chap. 50, art. 2] 434
art. 178.12(1) [aj. 1973-74 (Can.), chap. 50, art. 2; mod. 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 8] 434
art. 178.13(2) [aj. 1973-74 (Can.), chap. 50, art. 2; am. 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 9] 434

PAGE

art. 228 ... 255
art. 234 ... 483
art. 234(1) ... 119
art. 234.1(1) [aj. à 1974-75 (Can.), chap. 93, art. 15] ... 2
art. 234.1(2) [aj. à 1974-75-76 (Can.), chap. 93, s. 15] ... 2
art. 237(1) ... 119
art. 302b) ... 255
art. 302d) ... 255
art. 303 ... 255
art. 305(1) ... 38
art. 306(1)a) ... 592
art. 306(2)a) ... 592
art. 312 [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art.29] ... 159
art. 408 ... 612
art. 421 ... 255, 38,
art. 423(1)d) ... 178
art. 423(3) ... 178
art. 449 [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 5] ... 2
art. 450 [abr. & rempl.. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 5] ... 2
art. 450(1)b) [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 2, art. 5] ... 216
art. 469 ... 350
art. 605(1)a) ... 38, 128, 592
art. 613(1)a) ... 273
art. 613(1)(a)(iii) ... 233
art. 613(1)b)(ii) ... 273
art. 613(1)b)(iii) ... 233, 350, 476
art. 621(1)a) ... 128

Code de la route, L.R.O. 1980, chap. 198
art. 189a.(1) [aj. à 1981 (Ont.), chap. 72, art. 2] ... 2

Code de la route, S.R.O. 1970, chap. 202
art. 14 [mod. par 1979 (Ont.), chap. 57, art. 2] ... 2
art. 83 ... 673

Code de procédure civile
art. 33 ... 716
art. 165(4) ... 716
art. 553.12 ... 417
art. 846 ... 74

Code du travail, L.R.Q., chap. C-27
art. 100.13 ... 74
art. 139 ... 74

PAGE

Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, chap. 340
préambule ... 536
art. 4(1)g) ... 536
art. 9 ... 536

Code ontarien des droits de la personne, S.R.O. 1970, chap. 318
art. 4(6) ... 561

Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, chap. 63
art. 1 ... 486

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,
art. 6 ... 673

Crimes Act 1961, 1961 (N.-Z.), nº 43
art. 7 ... 178

D

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III,
préambule ... 486
art. 2c)(iii) ... 613
art. 2e) ... 486
art. 2f) ... 673

Dependants' Relief Act, R.S.S. 1978, chap. D-25 ... 85

F

Family Relations Act, 1972 (C.-B.), chap. 20 ... 85

Fugitive Offenders Act 1967, 1967 (U.K.), chap. 68 ... 178

H

Human Rights Act, 1974 (Man.), chap. 65
art. 6(1) ... 150

Human Rights Act, 1975 (Î.-P.-É.), chap. 72 ... 536

Human Rights Code of British Columbia, 1973 (C.-B.) (2nd Sess.), chap. 119
art. 3 ... 536

PAGE

I

Income and Corporation Taxes Act 1970, 1970 (U.K.), chap. 10
art. 302(2)a) ... 288
art. 302(2)b) ... 288
art. 302(2)c) ... 288

Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alb.), chap. 2
art. 5 ... 536

Intestate Succession Act, R.S.S. 1978, c. I-13 ... 85

J

Justices' and Magistrates' Protection Act, R.S.N.S. 1967, chap. 157
art. 2 ... 716

L

Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163
art. 150 ... 387

Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33
art. 2 ... 561
art. 3 ... 561
art. 7a) ... 561
art. 7b) ... 561
art. 10a) ... 561
art. 10b) ... 561
art. 14a) ... 561

Loi constitutionnelle de 1867
préambule ... 455
art. 91(24) ... 309, 387
art. 91(27) ... 486
art. 92(13) ... 387
art. 92(14) ... 486
art. 92(16) ... 387
art. 99(1) ... 673
art. 99(2) ... 673
art. 100 ... 673

Loi constitutionnelle de 1982
art. 35 ... 387
art. 52(1) ... 486, 673

PAGE

Loi d'interprétation, S.R.O. 1970, chap. 225
art. 10 ... 536
art. 27b) ... 2

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148 ... 278
art. 4 ... 46
art. 11(1) ... 288
art. 11(1)a) ... 46
art. 12(1)a) ... 46
art. 12(1)b) ... 46
art. 39(4)a) ... 288
art. 39(4)b) modifié par 1960 (Can.), chap. 43 ... 288

Loi de la liberté des cultes et du bon ordre dans les églises, S.R.Q. 1941, chap. 307 ... 332

Loi de police, L.R.Q., chap. P-13
art. 3 ... 74
art. 20 ... 716
art. 21 ... 716
art. 22 ... 716
art. 34.3 ... 716
art. 35 ... 716

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48
art. 48 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 18; 1976-77 (Can.), chap. 54, art. 44] ... 417
art. 49 ... 417

Loi de 1983 modifiant la Loi sur les cours provinciales, 1983 (Ont.), chap. 18
art. 1 ... 673

Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11
art. 53(1) ... 673
art. 53(2) ... 673
art. 54(4) ... 673
art. 56(1) ... 673
art. 87(1) ... 673
art. 88 ... 673
art. 98 ... 716

Loi des enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1927, chap. 26 ... 592

Loi portant réforme du droit de la famille, S.R.O. 1980, chap. 152 ... 85

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1952, chap. 314
art. 34(2) ... 592
art. 41(2) ... 592

PAGE

Loi sur l'aide sociale, L.R.Q. 1977, chap. A-16
art. 25 ... 417

Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3
art. 2 "biens" ... 417
art. 47 ... 417
art. 48 ... 417
art. 49(1) ... 417
art. 107(1)h) ... 417
art. 187 ... 417

Loi sur la fonction publique, L.R.O. 1980, chap. 418 ... 673

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10
art. 2 ... 350
art. 5 ... 350

Loi sur la sécurité de la vieillesse, S.R.C. 1970, chap. O-6
art. 22 [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 21, art. 10; mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 58, art. 8] ... 417

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10
art. 2 ... 613
art. 17(5) ... 613
art. 18 ... 643, 662
art. 28 ... 455, 561

Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19
art. 41(1) [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5] ... 309
art. 41(3) ... 309

Loi sur le régime de rentes du Québec, L.R.Q. 1977, chap. R-9
art. 148 ... 417

Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.O. 1980, chap. 419
art. 26 ... 673

Loi sur les accidents du travail, L.R.O. 1980, chap. 539 ... 561

Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., chap. C-37
art. 1 à 20 ... 716

Loi sur les cours provinciales, L.R.O. 1980, chap. 398
art. 2 ... 673
art. 5(4) ... 673
art. 12(1) ... 673
art. 12(2) ... 673
art. 34(1) ... 673

PAGE

Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13 ... 716

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6
art. 88 ... 309, 332, 387

Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1980, chap. 400
art. 99 ... 673
art. 114 ... 673

Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1
art. 33(1) ... 673
art. 40 ... 673
art. 41 ... 673

Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6 ... 643

Loi sur les pensions, S.R.C. 1970, chap. P-7
art. 23(8) [abr. & rempl. 1976-77 (Can.), chap. 28, art. 34] ... 417

Loi sur les privilèges des magistrats, L.R.Q., chap. P-24
art. 1 ... 716

Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35
art. 91(1) ... 455

M

Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964
art. 15 ... 716

Married Persons' Property Act, R.S.S. 1978, chap. M-6 et (Supp.), chap. 43 ... 85

Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1
art. 20 ... 85
art. 21 ... 85
art. 22 ... 85
art. 30(1) ... 85
art. 30(3) ... 85
art. 31 ... 85
art. 36 ... 85
art. 37 ... 84
art. 40 ... 85
art. 43 ... 85
art. 50 ... 85

Matrimonial Property Act, 1980 (N.-É.), chap. 9 ... 85

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288
art. 94 (mod. par Motor Vehicle Amendment Act, *1982*, 1982 (C.-B.), chap. 36, art. 19) ... 486

PAGE

Motor-Cycle Crash Helmet (Religious Exemption) Act, 1976, 1976 (U.K.), chap. 62
art. 1 ... 561

O

O. Reg. 332/84
art. 32(3) ... 673

Offence Act, R.S.B.C. 1979, chap. 305
art. 114 ... 309

P

Planning Act Regulation, 30/77
art. 6(1) ... 164
art. 7 ... 164
art. 11 ... 164

Planning Act, 1975 (Man.), chap. 29
art. 1 ... 164
art. 60(1) ... 164
art. 62(1) et modifications; C.C.S.M., chap. P80 ... 164

Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351
art. 55 [maintenant R.S.O. 1980, chap. 381, art. 57] ... 2

Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, chap. 341
art. 37 ... 716

Provincial Court Act, 1978, 1978 (Sask.), chap. 42
art. 23 ... 716

Provincial Court Judges Act, 1981 (Alb.), chap. P-20.1
art. 16(1) ... 716

Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 78
art. 2(2) ... 673

Public Schools Act, R.S.M. 1970, chap. P250
art. 39(2) ... 150

Public Schools Act, 1980 (Man.), chap. 33
art. 50 ... 150

PAGE

R

R.R.O. 1980, Reg. 811
art. 2 ... 673
art. 4 ... 673
art. 5 ... 673
art. 7 ... 673

R.R.O. 1980, Reg. 881
art. 7 ... 673
art. 75 ... 673
art. 76 ... 673

Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-5
art. 65 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 4, art. 33] ... 417

Règlement de l'impôt sur le revenu
art. 1100(1) ... 46

Règlement du Canada sur la protection contre les dangers de l'électricité, C.R.C. 1978, chap. 998. 561

Règlement du Canada sur les vêtements et l'équipement protecteurs, C.R.C. 1978, chap. 1007 561

Règlement sur la déontologie et la discipline des policiers de la Communauté urbaine de Montréal, R.R.Q. 1981, chap. C-37.2 , r. 1
art. 57 ... 74
art. 60 ... 74
art. 72 ... 74

Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251
art. 40 ... 662
art. 40(1) ... 643
art. 40(2) ... 643

Règlements sur l'assurance-chômage, DORS/71-324
art. 175 ... 417

Road Traffic Act 1972, 1972 (U.K.), chap. 20 561

S

Securities Act, R.S.M. 1954, chap. 237 ... 178

Statut de Westminster, 1931, S.R.C. 1970, app. II, nº 26 ... 178

PAGE

W

Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433
art. 3(1) 309
art. 8(1) 309

PAGE

Wildlife Act, 1966 (C.-B.), chap. 55
art. 4(1)c), maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 433 332
art. 3(1)c) 332

Wills Act, R.S.S. 1978, chap. W-14 85

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Abel, A. S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U. of T. L.J.* 487, 487-521 496

Allen, Sir Carleton Kemp. *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931 527

American Law Institute. *Model Penal Code* (Proposed Official Draft), Philadelphia, American Law Institute, 1962 213

Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 30th ed. by Robert Ernest Ross and Maxwell Turner, London, Sweet & Maxwell, Ltd., 1938 527

Association du Barreau canadien. Comité spécial sur l'indépendance de la magistrature au Canada. Rapport. *L'Indépendance de la magistrature au Canada*, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, 1985 691

Bailey, S. H. and D. J. Birch. "Recent Developments in the Law of Police Powers," [1982] *Crim. L.R.* 475 13

Bittker, Boris I. *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, vol. 1, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1981 64

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, "proceeding" 378

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, "remedy" 423

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, "stay" 137

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, 17th ed., by E. Christian, London, T. Tagg, 1830 526

Brun, H. et G. Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982 738

Butler, T. R. F. and M. Garsia. *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 36th ed., London, Sweet & Maxwell, 1966 13

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 11, «Emprisonnement-Libération» dans *Études sur l'emprisonnement*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1976 532

Canada. Commission de réforme du droit du Canada, *La juridiction extra-territoriale* (Document de travail nº 37), Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1984 213

Canada. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (Rapport 3), Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1979 212

Canada, Commission de réforme du droit. Document de travail nº 10, *Les confins du droit pénal: leur détermination à partir de l'obscénité*, Ottawa, Information Canada, 1975 250

Canada. Law Reform Commission of Canada. *Extraterritorial Jurisdiction* (Working Paper 37), Ottawa, Minister of Supply and Services, 1984 213

Canada. Law Reform Commission of Canada. *Our Criminal Law* (Report 3), Ottawa, Minister of Supply and Services, 1979 212

Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 11, "Imprisonment and Release" in *Studies on Imprisonment*, Ottawa, Law Reform Commission of Canada, 1976 532

Canada, Law Reform Commission, Working Paper No. 10, *Limits of Criminal Law—Obscenity: A Test Case*, Ottawa, Information Canada, 1975. 250

Canadian Bar Association. Special Committee on the Independence of the Judiciary in Canada. Report. *The Independence of the Judiciary in Canada*, Ottawa, Canadian Bar Foundation, 1985. 691

Cohen, S. "The Investigation of Offences and Police Powers" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 549. 13

Cohen, S. A. "Observations on the Re-emergence of the Doctrine of Abuse of Process" (1981), 19 C.R. (3d) 310. 132

Côté, P. A. *Interprétation des lois*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1982. 365, 429

Côté, P. A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1984. 365, 429

Cromwell, T. "Habeas Corpus and Correctional Law" (1977), 3 *Queen's L.J.* 295. 626

Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice, adoptée par la Conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, Juin 1983, dans S. Shetreet et J. Deschênes, eds., Judicial Independence: The Contemporary Debate, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985. 691

Denning, Sir Alfred. *The Road to Justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1955. 701

Deschênes, Jules, en collaboration avec Carl Baar. *Maîtres chez eux*, Ottawa, Conseil Canadien de la magistrature, 1981. 687, 709

Deschênes, Jules, in collaboration with Carl Baar. *Masters in their own house*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1981. 687, 709

Devlin, P. B. *The Criminal Prosecution in England*, New Haven, Yale University Press, 1958. 13

Dickson, Brian. "The Rule of Law: Judicial Independence and the Separation of Powers," Address to the Canadian Bar Association, Halifax, August 21, 1985, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa. 711

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983. 431

England. The Law Commission. *Report on the Territorial and Extraterritorial Extent of the Criminal Law* (Law Com. 91), in *Law Commission Reports*, collected edition (unabridged), Abington, Oxford, Professional Books Ltd., 1978. 213

Fawcett, J. E. S. *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969. 686

Green, Sir Guy. "The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence" (1985), 59 *A.L.J.* 135, 135-150. 687

Hall, Lynden. " 'Territorial' Jurisdiction and the Criminal Law," [1972] *Crim. L.R.* 276, 276-287. 210

Halsbury's Laws of England, 3rd ed., vol. 30, London, Butterworths, 1959. 32

Halsbury's Laws of England, 3rd ed., vol. 36, London, Butterworths, 1961. 30

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 1, London, Butterworths, 1973. 738

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 37, London, Butterworths, 1982. 378

Holdsworth, Sir William S. *A History of English Law*, 3rd ed., vol. 2, London, Methuem & Co. Ltd., 1923 526

Honsberger, J. "The Power of Arrest and the Duties and Rights of Citizens and the Police," [1963] *L.S.U.C. Special Lectures: Arrest and Interrogation* 1. 13

Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy Law of Canada*, Current Service, vol. 1, Toronto, Carswells, 1979. 426

Humphrey, D. G. "Abuse of Their Powers by the Police," [1979] *L.S.U.C. Special Lectures: Abuse of Power* 557. 18

Jordan A. "Government, Two — Indians, One" (1978), 16 *Osgoode Hall L.J.* 709. 315

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed., vol. 2, by J. Burke, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "remedy". 423

Kaufman F. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed., Toronto, Carswells, 1979. 375

PAGE

Kenny, Courtney Stanhope. *Outlines of Criminal Law*, 16th ed. by J. W. Cecil Turner, Cambridge, University Press, 1952 527

Lanham, David, "Arrest, Detention and Compulsion," [1974] *Crim. L.R.* 288 13

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed. rev., Toronto, Carswells, 1969 496

Laskin, Bora. "Some Observations on Judicial Independence," Address to the Canadian Association of Provincial Court Judges, New Judges Programme, Ottawa, November 1, 1980, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa. 710

Lederman, W. R., ed. *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland & Stewart Ltd., 1964 496

Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" in *The Canadian Judiciary*, ed. A. M. Linden, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University, 1976. ..... 687, 709

Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 769-809, 1139-1179. ... 691

Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales*, London, Butterworths, 1975. 12

Lysyk, K. "The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 513 315

MacKenzie, N. A. M. "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561, 561-568. 400

Magnet, J. E. "The Presumption of Constitutionality" (1980), 18 *Osgoode Hall L.J.* 87, 87-145 507

Mertens Law of Fed Income Tax §25.20 (1979 Rev., vol. 4A), Wilmette, Illinois, Callaghan & Co. 65

Note. "Developments in the Law—Federal Habeas Corpus", 83 *Harv. L.R.* 1038 (1970). 639

Phipson on Evidence, 13th ed. by J. H. Buzzard, R. May and M. N. Howard, London, Sweet & Maxwell, 1982. 377

Pinson, Barry. *Pinson on Revenue Law*, 15 ed., London, Sweet & Maxwell, 1982. 62

Ratushny, E. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle» dans *Charte canadienne des droits et libertés*, G.-A. Beaudoin et W. Tarnopolsky (éd.), Toronto, Carswells, 1982. 357

Ratushny, E. *Self-incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswells, 1979 358

Ratushny, E. "The Role of the Accused in the Criminal Process" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, W. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin (eds.), Toronto, Carswells, 1982. 357

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 3rd ed., Toronto, Canada Law Book Ltd., 1978. 13

Sharpe, R. J. "Habeas Corpus in Canada" (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241 632

Sharpe, R. J. *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976. 632

Shetreet, S. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporar Challenges" in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, eds. S. Shetreet and J. Deschênes, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nyhoff Publishers, 1985. 692

Shetreet, S. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1976. 686

Smith, J. C. and B. Hogan. *Criminal Law*, London, Butterworths, 1965. 13

Tiley, John. *Revenue Law*, London, Butterworths, 1981. 63

Tremblay, L. "Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?" (1984), 18 *U.B.C.L. Rev.* 201, 201-254 513

Universal Declaration on the Independence of Justice, adopted by the First World Conference on the Independence of Justice, Montreal, June 1983, in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985. 691

Upton, L. F. S. *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1979. 404

Walker, Nigel. *Sentencing in a Rational Society*, Western Printing Services Ltd., Bristol, 1969 532

Wigmore on Evidence, vol. 8, rev. by J. T. McNaughton, Boston, Little, Brown and Co., 1961. 358

Williams, G. *Criminal Law, The General Part*, 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1961 514

Williams, Glanville. "Venue and the Ambit of Criminal Law" (1965), 81 *L.Q.R.* 276, 276-288, 395-421, 518-538. 190

Williams, Sharon A. and J.-G. Castel. *Canadian Criminal Law, International and Transnational Aspects*, Toronto, Butterworths, 1981..... 210

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Robert Miller *Respondent.*

File No.: 17333.

1984: October 12; 1985: December 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Prerogative writs — Habeas corpus — Jurisdiction — Superior courts — Inmate confined in a special handling unit — Application for habeas corpus and certiorari in aid in a superior court — Whether a provincial superior court has jurisdiction to issue certiorari in aid of habeas corpus to determine the validity of an inmate's confinement in a special handling unit of a federal penitentiary — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

Prerogative writs — Habeas corpus — Availability of remedy — Inmate confined in a special handling unit following a disturbance in a federal penitentiary — Whether habeas corpus lies to challenge the validity of a particular form of confinement in a penitentiary.

Prerogative writs — Habeas corpus — Procedure — Affidavit evidence — Whether affidavit evidence admissible on habeas corpus application to show jurisdictional error.

Following a disturbance in the penitentiary, respondent inmate was transferred to another institution and placed in administrative segregation in a "Special Handling Unit". This unit was reserved for particularly dangerous inmates and was characterized by a more restrictive confinement and the loss of several privileges or amenities enjoyed by the general inmate population. Respondent was advised that he had been placed there because of his participation in the disturbance, but was never given any opportunity to confront the evidence, if any, of his involvement in the incident. Respondent's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid was dismissed by the Ontario Supreme Court. The Court of Appeal allowed respondent's appeal and returned the matter to the High Court to determine the issue on the merits. This appeal is to determine (1) whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board, commission or other tribunal despite the exclusive jurisdiction in

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Robert Miller *Intimé.*

N° du greffe: 17333.

1984: 12 octobre; 1985: 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Compétence — Cours supérieures — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention — Demande d'habeas corpus avec certiorari auxiliaire présentée à une cour supérieure — Une cour supérieure provinciale est-elle compétente pour délivrer un certiorari auxiliaire d'un habeas corpus pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier fédéral? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Possibilité d'exercer ce recours — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention par suite d'un incident dans un pénitencier fédéral — Peut-on recourir à l'habeas corpus pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération dans un pénitencier?

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Procédure — Preuve par affidavit — Admissibilité d'une preuve par affidavit pour établir une erreur de compétence dans le cadre d'une demande d'habeas corpus.

À la suite d'un incident dans un pénitencier, le détenu intimé a été transféré à un autre établissement où on l'a mis en ségrégation administrative dans une «unité spéciale de détention». Cette unité est réservée aux détenus particulièrement dangereux. La détention y est plus sévère et entraîne la privation de plusieurs privilèges ou agréments dont jouit la population carcérale générale. On a fait savoir à l'intimé qu'il y avait été placé en raison de sa participation à l'incident en question, mais il n'a jamais eu la possibilité de réfuter la preuve, si preuve il y avait, de cette participation. La demande de l'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire présentée par l'intimé a été rejetée par la Cour suprême de l'Ontario. La Cour d'appel a accueilli son appel et renvoyé l'affaire à la Haute Cour pour qu'elle tranche le litige sur le fond. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si, nonobstant la compétence exclusive en matière de *certiorari* que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale du Canada, une cour supérieure provin-

respect of *certiorari* of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*; (2) whether, on an application for *habeas corpus* alone, a court may consider affidavit evidence to determine whether a detention is unlawful by reason of an absence or excess of jurisdiction; and (3) whether *habeas corpus* will lie to determine the validity of confinement in a special handling unit, and if such confinement is found to be unlawful, to secure the release of the inmate into the general population of the institution.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) A provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* notwithstanding s. 18 of the *Federal Court Act*. The provisions of the *Federal Court Act* indicate a clear intention on the part of Parliament to leave the jurisdiction by way of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority with the provincial superior courts. While s. 18 confers an exclusive and very general review jurisdiction over federal authorities by the prerogative and extraordinary remedies, to which specific reference is made, it deliberately omits reference to *habeas corpus*. This omission was not an oversight but a well considered decision. Considering the importance of *certiorari* in aid to the effectiveness of *habeas corpus*, a remedy included as a guaranteed right in s. 2(*c*)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 10(*c*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it cannot have been intended that the reference to *certiorari* in s. 18 should have the effect of undermining or weakening the *habeas corpus* jurisdiction of the provincial superior courts by the exclusion or denial of *certiorari* in aid. To avoid such a construction, it is possible to conclude that, because of the association in that section of *certiorari* with the other prerogative and extraordinary remedies, the reference to *certiorari* in s. 18 is to the independent remedy of *certiorari* to quash the decision of an inferior tribunal and not to *certiorari* as an ancillary procedure used to serve an essentially evidentiary purpose. Indeed, it is unlikely that Parliament intended to confer an exclusive jurisdiction to issue *certiorari* in aid when it had clearly withheld the jurisdiction to issue *habeas corpus*.

(2) It is well established that affidavit evidence is admissible on *certiorari* to show jurisdictional error. Subject to the limitation arising from the conclusive character of the records of courts of superior or general common law jurisdiction, a court may also on an

ciale peut délivrer contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire; (2) si un tribunal saisi d'une demande d'*habeas corpus* simple peut tenir compte d'une preuve par affidavit pour déterminer si une détention est illégale pour défaut ou excès de compétence; et (3) si l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une incarcération dans une unité spéciale de détention et, dans l'hypothèse où cette incarcération serait jugée illégale, pour obtenir la réintégration du détenu dans la population générale de l'établissement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) Une cour supérieure provinciale a compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* nonobstant l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* traduisent une intention claire chez le législateur de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence pour vérifier par voie d'*habeas corpus* la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales. Bien que l'art. 18 confère une compétence exclusive et très générale pour contrôler les décisions d'autorités fédérales par le moyen des recours de prérogative et des recours extraordinaires, lesquels sont expressément mentionnés, toute mention de l'*habeas corpus* a été délibérément omise. Or, cette omission n'est pas un oubli mais le résultat d'une décision bien pesée. Compte tenu de l'importance du *certiorari* auxiliaire pour l'efficacité de l'*habeas corpus*, recours auquel le sous-al. 2*c*)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'al. 10*c*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaissent le statut de droit garanti, on n'a pas pu vouloir que la mention du *certiorari* à l'art. 18 ait pour effet de miner ou d'affaiblir la compétence des cours supérieures provinciales en matière d'*habeas corpus* en excluant ou en refusant le *certiorari* auxiliaire. Pour éviter une telle interprétation, il est possible de conclure, étant donné qu'à l'art. 18 le *certiorari* fait partie d'une énumération des recours de prérogative et des recours extraordinaires, qu'il est alors question du recours indépendant en *certiorari* pour l'annulation d'une décision d'un tribunal d'instance inférieure et non pas du *certiorari* en tant que procédure auxiliaire servant essentiellement à établir la preuve. En fait, puisqu'il n'a manifestement pas donné compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*, il est peu probable que le législateur ait voulu conférer une compétence exclusive pour délivrer un *certiorari* auxiliaire.

(2) Il est bien établi que, dans le cas d'une demande de *certiorari*, une preuve par affidavit est admissible pour établir une erreur de compétence. Sous réserve de la restriction qui résulte du caractère concluant des dossiers de cours de juridiction supérieure ou de juridic-

application for *habeas corpus* without *certiorari* in aid consider affidavit or other extrinsic evidence to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction. The proposition that this Court was limited on *habeas corpus* to an examination of the warrant of committal in determining whether there had been a jurisdictional error goes beyond the true basis of the Court's jurisprudence on this question.

(3) *Habeas corpus* lies to determine the validity of a particular form of confinement in a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of this remedy as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. Confinement in a special handling unit or in administrative segregation is a form of detention that is distinct and separate from that imposed on the general inmate population. It is in fact a new detention of the inmate, purporting to rest on its own foundation of legal authority. There is no reason in principle, in view of the nature and role of *habeas corpus*, why that remedy should not be available to challenge the validity of such a distinct form of detention in which the actual physical constraint, as distinct from the mere loss of certain privileges, is more restrictive or severe than the normal one in an institution.

Cases Cited

Mitchell v. The Queen, [1976] 2 S.C.R. 570; *Re Shumiatcher*, [1962] S.C.R. 38; *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, considered; *Re Cardinal and Oswald and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 252, rev'd [1985] 2 S.C.R. 643; *Re Morin and Yeomans* (1982), 1 C.C.C. (3d) 438, [1982] C.A. 464, rev'd [1985] 2 S.C.R. 662; *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168; *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453; *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Ex parte Macdonald* (1896), 27 S.C.R. 683; *Re Henderson*, [1930] S.C.R. 45; *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Ex parte*

tion générale en *common law*, une cour saisie d'une demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire peut aussi examiner une preuve par affidavit ou toute autre preuve extrinsèque pour déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence. La proposition selon laquelle cette Cour en matière d'*habeas corpus* doit se limiter à un examen du mandat de dépôt pour déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence, s'éloigne du fondement véritable de la jurisprudence de la Cour sur cette question.

(3) On peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être déterminée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l'*habeas corpus* doit d'abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L'importance générale de ce recours comme moyen traditionnel pour contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflit de compétence. L'incarcération dans une unité spéciale de détention ou en ségrégation administrative constitue une forme de détention qui est tout à fait distincte de celle imposée à la population carcérale générale. Il s'agit en fait d'une nouvelle détention qui est censée avoir son propre fondement juridique. Aucune raison valable fondée sur la nature et le rôle de l'*habeas corpus* ne s'oppose à ce qu'on y ait recours pour contester la validité de cette forme distincte de détention dans laquelle la contrainte physique réelle, par opposition à la simple perte de certains privilèges, est plus restrictive ou sévère que cela est normalement le cas dans un établissement carcéral.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570; *Re Shumiatcher*, [1962] R.C.S. 38; *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *Goldhar v. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; arrêts mentionnés: *Re Cardinal and Oswald and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 252, infirmé [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*, [1982] C.A. 464, 1 C.C.C. (3d) 438, infirmé [1985] 2 R.C.S. 662; *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168; *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453; *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S.

Rogers (1843), 7 Jur. 992; *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 *Sol. J.* 853; *Berrouard v. The Queen*, S.C. Longueuil, No. 505-01-001299-789, November 30, 1981; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, aff'g [1925] S.C.R. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; *Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566; *Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934); *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963); *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968); *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969); *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971); *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (1944); *McCollum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (1983); *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (1980), referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(*c*)(iii).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(*c*).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2 "federal board, Commission or other tribunal", 17(5), 18.

Authors Cited

Cromwell, T. "Habeas Corpus and Correctional Law" (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.
Note. "Developments in the Law—Federal Habeas Corpus", 83 *Harv. L.R.* 1038 (1970).
Sharpe, R. J. "Habeas Corpus in Canada" (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241.
Sharpe, R. J. *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, allowing respondent's appeal from a judgment of Steele J.[1], dismissing his application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal dismissed.

[1] Summarized at (1982), 7 W.C.B. 294.

602; *Ex parte Macdonald* (1896), 27 R.C.S. 683; *Re Henderson*, [1930] R.C.S. 45; *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992; *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 *Sol. J.* 853; *Berrouard c. La Reine*, C.S. Longueuil, nº 505-01-001299-789, 30 novembre 1981; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, conf. [1925] R.C.S. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566; *Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934); *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963); *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968); *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969); *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971); *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (1944); *McCollum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (1983); *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (1980).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10*c*).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2*c*)(iii).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2 «office, commission ou autre tribunal fédéral», 17(5), 18.

Doctrine citée

Cromwell, T. «Habeas Corpus and Correctional Law» (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.
Note. «Developments in the Law—Federal Habeas Corpus», 83 *Harv. L.R.* 1038 (1970).
Sharpe, R. J. «Habeas Corpus in Canada» (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241.
Sharpe, R. J. *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, qui a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre d'un jugement du juge Steele[1], qui avait rejeté sa demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Pourvoi rejeté.

[1] Résumé à (1982), 7 W.C.B. 294.

R. W. Hubbard, for the appellant.

Fergus J. O'Connor, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises the question whether, having regard to the role of *habeas corpus* and the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, in respect of *certiorari* against any federal board, commission or other tribunal, a provincial superior court has jurisdiction by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid to determine the validity of the confinement of an inmate of a federal penitentiary in a "special handling unit", a particularly restrictive form of segregated detention, and if such confinement be found unlawful, to order his release into association with the general inmate population of the penitentiary.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on August 25, 1982 allowing an appeal from the judgment of Steele J. of the Supreme Court of Ontario on March 5, 1982, which dismissed the respondent's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid to determine the validity of his confinement in the Special Handling Unit of Millhaven Institution, a federal penitentiary, on the ground that the Court lacked jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* because of the exclusive jurisdiction of the Federal Court in respect of *certiorari* against a federal board, commission or other tribunal and on the further ground that on *habeas corpus* alone the Court was precluded by the jurisdiction of the Federal Court from considering anything but the warrants of committal, which were regular on their face and had not been challenged.

I

According to the respondent's affidavit in support of his application for *habeas corpus* with

R. W. Hubbard, pour l'appelante.

Fergus J. O'Connor, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—Ce pourvoi soulève la question de savoir si, compte tenu du rôle de l'*habeas corpus* et de la compétence exclusive pour délivrer un *certiorari* contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral conférée à la Cour fédérale du Canada par l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, une cour supérieure provinciale peut, par voie d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, statuer sur la validité de l'incarcération d'un détenu dans une «unité spéciale de détention» d'un pénitencier fédéral, une forme particulièrement sévère de ségrégation et, dans l'hypothèse où elle juge illégal ce type d'incarcération, si cette cour supérieure provinciale peut ordonner la réintégration du détenu dans la population carcérale générale du pénitencier.

Ce pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque l'arrêt en date du 25 août 1982 de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli un appel d'une décision datée du 5 mars 1982 dans laquelle le juge Steele de la Cour suprême de l'Ontario a rejeté la demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire présentée par l'intimé pour que soit déterminée la validité de son incarcération dans l'unité spéciale de détention de l'établissement de Millhaven, un pénitencier fédéral. La demande a été rejetée d'abord pour le motif que la cour n'avait pas compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* parce qu'il appartenait exclusivement à la Cour fédérale d'accorder un *certiorari* contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral et, ensuite, parce que, en ce qui concerne l'*habeas corpus* simple, la compétence de la Cour fédérale empêchait la cour d'examiner autre chose que les mandats de dépôt, lesquels étaient réguliers en apparence et n'avaient fait l'objet d'aucune contestation.

I

D'après l'affidavit produit par l'intimé à l'appui de sa demande d'*habeas corpus* avec *certiorari*

certiorari in aid, he was an inmate in Matsqui Penitentiary on June 2, 1981 when a "disturbance" occurred in the dining area where he was employed. He claimed that he was not in the dining area at the time and that he was not responsible in any way for the disturbance. He was, nevertheless, placed in administrative segregation in Matsqui on June 5th and in segregation in Kent Institution and Millhaven, to which he was subsequently transferred, on July 11th and July 23rd respectively. On July 29, 1981 he was placed in the Special Handling Unit at Millhaven.

Confinement in a special handling unit is reserved for particularly dangerous inmates, as indicated by s. 5 of Commissioner's Directive 274 of December 1, 1980, which defines "Special Handling Unit" as follows: " 'Special Handling Unit' (SHU) is a facility established to deal exclusively with inmates who, in addition to requiring maximum security, have been identified as being particularly dangerous." According to the Directive, a special handling unit program of confinement consists of four phases, the first of which is a period of assessment in administrative segregation. According to the respondent's affidavit, which describes the nature of the confinement in the various phases in considerable detail, in the first phase consisting of administrative segregation the inmate is cut off from all association with other inmates and is confined to his cell for all but one hour of the day. In subsequent phases of the program limited association with other inmates and somewhat longer periods outside the cell are permitted, but speaking generally, it may be said that confinement in a special handling unit is a significantly more restrictive form of detention than the normal one in a penitentiary, involving the loss or denial of several privileges or amenities enjoyed by the general inmate population.

According to the respondent's affidavit, he was advised by letter about two weeks after he was placed in the Special Handling Unit that he had been put there because of his involvement in the disturbance at Matsqui and specifically because he had broken windows in the kitchen and had manufactured an explosive device. The respondent states

auxiliaire, il était détenu au pénitencier de Matsqui. Le 2 juin 1981 il s'est produit un «incident» dans la cantine où il travaillait. Il a déclaré qu'il ne s'y trouvait pas au moment en question et qu'il n'avait en aucune façon provoqué l'incident. Quoi qu'il en soit, il a été mis en ségrégation administrative à Matsqui le 5 juin et en ségrégation d'abord à l'établissement Kent puis à Millhaven, où il a été transféré dans le premier cas le 11 juillet et dans le second cas le 23 juillet. Le 29 juillet 1981, on l'a placé dans l'unité spéciale de détention de Millhaven.

L'incarcération dans une unité spéciale de détention est réservée aux détenus particulièrement dangereux; c'est ce qui ressort de l'art. 5 de la directive du commissaire nº 274 du 1er décembre 1980, qui donne à l'expression «Unité spéciale de détention» la définition suivante: « «Unité spéciale de détention» (USD) désigne une installation destinée exclusivement aux détenus qui, tout en répondant aux critères de sécurité maximale, sont reconnus comme particulièrement dangereux». Suivant la directive, le programme d'incarcération dans une unité spéciale comporte quatre phases. La première consiste en une période de ségrégation administrative au cours de laquelle on procède à une évaluation. D'après l'affidavit de l'intimé, qui contient une description très détaillée de la nature de l'incarcération à chacune des différentes étapes, à cette première phase le détenu est isolé de tous les autres détenus et doit garder sa cellule vingt-trois heures par jour. Les phases subséquentes du programme permettent des contacts limités avec d'autres détenus et des périodes un peu plus longues à l'extérieur de la cellule mais, en règle générale, l'incarcération dans une unité spéciale est nettement plus sévère que la normale dans un pénitencier en ce sens qu'il y a privation de plusieurs privilèges ou agréments dont jouit la population carcérale générale.

Il ressort de l'affidavit de l'intimé qu'environ deux semaines après sa mise en unité spéciale de détention il a reçu une lettre portant qu'il y avait été placé en raison de sa participation à l'incident de Matsqui et, en particulier, parce qu'il avait cassé des fenêtres de la cuisine et qu'il avait fabriqué un engin explosif. L'intimé affirme qu'il n'a

that he was never given an opportunity to confront the evidence, if any, of his involvement in the incident at Matsqui on which the decision to confine him in the Special Handling Unit was based. He was never charged with a disciplinary offence arising out of that incident nor was any criminal charge laid against him. He was not given a psychological examination, and there was nothing in his background or in the nature of the offences of which he was convicted to suggest that he was a particularly dangerous inmate. In October 1981 he attended a hearing of the National Special Handling Unit Review Committee, but he was not informed of the evidence against him nor given any opportunity to meet it. He was told that he could only secure his release from the Special Handling Unit into normal association with the general population of the penitentiary by good behaviour. In the respondent's submission there was no basis nor justification whatever for placing him in the Special Handling Unit.

In his application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid the respondent contended that confinement in the Special Handling Unit at Millhaven is not authorized by statute or regulation and is therefore unlawful, and further or alternatively, that his confinement in the Special Handling Unit was carried out in a manner that denied him procedural fairness. The respondent conceded that he was lawfully required to be detained in a penitentiary. His mandatory supervision release date was July 3, 1983, and we were informed at the hearing of the appeal that he had been released.

The unanimous judgment of the Court of Appeal (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, allowing the appeal from the judgment of Steele J. and referring the matter back to the High Court for determination of the merits was delivered by Cory J.A., with whom Martin and Goodman JJ.A. concurred. In his reasons for judgment Cory J.A. addressed three issues in the following order: (a) whether *habeas corpus* will lie to determine the validity of confinement in a spe-

jamais eu la possibilité de réfuter la preuve, si preuve il y avait, de sa participation à l'incident en question, preuve sur laquelle a été fondée la décision de l'incarcérer dans l'unité spéciale de détention. Il n'a jamais par suite de l'incident été accusé d'une infraction à la discipline et aucune accusation criminelle n'a été portée contre lui. On ne lui a pas fait subir d'examen psychologique et ni ses antécédents ni la nature des infractions dont il a été reconnu coupable ne portent à croire qu'il était particulièrement dangereux. En octobre 1981 il a comparu devant le Comité national chargé de l'examen des cas d'unité spéciale de détention, mais on ne l'a pas informé de la preuve produite contre lui pas plus qu'on ne lui a donné la possibilité d'y répondre. On lui a dit que ce n'était que par une bonne conduite qu'il pouvait obtenir sa libération de l'unité spéciale de détention et sa réintégration dans la population générale du pénitencier. L'intimé soutient que la décision de le placer dans l'unité spéciale de détention était complètement injustifiée.

Dans sa demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, l'intimé fait valoir que ni la loi ni son règlement d'application n'autorisent l'incarcération dans l'unité spéciale de détention de Millhaven et qu'il s'agit donc d'une détention illégale. Il allègue en outre ou subsidiairement que son incarcération dans l'unité spéciale a été effectuée d'une façon non conforme à l'équité dans la procédure. L'intimé reconnaît toutefois qu'il devait, aux termes de la loi, être détenu dans un pénitencier. Sa libération sous surveillance obligatoire était fixée au 3 juillet 1983 et on nous a appris au cours de l'audience en cette Cour qu'elle a eu lieu comme prévu.

L'arrêt unanime de la Cour d'appel (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, accueillant l'appel de la décision du juge Steele et renvoyant l'affaire à la Haute Cour pour qu'elle statue sur le fond, a été rendu par le juge Cory, à l'avis duquel les juges Martin et Goodman ont souscrit. Dans ses motifs de jugement, le juge Cory a examiné dans l'ordre les trois questions suivantes: a) celle de savoir si l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une incarcération

cial handling unit, and if such confinement is found to be unlawful, to secure the release of the inmate into the general population of the institution; (b) whether, on an application for *habeas corpus* alone, a court may consider affidavit evidence to determine whether a detention is unlawful by reason of an absence or excess of jurisdiction; and (c) whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board, commission or other tribunal despite the exclusive jurisdiction in respect of *certiorari* of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*. The Court of Appeal gave an affirmative answer to each of these questions. The appellant directs its attack chiefly against the Court's conclusions on the first and third questions, which are the principal issues in the appeal. The Court of Appeal appears to have treated the second question as an alternative issue, which it may or may not be necessary to deal with in this appeal.

There are two other appeals involving some or all of these issues which were heard at the same time as this appeal: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; and *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662. The judgment of the British Columbia Court of Appeal in *Cardinal*, which is reported at (1982), 67 C.C.C. (2d) 252 (*sub nom. Re Cardinal and Oswald and The Queen*), and the judgment of the Quebec Court of Appeal in *Morin*, which is reported at [1982] C.A. 464 (*sub nom. Morin c. Comité national de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*) and (1982), 1 C.C.C. (3d) 438 (*sub nom. Re Morin and Yeomans*), were both rendered before the judgment of the Ontario Court of Appeal in the case at bar. In *Cardinal* the British Columbia Court of Appeal came to the same conclusions as the Ontario Court of Appeal on the three questions of jurisdiction considered by it. Indeed, Cory J.A. relied particularly on the reasoning of Anderson J.A. in the British Columbia Court of Appeal on these issues. In addition, however, the Court of Appeal in *Cardinal* dealt with the merits of the contention that there had been a breach of the duty to act fairly in the manner in which the

dans une unité spéciale de détention et, dans l'hypothèse où cette incarcération serait jugée illégale, pour obtenir la réintégration du détenu dans la population générale de l'établissement; b) celle de savoir si un tribunal saisi d'une demande d'*habeas corpus* simple peut examiner une preuve par affidavit pour décider si une détention est illégale pour défaut ou excès de compétence; et c) celle de savoir si, nonobstant la compétence exclusive en matière de *certiorari* que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale du Canada, une cour supérieure provinciale peut délivrer contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*. La Cour d'appel a répondu à chacune de ces questions par l'affirmative. L'appelante attaque surtout les conclusions de la Cour d'appel sur la première et la troisième questions, qui sont les questions principales devant nous. La Cour d'appel paraît avoir considéré la deuxième question comme une question subsidiaire et il n'est pas clair s'il sera nécessaire de l'aborder ici.

Deux autres pourvois portant sur l'ensemble ou une partie de ces questions ont été entendus en même temps que celui-ci; il s'agit de *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, et *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unité spéciale de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662. L'arrêt *Cardinal* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, publié à (1982), 67 C.C.C. (2d) 252 (*sub nom. Re Cardinal and Oswald and The Queen*), et l'arrêt *Morin* de la Cour d'appel du Québec, publié à [1982] C.A. 464 (*sub nom. Morin c. Comité national de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*) et (1982), 1 C.C.C. (3d) 438 (*sub nom. Re Morin and Yeomans*), ont tous les deux été rendus antérieurement à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire. Dans l'arrêt *Cardinal*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est arrivée aux mêmes conclusions que la Cour d'appel de l'Ontario sur les trois questions relatives à la compétence qu'elle a examinées. De fait, sur ces questions-là, le juge Cory s'est appuyé particulièrement sur le raisonnement du juge Anderson de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, dans l'arrêt *Cardinal*, la Cour d'appel a examiné aussi le bien-fondé de l'argument selon lequel

administrative dissociation or segregation of the appellant had been imposed or continued, and it was from the disposition of the appeal on this issue, rather than on the issues of the court's jurisdiction, as in the case at bar, that the appeal was brought to this Court. For this reason the issues of jurisdiction on which both Courts of Appeal came to the same conclusions will be dealt with first in this appeal. In *Morin*, where the appellant sought by an application for *habeas corpus* without *certiorari* in aid to challenge his confinement in a special handling unit, the main issue appears to be the one that is common to the three appeals—whether, having regard to the judicial review jurisdiction of the Federal Court, *habeas corpus* should lie to review the validity of such confinement.

la manière dont on avait imposé ou maintenu la ségrégation ou l'isolement administratifs de l'appelant constituait une violation de l'obligation d'agir équitablement, et le pourvoi devant cette Cour attaquait la conclusion de la Cour d'appel sur cette question plutôt que, comme c'est le cas en l'espèce, ses conclusions sur les questions de compétence. Pour cette raison, les questions de compétence, sur lesquelles les deux cours d'appel sont arrivées aux mêmes conclusions, seront examinées d'abord dans le présent pourvoi. Dans l'arrêt *Morin*, où l'appelant a tenté par voie de demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire de contester son incarcération dans une unité spéciale de détention, la question principale qui paraît être commune à chacun des trois appels, était de savoir si, compte tenu de la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire, l'*habeas corpus* permet d'examiner la validité d'une telle incarcération.

II

The question whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority arises, as has been indicated, because of the terms of s. 18 of the *Federal Court Act*, which confers on the Trial Division of the Federal Court of Canada an exclusive original jurisdiction to issue *certiorari* against any federal board, commission or other tribunal. Section 18 reads as follows:

> **18.** The Trial Division has exclusive original jurisdiction
>
> (*a*) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and
>
> (*b*) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (*a*), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

Section 2 of the *Federal Court Act* defines "federal board, commission or other tribunal" as follows:

II

Comme nous l'avons déjà vu, la question de savoir si une cour supérieure provinciale peut délivrer un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire pour examiner la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales se pose en raison de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui investit la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada d'une compétence exclusive en première instance pour délivrer un *certiorari* contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral. L'article 18 est ainsi rédigé:

> **18.** La Division de première instance a compétence exclusive en première instance
>
> *a*) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et
>
> *b*) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa *a*), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* définit ainsi l'expression «office, commission ou autre tribunal fédéral»:

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

«office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exclusion des organismes de ce genre constitués ou établis par une loi d'une province ou sous le régime d'une telle loi ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ou en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

It is not disputed that the decision to place the respondent in the Special Handling Unit at Millhaven was the decision of a federal board, commission or tribunal within the meaning of s. 2 of the Act.

Il n'est pas contesté que la décision de placer l'intimé dans l'unité spéciale de détention de Millhaven a été prise par un office, une commission ou un tribunal fédéral au sens de l'art. 2 de la Loi.

Courts which have had to consider this issue of jurisdiction have been confronted by the conflicting opinions on it of members of this Court in *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570. Steele J. based his conclusion on this issue on the opinion of Ritchie J. in *Mitchell*. The Ontario Court of Appeal, as did the British Columbia Court of Appeal in *Cardinal*, followed the contrary opinion of Laskin C.J. in that case.

Les cours qui ont eu à se pencher sur cette question de compétence ont buté contre les opinions contradictoires exprimées par les juges de cette Cour dans l'arrêt *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570. La conclusion du juge Steele sur cette question se fonde sur l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *Mitchell*. Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario, tout comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cardinal*, a suivi l'opinion opposée du juge en chef Laskin.

In *Mitchell*, the appellant sought, by an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid, to challenge the validity of his detention following the suspension and revocation of his parole by the National Parole Board. He raised several grounds of alleged jurisdictional error related to the proceedings and decisions of the Board which he supported by affidavit evidence. A majority of this Court dismissed his appeal, finding that his detention was not invalid by reason of absence or excess of jurisdiction. The issue of the availability of *certiorari* in aid arose because the Manitoba Court of Queen's Bench had issued a writ of *habeas corpus* to determine the validity of the detention, but the order had not included relief in the nature of *certiorari* in aid. Although, as Ritchie J. observed, the sufficiency of the order of the Manitoba Court of Queen's Bench had not been challenged below, opinion were nevertheless expressed in this Court on the jurisdiction of a provincial superior court to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority. Ritchie J. was

Dans l'affaire *Mitchell*, l'appelant a essayé, par une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, de contester la validité de sa détention à la suite de la suspension et de la révocation de sa libération conditionnelle par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Il a soulevé, affidavits à l'appui, plusieurs erreurs de compétence dont les procédures et les décisions de la Commission auraient été entachées. Cette Cour à la majorité a rejeté son pourvoi, concluant que sa détention n'était pas invalide pour défaut ou excès de compétence. La question de la possibilité d'obtenir un *certiorari* auxiliaire s'est posée parce que la Cour du Banc de la Reine du Manitoba avait délivré un bref d'*habeas corpus* pour qu'il soit statué sur la validité de la détention, mais l'ordonnance n'avait pas été assortie d'un redressement de la nature d'un *certiorari* auxiliaire. Quoique, comme l'a fait remarquer le juge Ritchie, on n'ait pas contesté en Cour d'appel le caractère adéquat de l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, des opinions ont été exprimées en cette Cour sur la compétence d'une cour supérieure

first of all of the view, which may be assumed to have been that of a majority of the Court, that *certiorari* would not lie in any event because the decisions of the National Parole Board suspending and revoking the appellant's parole were not decisions of a judicial or quasi-judicial nature amenable to *certiorari*. In support of this conclusion he cited the decisions of this Court in *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168, and *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453. Speaking for himself and three other members of the full Court (Judson, Pigeon and Beetz JJ.), he was also of the opinion, however, that the jurisdiction of a provincial superior court to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board had been removed by s. 18 of the *Federal Court Act*. The other members of the Court (Martland and de Grandpré JJ.) who agreed that the appeal should be dismissed did not express an opinion on this issue. Laskin C.J., who would have allowed the appeal, held that *certiorari* was not confined in its application to decisions of a judicial or quasi-judicial nature, citing *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643, as indicating the wider application of the remedy, and that s. 18 of the *Federal Court Act* had not removed the jurisdiction of a provincial superior court to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board, commission or tribunal. The opinion of Laskin C.J. on this question of jurisdiction was concurred in by Dickson J., as he then was. Spence J., who agreed in separate reasons that the appeal should be allowed, does not appear to have addressed this issue.

It is, of course, clear since the decision of this Court in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, that *certiorari* is not confined to decisions required to be

provinciale pour délivrer un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire aux fins d'examiner la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales. Le juge Ritchie a estimé tout d'abord, et on peut supposer que c'était là l'opinion de la majorité en cette Cour, qu'en tout état de cause on ne pouvait recourir au *certiorari* parce que les décisions de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui suspendaient et révoquaient la libération conditionnelle de l'appelant n'étaient pas des décisions judiciaires ou quasi judiciaires qui pouvaient en conséquence faire l'objet d'un *certiorari*. À l'appui de cette conclusion le juge Ritchie a cité les arrêts de cette Cour *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168, et *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453. Parlant pour lui-même et au nom de trois juges (les juges Judson, Pigeon et Beetz) de la Cour siégeant au complet, le juge Ritchie a cependant estimé que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* avait aboli la compétence d'une cour supérieure provinciale pour délivrer contre un office fédéral un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Quant aux juges Martland et de Grandpré, qui étaient également d'avis que le pourvoi devait être rejeté, ils n'ont pas exprimé d'opinion sur ce point. Le juge en chef Laskin, qui aurait accueilli le pourvoi, a conclu que le recours au *certiorari* ne se limite pas à des décisions de caractère judiciaire ou quasi judiciaire et il a invoqué l'arrêt *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643, à l'appui de la portée plus large du recours. Il a conclu en outre que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'avait pas retiré aux cours supérieures provinciales la compétence pour délivrer contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a partagé l'avis du juge en chef Laskin sur la question de la compétence. Dans ses motifs distincts, le juge Spence conclut qu'il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi, mais il ne paraît pas s'être penché sur cette question.

Certes, il est bien établi depuis l'arrêt de cette Cour *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, que le recours au *certiorari* ne se limite pas aux décisions

made on a judicial or quasi-judicial basis, but that it applies, in the words of Dickson J., as he then was, at pp. 622-23, "wherever a public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person".

On the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* I am in respectful agreement with the conclusion of Laskin C.J. in *Mitchell*, essentially for the reasons given by him, which I understand to be the importance of making the *habeas corpus* jurisdiction of the provincial superior courts an effective one and the distinction between *certiorari* to quash and *certiorari* in aid, regarded as a procedural or evidentiary device to make *habeas corpus* more effective. With reference to this distinction Laskin C.J. said at p. 578:

> It is quite clear to me that there is a marked difference between *certiorari*, used to quash a conviction or an order by its own strength, and *certiorari* in aid of *habeas corpus* to make the latter remedy more effective by requiring production of the record of proceedings for that purpose.

One must approach this issue, I think, from the same point of departure as was adopted by Laskin C.J.—that the provisions of the *Federal Court Act* indicate a clear intention on the part of Parliament to leave the jurisdiction by way of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority with the provincial superior courts. While s. 18 of the *Federal Court Act* confers an exclusive and very general review jurisdiction over federal authorities by the prerogative and extraordinary remedies, to which specific reference is made, it deliberately omits reference to *habeas corpus*. That this was not an oversight but a well considered decision is indicated by s. 17(5) of the Act, which expressly confers exclusive jurisdiction on the Federal Court with respect to an application for *habeas corpus* by a member of the Canadian Forces serving outside Canada. I agree with Laskin C.J. that because of its importance as a safeguard of the liberty of the subject *habeas corpus* jurisdiction can only be affected by express

soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, mais que, comme l'a dit le juge Dickson, maintenant Juge en chef, aux pp. 622 et 623, il y a lieu à *certiorari* «chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne».

Sur la question de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, je souscris respectueusement à la conclusion du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Mitchell* et ce, essentiellement pour les raisons données par celui-ci qui, si je comprends bien, s'est fondé sur l'importance de rendre efficace la compétence en matière d'*habeas corpus* des cours supérieures provinciales et sur la distinction qui existe entre le *certiorari* aux fins d'annulation et le *certiorari* auxiliaire, ce dernier étant un outil de procédure ou de preuve conçu pour accroître l'efficacité de l'*habeas corpus*. Voici ce que le juge en chef Laskin dit au sujet de cette distinction à la p. 578:

> Il me paraît très clair qu'il y a une différence marquée entre le *certiorari* auquel on a recours comme procédure permettant directement l'annulation d'une condamnation ou d'une ordonnance et le *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* visant à rendre ce dernier plus efficace en exigeant, à cette fin, la communication du dossier.

À mon avis, il faut aborder cette question de la même manière que l'a fait le juge en chef Laskin, c'est-à-dire prendre pour point de départ que les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* traduisent l'intention manifeste du législateur de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence en matière d'*habeas corpus* pour vérifier la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales. Bien que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère une compétence exclusive et très générale pour contrôler les décisions des autorités fédérales au moyen des brefs de prérogative et des recours extraordinaires, lesquels sont expressément mentionnés, toute mention de l'*habeas corpus* a été délibérément omise. Qu'il s'agisse là non pas d'un oubli mais d'une décision bien pesée ressort du par. 17(5) de la Loi, qui investit expressément la Cour fédérale d'une compétence exclusive relativement à une demande d'*habeas corpus* présentée par un membre des Forces canadiennes en service à l'étranger. D'accord avec le juge en chef Laskin,

words. One may think of reasons why it was thought advisable to leave the *habeas corpus* jurisdiction with respect to federal authorities with the provincial superior courts, including the importance of the local accessibility of this remedy. The important thing, as I see it, is that the decision to create this exception to the exclusive review jurisdiction of the Federal Court, with whatever problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction it might cause, is really determinative of the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid. There can be no doubt that *certiorari* in aid is important, if not essential, to the effectiveness of *habeas corpus*. This was emphasized by both Anderson J.A., with whom the other members of the British Columbia Court of Appeal agreed on this issue in *Cardinal*, and by Cory J.A. in the case at bar. In many cases it may not be possible for a court to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction if the record of the tribunal which imposed or authorized the detention is not brought before it. The importance of *habeas corpus* itself, and by implication the importance of maintaining it as a fully effective remedy is, as Laskin C.J. observed, given particular emphasis by its inclusion as a guaranteed right in s. 2(*c*)(iii) of the *Canadian Bill of Rights*. To this recognition may now be added the constitutional guarantee of the right to *habeas corpus* in s. 10(*c*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Because of the clear intention to leave the *habeas corpus* jurisdiction over federal authorities with the provincial superior courts and the importance of *certiorari* in aid to the effectiveness of *habeas corpus*, it cannot, in my opinion, have been intended that the reference to *certiorari* in s. 18 of the *Federal Court Act* should have the effect of undermining or weakening the *habeas corpus* jurisdiction of the provincial superior courts by the exclusion or denial of *certiorari* in aid. Certainly such a construction is to be avoided if at all possible. It can be avoided by application of the distinction emphasized by Laskin C.J. between *certiorari* as an independent and separate mode of review having as its object to quash the decision of an inferior tribunal and *certiorari* as an ancillary procedure used to serve an essentially evidentiary purpose. A very full discussion of this

j'estime qu'en raison de son importance à titre de protection de la liberté individuelle, la compétence en matière d'*habeas corpus* ne saurait être modifiée que par des termes explicites. On peut penser à plusieurs raisons, y compris l'importance de voir à ce qu'il soit possible d'obtenir ce recours à l'échelon local, pour lesquelles on a jugé bon de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence pour délivrer un *habeas corpus* contre des autorités fédérales. L'élément capital, à mon sens, est ceci: ce qui tranche en réalité la question de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire est la décision de créer, avec tout ce que cela risque d'engendrer comme problèmes de partage ou de chevauchement de compétences, cette exception à la compétence exclusive de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire. Il ne fait pas de doute que le *certiorari* auxiliaire est important, sinon essentiel, pour rendre l'*habeas corpus* efficace. C'est ce qu'ont souligné à la fois le juge Anderson, à l'avis duquel les autres membres de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se sont rangés sur cette question dans l'arrêt *Cardinal*, et le juge Cory dans la présente affaire. Dans bien des cas il peut être impossible à une cour de se prononcer sur l'absence ou l'excès de compétence si l'on ne produit pas le dossier du tribunal qui a ordonné ou autorisé la détention. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin, l'importance de l'*habeas corpus* lui-même et, par suite, l'importance de son maintien à titre de recours complètement efficace, ressortent particulièrement du fait que c'est un droit garanti inclus dans le sous-al. 2*c*)(iii) de la *Déclaration canadienne des droits*. À cette reconnaissance s'ajoute maintenant la garantie constitutionnelle du droit à l'*habeas corpus* énoncée à l'al. 10*c*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En raison de l'intention manifeste de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence en matière d'*habeas corpus* à l'égard des autorités fédérales et en raison de l'importance du *certiorari* auxiliaire pour rendre l'*habeas corpus* efficace, on n'a pas pu, selon moi, vouloir que la mention du *certiorari* à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* ait pour effet de miner ou d'affaiblir, par l'exclusion ou le refus du *certiorari* auxiliaire, la compétence des cours supérieures provinciales en matière d'*habeas corpus*. Indu-

distinction, with reference to many of the decisions in which it has been noted and applied, is to be found in Cromwell, "Habeas Corpus and Correctional Law" (1977), 3 *Queen's L.J.* 295 at pp. 320-23. Applying the distinction to the reference to *certiorari* in s. 18 of the *Federal Court Act*, it is reasonable to conclude, because of the association in that section of *certiorari* with the other prerogative and extraordinary remedies, that the reference is to the independent remedy of *certiorari* to quash. It is unlikely that Parliament intended to confer an exclusive jurisdiction to issue *certiorari* in aid when it had clearly withheld the jurisdiction to issue *habeas corpus*. For these reasons I conclude that a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention authorized or imposed by a federal board, commission or other tribunal as defined by s. 2 of the *Federal Court Act*, and that accordingly the Ontario Court of Appeal did not err in concluding as it did on this issue.

III

In view of this conclusion on the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* it may not be strictly necessary to deal with the question which was treated as an alternative issue by the British Columbia Court of Appeal in *Cardinal* and by the Ontario Court of Appeal in the case at bar—whether on *habeas corpus* without *certiorari* in aid a court may consider affidavit or other extrinsic evidence to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction. It is well established that affidavit evidence is admissible on *certiorari* to show jurisdictional error. Both courts of appeal were led, however, by

bitablement, une telle interprétation est autant que possible à éviter. On peut l'éviter en appliquant la distinction, sur laquelle a insisté le juge en chef Laskin, entre le *certiorari* en tant que méthode de contrôle indépendante et distincte dont l'objet est l'annulation d'une décision d'un tribunal inférieur, et le *certiorari* en tant que procédure auxiliaire servant essentiellement à établir une preuve. On trouve dans Cromwell, «Habeas Corpus and Correctional Law» (1977), 3 *Queen's L.J.* 295, aux pp. 320 à 323, une analyse très détaillée de cette distinction, où l'on se réfère à un bon nombre de décisions où la distinction a été mentionnée et appliquée. Si on l'applique au *certiorari* visé à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il est raisonnable de conclure, étant donné que dans cet article le *certiorari* fait partie d'une énumération des brefs de prérogative et des recours extraordinaires, qu'il s'agit du recours indépendant en *certiorari* pour l'annulation d'une décision. Il est peu probable que le législateur ait voulu conférer une compétence exclusive pour délivrer un *certiorari* auxiliaire puisqu'il n'a manifestement pas donné compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*. Pour ces raisons j'estime qu'une cour supérieure provinciale a compétence pour délivrer un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire aux fins d'examiner la validité d'une détention autorisée ou ordonnée par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que, par conséquent, la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario sur ce point n'est pas entachée d'erreur.

III

Vu cette conclusion sur la question de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, il peut ne pas être strictement nécessaire d'étudier la question, qui a été traitée comme une question subsidiaire par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Cardinal* et par la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire; il s'agit de la question de savoir si, dans le cas d'une demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire, une cour peut prendre en considération un affidavit ou d'autre preuve extrinsèque afin de déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence. Il est bien établi que, dans le cas

their analysis of this question to reach a conclusion on it at variance with that of Ritchie J. in *Mitchell*, without much explicit consideration of the jurisprudence of this Court on which the opinion of Ritchie J. purported to be based. Moreover, this question may well be an issue in the *Morin* appeal. For these reasons it is probably desirable that it be dealt with here in order to remove the uncertainty which now necessarily exists concerning it.

In *Mitchell*, affidavit evidence was introduced in support of the appellant's contention that he was arrested without the previous issue of a warrant of suspension by the National Parole Board, as required by s. 16(1) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2; that he was not informed of the reason for his arrest, as required by s. 2(*c*)(i) of the *Canadian Bill of Rights*; and that he was not afforded an opportunity to be heard on the suspension or revocation of his parole, as required by s. 2(*e*) of the *Canadian Bill of Rights*. These were clearly jurisdictional issues. Ritchie J. held that on the application for *habeas corpus* the Court was confined to the consideration of what appeared on the face of the following documents: the warrant of committal purporting to be based on the suspension of the appellant's parole; the warrant of apprehension issued by the Board upon revocation of the appellant's parole; and the warrant of committal based on the revocation and the warrant of apprehension. He said, with reference to these documents, at p. 590:

> On the return of the writ before him, Chief Justice Dewar was confined to a consideration of the facts disclosed on the face of the documents relating to the cause of the taking and detaining of the said Fred Mitchell.

and further with reference to this question, he said at p. 594:

d'une demande de *certiorari*, une preuve par affidavit est admissible pour établir une erreur de compétence. Toutefois, l'analyse de cette question qu'ont entreprise les deux cours d'appel les a amenées à une conclusion différente de celle du juge Ritchie dans l'arrêt *Mitchell*, sans qu'elles aient examiné très explicitement la jurisprudence de cette Cour sur laquelle devait reposer l'opinion du juge Ritchie. D'autre part, il se peut bien que la même question soit soulevée par le pourvoi formé dans l'affaire *Morin*. C'est pourquoi il est probablement souhaitable de la traiter ici pour écarter l'incertitude qui, nécessairement, règne maintenant à son égard.

Dans l'affaire *Mitchell*, on a produit un affidavit à l'appui de l'argument de l'appelant qu'on l'avait arrêté sans que la Commission nationale des libérations conditionnelles ait au préalable lancé un mandat de suspension conformément au par. 16(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2; qu'on ne l'avait pas informé des motifs de son arrestation comme l'exige le sous-al. 2*c*)(i) de la *Déclaration canadienne des droits*; et que, contrairement à l'al. 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits*, on ne lui avait pas donné la possibilité d'être entendu relativement à la suspension ou à la révocation de sa libération conditionnelle. Visiblement, ces questions se rapportaient à la compétence. Le juge Ritchie a conclu que la cour saisie de la demande d'*habeas corpus* devait s'en tenir à l'examen de ce qui se dégageait de la lecture des documents suivants: le mandat de dépôt, censément fondé sur la suspension de la libération conditionnelle de l'appelant; le mandat d'arrestation lancé par la Commission à la suite de la révocation de la libération conditionnelle de l'appelant; et le mandat de dépôt fondé sur la révocation et sur le mandat d'arrestation. À la page 590, le juge Ritchie dit relativement à ces documents:

> Au rapport du bref, le juge en chef Dewar devait se limiter à l'examen des faits apparaissant à la lecture des documents concernant la cause de l'arrestation et de la détention dudit Fred Mitchell.

Puis, sur le même sujet, il ajoute, à la p. 594:

As I have pointed out, Chief Justice Dewar in the hearing before him on the return of the writ of *habeas corpus*, was confined to a consideration of the facts contained on the face of the warrants then produced, and in my view the statements made in the appellant's affidavits were not properly before him and it is apparent from his reasons for judgment that he did not take them into consideration. The law in this regard is set out in the judgment of Judson J. in *Re Shumiatcher*, [1962] S.C.R. 38, an application for *habeas corpus* in which, after having reviewed the relevant cases and having observed that the jurisdiction of this Court was concurrent with that of the judges of the superior Courts of the Provinces in matters of *habeas corpus*, he went on to say:

> My jurisdiction is limited to a consideration of the warrant of committal and the other material that I have referred to—the recognizances and the order of Judge Hogarth. I cannot look at evidence, whether a transcript of the evidence at the preliminary hearing or evidence sought to be introduced by way of affidavit identifying a portion of such evidence.

In *Re Shumiatcher*, [1962] S.C.R. 38, the relevant issue was whether the Court could look at certain solemn declarations which the applicant for *habeas corpus* was charged with having induced a person to make, knowing them to be false, and thereby being a party, by virtue of s. 22(1) of the *Criminal Code*, to the offence defined by s. 114 (now s. 122). The application for *habeas corpus* challenged the validity of the committal for trial on the ground that the person making the solemn declarations was not a person permitted, authorized or required by law to make them, within the meaning of s. 114. The solemn declarations made reference to a statement of claim. Judson J. framed the issue as follows at p. 45:

> This brings me to the question of what use may be made of this material on a motion for habeas corpus before a judge of this Court.
>
> The Crown's submission is that I am limited to looking at the warrant of committal and that I cannot look at these declarations and the statement of claim any more than I can look at the evidence—seven or eight volumes of it—given on the preliminary hearing.

Comme je l'ai signalé, le juge en chef Dewar, lors de l'audition sur le rapport du bref d'*habeas corpus*, devait s'en tenir à l'examen des faits apparaissant à la lecture des mandats alors produits, et, à mon avis, les affirmations de l'appelant contenues dans les déclarations sous serment ne lui étaient pas présentées de façon régulière et il appert de ses motifs de jugement qu'il ne les a pas prises en considération. Le juge Judson a indiqué dans l'arrêt *In re Shumiatcher*, [1962] R.C.S. 38, le principe juridique en cette matière. Il s'agissait d'une requête en *habeas corpus* et, après avoir examiné les arrêts pertinents et fait remarquer que la juridiction de cette Cour était concurrente avec celle des juges de la Cour supérieure des provinces en matière d'*habeas corpus*, le juge Judson continuait en disant:

> [TRADUCTION] Ma compétence se limite à l'examen du mandat de dépôt et des autres documents que j'ai mentionnés—les engagements souscrits et l'ordonnance du juge Hogarth. Je ne puis examiner la preuve, qu'il s'agisse des notes sténographiques des témoignages à l'enquête préliminaire ou de la preuve qu'on tente d'introduire au moyen d'une déclaration sous serment portant sur une partie de ces témoignages.

Dans l'arrêt *Re Shumiatcher*, [1962] R.C.S. 38, la question pertinente était de savoir si la Cour pouvait examiner certaines déclarations solennelles qu'on accusait le demandeur de l'*habeas corpus* d'avoir incité une personne à faire, sachant qu'elles étaient fausses et devenant ainsi, aux termes du par. 22(1) du *Code criminel*, une partie à l'infraction définie par l'art. 114 (maintenant l'art. 122). La demande d'*habeas corpus* contestait la validité du renvoi à procès au motif que l'auteur des déclarations solennelles n'était pas, au sens de l'art. 114, une personne ayant la permission, l'autorisation ou l'obligation d'après la loi de les faire. Ces déclarations solennelles faisaient mention d'une déclaration introductive d'instance. À la page 45, le juge Judson formule la question en litige de la manière suivante:

> [TRADUCTION] Voilà qui m'amène à la question de l'usage qu'on peut faire de ces documents dans le cadre d'une requête en habeas corpus devant un juge de cette Cour.
>
> La poursuite soutient que je dois me limiter à un examen du mandat de dépôt et que je ne puis tenir compte de ces déclarations ni de la déclaration introductive d'instance pas plus que je ne puis étudier les témoignages, qui remplissent sept ou huit volumes, donnés à l'enquête préliminaire.

After quoting from the judgments of this Court in *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111, *Ex parte Macdonald* (1896), 27 S.C.R. 683, and *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431, with reference to *habeas corpus* against a warrant of committal after conviction, and observing that this Court did not have jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*, Judson J. concluded on this issue as follows at p. 47:

In my opinion the jurisdiction of this Court is similarly limited in an inquiry into a committal for trial. In the absence of power to issue a writ of certiorari in aid of habeas corpus, a judge of this Court has no power to look at the evidence at the preliminary hearing or to receive affidavit evidence relating to it.

My jurisdiction is limited to a consideration of the warrant of committal and the other material that I have referred to—the recognizances and the order of Judge Hogarth. I cannot look at evidence, whether a transcript of the evidence at the preliminary hearing or evidence sought to be introduced by way of affidavit identifying a portion of such evidence.

I am founding my reasons on this branch of the case entirely on that principle and I am expressing no opinion on the point on which I heard full argument—whether there does exist, by virtue of provincial legislation, permission to take a declaration of this kind.

In *Goldhar*, the issues raised on the application for *habeas corpus* were the regularity on its face of a Calendar of Sentences as a certificate of the appellant's conviction and the applicable maximum penalty, having regard to a change that had taken place in the law. Fauteux J. (as he then was), with whom Taschereau, Abbott and Judson JJ. concurred, expressed the rationale for the exclusion of extrinsic evidence on an application for *habeas corpus* as follows at p. 439:

The question, which counsel for the appellant admittedly sought to be determined by way of *habeas corpus* proceedings, is stated in the reasons for judgment of other members of the Court. In my view, it is one which would require the consideration of the evidence at trial and which, in this particular case, extends beyond the

Ayant cité des extraits tirés des arrêts de cette Cour *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111, *Ex parte Macdonald* (1896), 27 R.C.S. 683, et *Goldhar v. The Queen*, [1960] R.C.S. 431, relatifs au recours à l'*habeas corpus* pour attaquer un mandat de dépôt lancé à la suite d'une déclaration de culpabilité, et ayant fait remarquer que cette Cour n'avait pas compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, le juge Judson, à la p. 47, est arrivé aux conclusions suivantes sur cette question:

[TRADUCTION] À mon avis, la compétence de cette Cour souffre une restriction semblable dans le cas d'une enquête sur un renvoi au procès. À défaut de compétence pour délivrer un certiorari auxiliaire d'un habeas corpus, un juge de cette Cour n'est pas autorisé à examiner les témoignages donnés à l'enquête préliminaire ni à recevoir une preuve par affidavit à son égard.

Ma compétence se limite à un examen du mandat de dépôt et des autres documents dont j'ai fait mention, savoir les engagements souscrits et l'ordonnance du juge Hogarth. Je ne puis étudier aucune preuve, qu'il s'agisse d'une transcription des témoignages donnés à l'enquête préliminaire ou d'une preuve qu'on cherche à introduire par voie d'affidavit identifiant une partie de ces témoignages.

Sur cet aspect de l'affaire, je m'appuie entièrement sur ce principe-là et je n'exprime pas d'opinion sur la question, débattue à fond devant moi, de savoir si la loi provinciale autorise à recevoir ce genre de déclaration.

Dans l'affaire *Goldhar*, la demande d'*habeas corpus* soulevait la question de savoir si une liste de condamnations constituait un certificat en bonne et due forme du verdict de culpabilité rendu contre l'appelant et la question de la peine maximale applicable compte tenu d'une modification qui avait été apportée à la loi. Le juge Fauteux (alors juge puîné), à l'avis duquel les juges Taschereau, Abbott et Judson ont souscrit, a exprimé, à la p. 439, la raison fondamentale de l'exclusion de toute preuve extrinsèque dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*:

[TRADUCTION] La question, que l'avocat de l'appelant reconnaît avoir essayé de faire trancher par voie d'*habeas corpus*, est formulée dans les motifs de jugement des autres membres de la Cour. À mon avis, cette question nécessiterait l'examen de la preuve produite en première instance, ce qui, en l'espèce, dépasse les limites

scope of matters to be inquired under a similar process. To hold otherwise would be tantamount to convert the writ of *habeas corpus* into a writ of error or an appeal and to confer, upon every one having authority to issue the writ of *habeas corpus*, an appellate jurisdiction over the orders and judgments of even the highest Courts. It is well settled that the functions of such a writ do not extend beyond an inquiry into the jurisdiction of the Court by which process the subject is held in custody and into the validity of the process upon its face.

I agree with the view that the appellant has been convicted and sentenced by a Court of competent jurisdiction, that the Calendar is a certificate regular on its face that the appellant has been so convicted and sentenced and that, with the material before him, Martland J. rightly dismissed the application for a writ of *habeas corpus*.

The above passage, in my respectful opinion, reflects the true distinction or criterion respecting the consideration of extrinsic evidence on an application for *habeas corpus*—the distinction between issues going to the merits and issues going to jurisdiction. The issues in both *Shumiatcher* and *Goldhar* were clearly issues going to the merits. The same is true of *Re Trepanier*, where the applicant alleged that the convicting magistrate erred on the facts in convicting him. He sought a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid to bring up the record of the proceedings to ascertain whether there was sufficient evidence to convict. This was clearly an attempt to employ *habeas corpus* to review the merits of a conviction. Ritchie C.J. said at p. 113:

> The jurisdiction of the magistrate being unquestionable over the subject-matter of complaint and the person of the prisoner, and there being no ground for alleging that the magistrate acted irregularly or beyond his jurisdiction, and the conviction and warrant being admitted to be regular, the only objection being that the magistrate erred on the facts and that the evidence did not justify the conclusion as to the guilt of the prisoner arrived at by the magistrate, I have not the slightest hesitation in saying that we cannot go behind the conviction and inquire into the merits of the case by the use of the writ of *habeas corpus*.

des questions pouvant être étudiées dans une telle procédure. Toute autre conclusion reviendrait à transformer le bref d'*habeas corpus* en un bref d'erreur ou en appel et à conférer à toute personne autorisée à délivrer un bref d'*habeas corpus* une compétence d'appel à l'égard des ordonnances et des jugements même des plus hautes instances. Or, il est bien établi qu'un tel bref ne permet pas d'entreprendre davantage qu'une enquête sur la compétence de la cour qui a ordonné la détention et sur la validité apparente de l'ordonnance en question.

Je suis d'accord pour dire que l'appelant a été reconnu coupable et condamné par une cour compétente, que la liste est un certificat en bonne et due forme de la déclaration de culpabilité et de la condamnation de l'appelant et que, compte tenu des documents dont il disposait, c'est à bon droit que le juge Martland a rejeté la demande de bref d'*habeas corpus*.

Le passage que je viens de citer exprime, à mon respectueux avis, la véritable distinction ou le véritable critère en ce qui concerne l'examen d'une preuve extrinsèque dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*; il s'agit de la distinction entre les questions de fond et les questions de compétence. Aussi bien dans l'arrêt *Shumiatcher* que dans l'arrêt *Goldhar* on était manifestement en présence de questions de fond. Il en va de même de l'affaire *Re Trepanier*, où le requérant a allégué que le magistrat qui l'avait déclaré coupable avait commis une erreur quant aux faits. Le requérant a donc demandé un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire qui aurait exigé la production du dossier des procédures afin de déterminer si la preuve était suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. C'était clairement une tentative d'utiliser l'*habeas corpus* pour examiner le bien-fondé d'une déclaration de culpabilité. Le juge en chef Ritchie a dit, à la p. 113:

> [TRADUCTION] Le magistrat a incontestablement compétence sur le sujet de la plainte et sur la personne du détenu; l'allégation que le magistrat a agi de façon irrégulière ou qu'il a excédé sa compétence est sans fondement; de plus, on reconnaît la régularité de la déclaration de culpabilité et du mandat, les seuls motifs de contestation étant que le magistrat a commis une erreur quant aux faits et que la preuve ne lui permettait pas de conclure à la culpabilité du détenu. Je n'ai donc aucune hésitation à dire que nous ne pouvons, au moyen d'un bref d'*habeas corpus*, examiner le bien-fondé de la déclaration de culpabilité ni mener une enquête sur le fond de l'affaire.

In the subsequent case of *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, the issues were jurisdictional but the Court held that extrinsic evidence could not be considered on *habeas corpus* to contradict the record of a superior court that is regular on its face. The conviction and sentence by the court of oyer and terminer and general gaol delivery had been confirmed by the Supreme Court of British Columbia and Ritchie C.J. spoke in terms of the conclusive character of the record of a superior court as follows at p. 191:

> I venture to propound without fear of successful contradiction, that by the law of England and of this Dominion, where the principles of the common law prevail, that if the record of a superior court contains the recital of facts requisite to confer jurisdiction, which the records in this case did, it is conclusive and cannot be contradicted by extrinsic evidence; and if the superior courts have jurisdiction over the subject-matter and the person, as the court of oyer and terminer and general gaol delivery and the Supreme Court of British Columbia had in this case, the records of their judgments and sentences are final and conclusive, unerring verity, and the law will not, in such a case, allow the record to be contradicted.

and he emphasized the distinction in this respect between the records of inferior courts and those of superior courts as follows at p. 193:

> And I venture humbly, and with all respect, to suggest that the difficulty in this case has arisen from a misapprehension of what can, and what cannot, be done under a writ of *habeas corpus*, but more especially from not duly appreciating the distinction between the validity and force of records of courts of inferior, and of courts of superior, jurisdiction, but treating records of superior and inferior courts as being of the same force and effect.

Re Sproule was applied by this Court in *Ex parte Macdonald*, *supra*, and *Re Henderson*, [1930] S.C.R. 45, where there were jurisdictional issues involved, in support of the more general or unqualified proposition that the Court was limited on *habeas corpus* to an examination of the warrant of committal in determining whether there had been an absence or excess of jurisdiction.

L'arrêt subséquent *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140, soulevait des questions de compétence, mais la Cour a conclu qu'on ne saurait, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, se fonder sur des preuves extrinsèques pour contredire le dossier apparemment régulier d'une cour supérieure. La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait confirmé la déclaration de culpabilité et la peine prononcées par la cour d'oyer et terminer et d'évacuation des prisons, et, à la p. 191, le juge en chef Ritchie a parlé du caractère concluant du dossier d'une cour supérieure en ces termes:

> [TRADUCTION] Je suis prêt à soutenir sans crainte de contradiction que, selon le droit d'Angleterre et du Canada, lorsque les principes de *common law* s'appliquent, si le dossier d'une cour supérieure contient l'exposé de faits nécessaire pour qu'il y ait attribution de compétence, ce qui est le cas en l'espèce, ce dossier est concluant et ne saurait être contredit par une preuve extrinsèque; et si les cours supérieures ont compétence sur le sujet et sur la personne, comme l'avaient dans la présente affaire la cour d'oyer et terminer et d'évacuation des prisons et la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les dossiers contenant leurs jugements et condamnations sont définitifs et concluants, la vérité absolue, et, cela étant, le dossier ne peut en droit être contredit.

Puis, il a souligné la distinction à cet égard entre les dossiers de cours inférieures et ceux de cours supérieures, disant à ce propos, à la p. 193:

> [TRADUCTION] Et je me permets de suggérer humblement et en toute déférence que la difficulté en l'espèce vient d'une conception erronée de ce qu'on peut et de ce qu'on ne peut pas faire en vertu d'un bref d'*habeas corpus*; mais, plus particulièrement, la difficulté résulte de ce qu'on saisit imparfaitement la différence de validité et d'effet entre les dossiers de cours de juridiction inférieure et ceux de cours de juridiction supérieure, de sorte qu'on considère les deux types de dossiers comme ayant la même validité et le même effet.

Dans les arrêts *Ex parte Macdonald*, précité, et *Re Henderson*, [1930] R.C.S. 45, portant sur des questions de compétence, cette Cour a appliqué l'arrêt *Re Sproule* pour appuyer la proposition plus générale ou absolue selon laquelle la Cour, saisie d'une demande d'*habeas corpus*, doit s'en tenir à un examen du mandat de dépôt en déterminant s'il y a eu défaut ou excès de compétence.

Thus the true basis of this Court's jurisprudence with respect to the admission or consideration of extrinsic evidence on an application for *habeas corpus* consists of two principles: the principle that extrinsic evidence must not be permitted to convert an application for *habeas corpus* into an appeal on the merits, and the principle that the record of a superior court is conclusive as to the facts on which the court's jurisdiction depends and cannot be contradicted by extrinsic evidence. It has been suggested that the Court was particularly concerned about the first principle when it was exercising an original jurisdiction in respect of *habeas corpus*, and that this may have led to the broad and unqualified expression of the rule respecting the consideration of extrinsic evidence on *habeas corpus* that is to be found in some of its decisions. See Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), p. 51, note 2. With respect to the second principle, I agree with the suggestion in Sharpe, "Habeas Corpus in Canada" (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241 at p. 261, that it should apply only to the records of superior courts or courts of general common law jurisdiction. In *Mitchell*, neither of these principles was applicable. As I have indicated, the grounds of attack were clearly jurisdictional, and the record, dependent as it was on the proceedings and decisions of an inferior tribunal, was not of the character entitled to be treated as conclusive of the facts of jurisdiction. In my respectful opinion, the view expressed in *Mitchell* that the affidavit evidence could not be considered went beyond the true basis of the Court's jurisprudence on this question. In fact, two members of the majority in the result (Martland and de Grandpré JJ.), as well as the minority (Laskin C.J., Spence and Dickson JJ.) did consider the affidavit evidence in deciding whether there had been an absence or excess of jurisdiction in ordering the detention.

As the British Columbia and Ontario Courts of Appeal pointed out in *Cardinal* and in the case at bar, it may only be possible to establish jurisdictional error on *habeas corpus* by affidavit evi-

Il s'ensuit que la jurisprudence de cette Cour concernant l'admission ou l'examen d'une preuve extrinsèque dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* a pour fondement véritable deux principes, savoir: le principe selon lequel il ne faut pas permettre qu'une preuve extrinsèque ait pour effet de transformer une demande d'*habeas corpus* en un appel sur le fond, et le principe selon lequel le dossier d'une cour supérieure est concluant quant aux faits dont dépend sa compétence et ne peut être contredit par une preuve extrinsèque. Il a été dit que le premier principe constituait une préoccupation particulière de la Cour quand elle avait à exercer une compétence de première instance en matière d'*habeas corpus* et que cela explique peut-être pourquoi certains de ses arrêts contiennent une expression de portée large et absolue de la règle relative à l'examen de preuves extrinsèques dans le cas d'une demande d'*habeas corpus*. Voir Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), p. 51, note 2. Pour ce qui est du second principe, je suis d'accord avec Sharpe qui dit dans «Habeas Corpus in Canada» (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241, à la p. 261, qu'il ne doit s'appliquer qu'aux dossiers des cours supérieures ou des cours de juridiction générale en *common law*. Dans l'arrêt *Mitchell*, ni l'un ni l'autre principe ne trouvait application. Comme je l'ai déjà souligné, les moyens invoqués dans cette affaire-là concernaient manifestement la compétence de la cour, et le dossier, puisqu'il dépendait des procédures et des décisions d'un tribunal inférieur, ne pouvait être considéré comme concluant relativement aux faits établissant la compétence. À mon respectueux avis, quand on dit dans l'arrêt *Mitchell* qu'il n'est pas permis d'examiner la preuve par affidavit, on s'éloigne du fondement véritable de la jurisprudence de la Cour sur cette question. En fait, deux des juges majoritaires (les juges Martland et de Grandpré) ainsi que les juges minoritaires (le juge en chef Laskin, les juges Spence et Dickson) ont tenu compte de la preuve par affidavit en décidant s'il y avait eu défaut ou excès de compétence lorsque l'ordonnance de détention avait été rendue.

Comme l'ont souligné la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cardinal* et la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, il est des cas où l'erreur de compétence ne peut

dence, even where the record is brought up by *certiorari* in aid. This is particularly true of a violation of natural justice or a denial of procedural fairness. This is a compelling reason, in my opinion, for confining the rule against consideration of extrinsic evidence of an application for *habeas corpus* within its proper boundaries.

Support for a broader approach to the admission or consideration of extrinsic evidence on *habeas corpus* to determine issues of jurisdiction may be found in the decision of the House of Lords in *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556, which was relied on by the Courts of Appeal in *Cardinal* and the case at bar. There it was held that fresh evidence was admissible on an application for *habeas corpus* to show that the magistrate lacked jurisdiction to make the committal order in an extradition case because the offence was of a political character. Lord Hodson appears to have held in effect that the rule concerning the admission of affidavit evidence on *habeas corpus* is the same as it is on *certiorari*, as suggested by the following passage at pp. 605-06:

> Proceeding by habeas corpus is analogous to that by certiorari to remove a conviction, see Short and Mellor's Crown Practice (1908), p. 319. Affidavits are not admissible to controvert facts found by the judgment of a court of competent jurisdiction, though they may be received to show some extrinsic collateral matter essential to jurisdiction or to show total want or excess of jurisdiction.

I am therefore of the opinion that, subject to the limitation arising from the conclusive character of the records of courts of superior or general common law jurisdiction, a court may on an application for *habeas corpus* without *certiorari* in aid consider affidavit or other extrinsic evidence to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction.

être établie au cours d'une demande d'*habeas corpus* que par la preuve par affidavit même lorsque le dossier a pu être produit grâce à un *certiorari* auxiliaire. Cela est particulièrement vrai s'il y a eu violation des principes de justice naturelle ou négation de l'équité dans la procédure. Il s'agit là, selon moi, d'un motif irrésistible de circonscrire dans les limites qui lui sont propres la règle qui s'oppose à l'examen d'une preuve extrinsèque dans une demande d'*habeas corpus*.

L'arrêt de la Chambre des lords *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556, sur lequel se sont fondées les cours d'appel dans l'arrêt *Cardinal* et dans la présente affaire, appuie un point de vue plus libéral à l'égard de l'admission ou de l'examen de preuves extrinsèques dans une demande d'*habeas corpus* pour trancher des questions de compétence. Dans cet arrêt on a conclu qu'une nouvelle preuve pouvait être admise relativement à une demande d'*habeas corpus* afin de démontrer que le magistrat n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance d'incarcération dans une affaire d'extradition en raison du caractère politique de l'infraction. Lord Hodson semble avoir conclu en fait que la règle relative à l'admission d'une preuve par affidavit dans le cas d'un *habeas corpus* est la même que celle qui s'applique à une demande de *certiorari*; c'est ce qui ressort de l'extrait suivant aux pp. 605 et 606:

> [TRADUCTION] La procédure par voie d'habeas corpus est comparable à celle par voie de certiorari pour l'annulation d'une déclaration de culpabilité, voir Short and Mellor's Crown Practice (1908), à la p. 319. Les affidavits ne sont pas admissibles pour mettre en doute des conclusions de fait d'un tribunal compétent, bien qu'ils puissent être reçus pour établir un point accessoire extrinsèque qui est essentiel à la compétence ou pour prouver soit un défaut total de compétence soit un excès de compétence.

Je suis donc d'avis que, sous réserve de la restriction qui résulte du caractère concluant des dossiers de cours de juridiction supérieure ou de juridiction générale en *common law*, une cour saisie d'une demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire peut examiner une preuve par affidavit ou d'autres preuves extrinsèques pour déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence.

IV

I turn to the question whether *habeas corpus* will lie to determine the validity of the confinement of an inmate of a penitentiary in a special handling unit and to obtain his release from such confinement, if it is found to be unlawful, into normal association with the general population of the penitentiary.

This issue turns on the view that one takes of the proper role of *habeas corpus* and the extent to which it should be adapted to the reality of the various forms of confinement or detention within penal institutions. An important policy consideration, in the context of the exclusive review jurisdiction of the Federal Court, is the extent to which the use of *habeas corpus* to determine the validity of a particular form of detention amounts to an indirect assumption of the Federal Court's review jurisdiction with respect to the administrative decisions of federal correctional authorities.

Those who oppose the resort to *habeas corpus* to challenge the validity of a particular form of confinement or detention in a penal institution contend that it fails to meet two essential conditions of the traditional availability of this remedy: (a) that there be a deprivation of liberty; and (b) that what is sought is the complete liberty of the applicant and not merely his or her transfer to another form of detention or restraint of liberty. This view of the traditional role of *habeas corpus* is reflected in the decisions in *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992, and *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 *Sol. J.* 853. In *Rogers* a prisoner applied for *habeas corpus* to obtain his release from a part of a prison "where the confinement was stricter and the food more scanty" to the place in the prison where he had been confined before the transfer. In dismissing the application Denman C.J., with whom Williams, Coleridge and Wightman JJ. concurred, said: "It is quite clear that we cannot entertain this application. The object of the writ of habeas corpus is, generally, to restore a person to his liberty, not to pronounce a judgment as to the room or part of a prison in

IV

Voilà qui m'amène à la question de savoir si l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour décider de la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier et, si cette détention est jugée illégale, pour obtenir sa réintégration dans la population générale du pénitencier.

Au cœur de cette question est l'opinion qu'on peut avoir du rôle véritable de l'*habeas corpus* et de la mesure dans laquelle ce recours doit être adapté à la réalité des différents types d'incarcération et de détention qui existent dans les établissements pénitentiaires. Une considération importante de politique générale, dans le contexte de la compétence exclusive de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire, est la mesure dans laquelle le recours à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention constitue une appropriation indirecte du pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour fédérale à l'égard des décisions administratives des autorités correctionnelles fédérales.

Ceux qui s'opposent au recours à l'*habeas corpus* pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération ou de détention dans un établissement pénitentiaire soutiennent qu'on ne satisfait pas à deux conditions essentielles auxquelles a été traditionnellement soumise l'obtention de ce recours: a) il faut une privation de liberté et b) il faut viser la liberté totale du requérant et non pas simplement son transfert à un autre type de détention ou de privation de liberté. Cette conception du rôle traditionnel de l'*habeas corpus* se manifeste dans les affaires *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992, et *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 *Sol. J.* 853. Dans l'affaire *Rogers*, un détenu a tenté d'obtenir par voie d'*habeas corpus* son transfert d'une partie d'une prison [TRADUCTION] «où l'incarcération était plus stricte et les repas plus maigres» à l'endroit, dans la même prison, où il avait été détenu auparavant. En rejetant la demande, le juge en chef Denman, à l'avis duquel les juges Williams, Coleridge et Wightman se sont rangés, a dit: [TRADUCTION] «Il est bien évident que nous ne pouvons faire droit à cette demande.

which a prisoner ought to be confined." In *Silverman*, a prisoner in preventive detention complained that he was not receiving the special treatment which the applicable statute required to be provided, and he sought by an application for *habeas corpus* to be transferred to a place where such treatment was provided. In dismissing the application for *habeas corpus* Hilbery J. is reported to have held that if a writ of *habeas corpus* were issued, "the only question would be whether the applicant should be released or not; and the prison governor's return would state that he was being detained under a sentence of preventive detention, which would be a perfectly good answer".

Un bref d'habeas corpus a généralement pour objet de rendre à une personne sa liberté et non pas de décider de la pièce ou de la partie d'une prison où un détenu devrait être incarcéré.» Dans l'affaire *Silverman*, un détenu en détention préventive, alléguant qu'il ne recevait pas le traitement spécial exigé par la loi applicable, a cherché au moyen d'une demande d'*habeas corpus* à obtenir son transfert à un endroit où ce traitement était offert. Le juge Hilbery a rejeté la demande d'*habeas corpus*, concluant que, si un bref d'*habeas corpus* était délivré, [TRADUCTION] «la seule question en litige serait celle de l'opportunité de libérer le requérant; et le rapport du directeur de prison préciserait qu'il s'agissait d'une détention préventive, ce qui constituerait une réponse parfaitement valable».

These cases were relied on by Hugessen A.C.J. (as he then was) in *Berrouard v. The Queen*, an unreported judgment of November 30, 1981, and related unreported decisions (referred to by the Quebec Court of Appeal in *Morin*) in dismissing applications for *habeas corpus* to challenge the validity of confinement in what appears from the expressions used to have been a special handling unit. I quote from an English version of what he said, as reported in *Re Morin and Yeomans* (1982), 1 C.C.C. (3d) 438 at p. 441:

Dans la décision inédite *Berrouard c. La Reine* en date du 30 novembre 1981 et dans des décisions connexes, également inédites, (auxquelles la Cour d'appel du Québec s'est référée dans l'arrêt *Morin*), le juge en chef adjoint Hugessen (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) s'est fondé sur cette jurisprudence pour rejeter des demandes d'*habeas corpus* qui contestaient la validité de l'incarcération dans ce qui paraît, d'après les expressions employées, avoir été une unité spéciale de détention. Je cite ci-après les motifs du juge en chef adjoint Hugessen reproduits dans l'arrêt *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité Spéciale de détention)*, [1982] C.A. 464, à la p. 466:

[TRANSLATION] These six motions for *habeas corpus* each raise the same point of law. In each case, the applicant alleges that he is at present serving a sentence and that he has been unjustifiably transferred into a special detention unit, or a special segregation unit.

Ces six requêtes en *habeas corpus* soulèvent toutes et chacune le même point de droit. Dans chaque cas, le requérant allègue qu'il purge actuellement une sentence et qu'il a été injustement transféré dans une unité spéciale de détention ou dans une ségrégation spéciale.

An essential pre-condition to the granting of the remedy of *habeas corpus* is the privation of the subject's liberty: *Masella v. Langlais* (1955), 112 C.C.C. 1, [1955] 4 D.L.R. 346, [1955] S.C.R. 263. Similarly, in a motion for *habeas corpus*, the principal object of this remedy is the obtaining of liberty for the subject; *R. v. Governor of Wandsworth Prison; Ex p. Silverman* (1952), 96 Sol. Jo. 853 (Queen's Bench Div. Ct., Hilbery, Streatfeild and McNair JJ.); *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992 (Court of Queen's Bench, Denman C.J., Williams, Coleridge and Wightman JJ.). I have read with much interest the judgment of my colleague

Autant la privation de la liberté du sujet est une pré-condition essentielle au remède d'*habeas corpus* (*Masella* c. *Langlois*, [1955] R.C.S. 263), autant l'obtention éventuelle de cette même liberté doit être le principal objet du remède d'*habeas corpus* (*R.* c. *Governor of Wandsworth Prison*, (1952) 96 Sol. Jo. 853; *Rogers (Ex parte)*, (1843) 7 jur. 992). J'ai lu avec grand intérêt le jugement de mon collègue le juge en chef McEachern, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Oswald* v. *Attorney-general* et *Cardinal* v. *Attorney-general*, jugement inédit en date du 30 décembre 1980. Avec tout le respect que je

Chief Justice McEachern, of the Supreme Court of British Columbia, in *Cardinal and Oswald v. Attorney-General*, an unreported judgment delivered on December 30, 1980. With all respect which I have for my colleague, I am not in agreement with his position that the writ of *habeas corpus* can be used to modify the conditions of a detention since, even if the writ is granted, the prisoner's detention will continue after the final judgment is delivered. This is also our case.

It accordingly follows that I am in agreement with the decision of my colleague Mr. Justice Jean-Paul Bergeron in the *Morin v. Yeomans* case, an unreported judgment delivered on November 18, 1981.

In *Morin*, which, as I have said, was a case of *habeas corpus* without *certiorari* in aid, Bergeron J. referred to the conclusion of McEachern C.J.S.C. in *Cardinal* that *habeas corpus* would lie to determine the validity of a particular form of detention in a penitentiary and said he could not agree with it. He held that judicial review of the administrative decisions of the federal correctional authorities fell within the exclusive jurisdiction of the Federal Court by way of *certiorari*. In his view, the conditions of detention of a person who was otherwise lawfully imprisoned under a valid warrant of committal could not give rise to *habeas corpus*. In dismissing the appeal from the judgment of Bergeron J., the Quebec Court of Appeal noted that the appellant had taken proceedings by way of *certiorari* in the Federal Court to challenge the validity of his confinement in the Special Handling Unit and that there would therefore be the danger of conflicting judgments if it were held that the superior court had jurisdiction to issue *habeas corpus* to determine the same issue. The Court of Appeal concluded that proceedings to challenge administrative action within federal penitentiaries was within the exclusive jurisdiction of the Federal Court. Thus it would appear that the Superior Court and the Court of Appeal in *Morin* were influenced in the view which they took of the proper application of *habeas corpus* by the implications of a concurrent or overlapping review jurisdiction with respect to the administrative decisions of the federal correctional authorities.

dois à mon collègue, je ne suis pas d'accord avec la prétention que le bref d'*habeas corpus* peut être utilisé pour modifier les conditions d'une détention qui, même si le bref est maintenu, va subsister après le jugement final. C'est notre cas.

Il va sans dire que je suis, en conséquence, d'accord avec la décision de mon collègue l'honorable juge Jean-Paul Bergeron dans l'affaire *Morin* v. *Yeomans*, jugement inédit en date du 18 novembre 1981.

Dans l'arrêt *Morin*, où, je le répète, il s'agissait d'un *habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire, le juge Bergeron fait mention de la conclusion du juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cardinal* selon laquelle on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention dans un pénitencier et déclare ne pas pouvoir l'accepter. En effet, il a conclu que le contrôle judiciaire des décisions administratives des autorités correctionnelles fédérales doit se faire par voie de *certiorari*, ce qui relève de la compétence exclusive de la Cour fédérale. À son avis, les conditions de détention d'une personne par ailleurs légalement détenue en vertu d'un mandat de dépôt valide ne donnent pas ouverture à *habeas corpus*. En rejetant l'appel de la décision du juge Bergeron, la Cour d'appel du Québec a souligné que l'appelant avait engagé des procédures de *certiorari* devant la Cour fédérale pour contester la validité de son incarcération dans l'unité spéciale de détention et qu'il y avait donc un risque de jugements contradictoires si l'on concluait que la Cour supérieure avait compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus* relativement à la même question. La Cour d'appel a conclu que des procédures visant à contester un acte administratif accompli au sein des pénitenciers fédéraux sont du ressort exclusif de la Cour fédérale. Il paraît donc que, dans l'affaire *Morin*, l'opinion de la Cour supérieure et de la Cour d'appel quant à l'applicabilité de l'*habeas corpus* a été influencée par les conséquences éventuelles d'un partage ou d'un chevauchement de la compétence de contrôle des décisions administratives prises par des autorités correctionnelles fédérales.

The British Columbia courts in *Cardinal* and the Ontario Court of Appeal in the case at bar applied the notion of a "prison within a prison" in holding that *habeas corpus* would lie to determine the validity of confinement in administrative segregation or a special handling unit, and if such confinement be found unlawful, to order the release of the inmate into the general population of the penitentiary. The concept of a "prison within a prison" is referred to by Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), p. 149, where he speaks in favour of such an application of *habeas corpus*, and by Dickson J., as he then was, in *Martineau, supra*, where, with reference to the decision of the disciplinary board which sentenced the inmate for a disciplinary offence to 15 days in the penitentiary's special corrections unit, he said at p. 622:

> Moreover, the board's decision had the effect of depriving an individual of his liberty by committing him to a 'prison within a prison'. In these circumstances elementary justice requires some procedural protection. The rule of law must run within penitentiary walls.

This statement reflects the perception that a prisoner is not without some rights or residual liberty (see also *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 at p. 839) and that there may be significant degrees of deprivation of liberty within a penal institution. The same perception is reflected in the reasons for judgment of McEachern C.J.S.C. and Anderson J.A. in *Cardinal* and Cory J.A. in the case at bar on this issue. In effect, a prisoner has the right not to be deprived unlawfully of the relative or residual liberty permitted to the general inmate population of an institution. Any significant deprivation of that liberty, such as that effected by confinement in a special handling unit meets the first of the traditional requirements for *habeas corpus*, that it must be directed against a deprivation of liberty.

Moreover, the principle that *habeas corpus* will lie only to secure the complete liberty of the

Appliquant la notion d'une «prison au sein d'une prison», les cours de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Cardinal* ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, ont conclu que l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une incarcération en ségrégation administrative ou dans une unité spéciale de détention et, si cette incarcération est jugée illégale, pour ordonner la réintégration du détenu dans la population générale du pénitencier. Le concept d'une «prison au sein d'une prison» est mentionné par Sharpe dans *The Law of Habeas Corpus* (1976), à la p. 149, où il préconise l'application de l'*habeas corpus* dans ces situations, et par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Martineau*, précité, à la p. 622, où, relativement à la décision du comité de discipline qui, pour une infraction à la discipline, a condamné le détenu à passer 15 jours à l'unité spéciale de correction du pénitencier, il dit:

> De plus, la décision du comité avait pour effet de priver une personne de sa liberté en l'incarcérant dans une «prison au sein d'une prison». Dans ces circonstances, la justice élémentaire exige une certaine protection dans la procédure. Le principe de la légalité doit régner à l'intérieur des murs d'un pénitencier.

Il ressort de ce passage qu'un détenu continue à jouir de certains droits ou d'une liberté résiduelle (voir aussi l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839) et que dans un établissement pénitentiaire il peut y avoir des gradations importantes de privation de liberté. Cette même idée se dégage des motifs de jugement du juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et du juge Anderson de la Cour d'appel dans l'affaire *Cardinal* et dans les motifs rédigés par le juge Cory en Cour d'appel dans la présente affaire. De fait, un prisonnier a le droit de ne pas être privé illégalement de la liberté relative ou résiduelle accordée à la population carcérale générale d'un établissement. Toute privation appréciable de cette liberté, comme celle qui résulte du transfert à une unité spéciale de détention, satisfait à la première des exigences traditionnelles pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*, savoir qu'il y ait eu privation de liberté.

D'autre part, le principe selon lequel on ne peut recourir à l'*habeas corpus* que pour obtenir la

subject is not invariably reflected in its application. There are applications of *habeas corpus* in Canadian case law which illustrate its use to release a person from a particular form of detention although the person will lawfully remain under some other restraint of liberty. Examples are the use of *habeas corpus* to recover the custody of children (*Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, aff'g [1925] S.C.R. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501); to release a person on parole where the parole has been unlawfully revoked (*Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135); and to transfer an inmate from an institution in which he has been unlawfully confined to another institution (*Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566). In all of these cases the effect of *habeas corpus* is to release a person from an unlawful detention, which is the object of the remedy. The use of *habeas corpus* to release a prisoner from an unlawful form of detention within a penitentiary into normal association with the general inmate population of the penitentiary is consistent with these applications of the remedy.

An enlarged approach to the concept of custody for purposes of *habeas corpus* is reflected in American case law. Formerly American courts took the view that *habeas corpus* would only lie where a favourable judgment would result in immediate release from all forms of detention: *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934). Since then the concept of custody has been greatly expanded to permit a wider use of *habeas corpus* for the protection of prisoners' rights. In *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963), where *habeas corpus* was held to be available to an applicant who was not in physical custody but on parole, the Court said at p. 243 that *habeas corpus* is "not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose—the protection of individuals against erosion of their right to be free from

liberté totale du détenu n'est pas toujours respecté dans la pratique. En effet, on trouve dans la jurisprudence canadienne des cas où l'*habeas corpus* a été utilisé pour obtenir la libération d'une personne d'une forme particulière de détention bien que cette personne demeurât légalement sous le coup d'un autre type de privation de liberté. Mentionnons à titre d'exemples, le recours à l'*habeas corpus* pour recouvrer la garde d'enfants (*Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, confirmant [1925] R.C.S. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501); pour obtenir la libération conditionnelle d'une personne dont la libération conditionnelle a été illégalement révoquée (*Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135); et pour obtenir le transfert à un autre établissement d'une personne illégalement détenue dans un premier établissement (*Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566). Dans chacun de ces cas l'*habeas corpus* opère la libération d'une personne en détention illégale, ce qui est précisément l'objet du recours. Or, l'utilisation de l'*habeas corpus* pour effectuer la réintégration dans la population carcérale générale du pénitencier d'un détenu soumis à une forme illégale de détention est compatible avec les applications susmentionnées de ce recours.

Un élargissement du concept de la détention aux fins du recours en *habeas corpus* se réflète dans la jurisprudence américaine. Autrefois, les tribunaux américains estimaient que l'on pouvait recourir à l'*habeas corpus* seulement lorsqu'un jugement favorable entraînerait la libération immédiate de toutes les formes de détention: *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934). Depuis lors la portée du concept de la détention a connu un élargissement considérable pour permettre un recours plus large à l'*habeas corpus* pour la protection des droits des détenus. Dans l'affaire *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963), où il a été jugé qu'un *habeas corpus* peut être accordé à un requérant qui n'est pas physiquement détenu mais qui est en libération conditionnelle, la cour a dit, à la p. 243, que l'*habeas corpus* n'est pas [TRADUCTION] «maintenant ni n'a jamais été un recours statique, étroit et

wrongful restraints upon their liberty". In *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968), *habeas corpus* was allowed to challenge the validity of a sentence yet to be served. In *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969), *habeas corpus* was allowed to challenge the validity of a condition of confinement in the form of a prison regulation which limited the access of illiterate inmates to the courts by forbidding their fellow prisoners from serving as jailhouse lawyers. It was held that the unlawful regulations made the custody unlawful. In *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971), the United States Supreme Court reversed the Missouri courts which had held that *habeas corpus* would not lie where the object was not to secure the release of the petitioners from the penitentiary altogether but to challenge their living conditions and disciplinary measures. The Supreme Court affirmed the approach it had adopted in *Johnson v. Avery*. It should be noted, however, that in *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973), Stewart J., speaking for the majority, expressed himself in terms which might suggest that the question was regarded as still being open. He said at p. 499: "This is not to say that habeas corpus may not also be available to challenge such prison conditions. See *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483, (1969); *Wilwording v. Swenson, supra*, at 251. When a prisoner is put under additional and unconstitutional restraints during his lawful custody, it is arguable that habeas corpus will lie to remove the restraints making the custody illegal. See Note, Developments in the Law—Habeas Corpus, 83 Harv. L. Rev. 1038, 1084 (1970)". The note to which Stewart J. referred approved the approach adopted in the leading case of *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944), where it was said at p. 445: "A prisoner is entitled to the writ of habeas corpus when, though lawfully in custody, he is deprived of some right to which he is lawfully entitled even in his confinement, the deprivation of which serves to make his imprisonment more burdensome than the law allows or curtails his liberty to a greater extent than the law performaliste; sa portée s'est élargie afin qu'il puisse remplir son objet premier—la protection des individus contre l'érosion de leur droit de ne pas voir imposer de restrictions abusives à leur liberté». Dans l'affaire *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968), il a été permis de contester par voie d'*habeas corpus* la validité d'une peine qu'on n'avait pas encore commencé à purger. Dans l'affaire *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969), on a fait droit à une demande d'*habeas corpus* aux fins de contester la légitimité d'une condition d'incarcération, savoir un règlement carcéral qui limitait l'accès des détenus analphabètes aux tribunaux en défendant aux autres détenus de faire office d'avocats. Il a été jugé que le caractère illégal du règlement emportait l'illégalité de la détention. Dans l'arrêt *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971), la Cour suprême des États-Unis a infirmé les décisions des cours du Missouri qui avaient conclu que l'on ne pouvait recourir à l'*habeas corpus* lorsque le but n'était pas d'obtenir la libération totale des requérants du pénitencier, mais de contester leurs conditions de vie et les mesures disciplinaires. La Cour suprême a ainsi confirmé ce qu'elle avait dit dans l'arrêt *Johnson v. Avery*. Il est toutefois à noter que, dans l'arrêt *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973), le juge Stewart, parlant au nom de la majorité, s'est exprimé en des termes qui pourraient porter à croire que la question était considérée comme encore entière. À la page 499, il dit ce qui suit: [TRADUCTION] «Cela n'écarte pas la possibilité du recours à l'habeas corpus pour contester de telles conditions carcérales. Voir les arrêts *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969), et *Wilwording v. Swenson*, précité, à la p. 251. Lorsqu'un détenu est soumis à des mesures coercitives additionnelles et inconstitutionnelles au cours de sa détention légale, il est défendable de recourir à l'habeas corpus pour mettre fin aux mesures qui rendent la détention illégale. Voir Note, Developments in the Law—Habeas Corpus, 83 Harv. L. Rev. 1038, à la p. 1084 (1970).» La note mentionnée par le juge Stewart approuve la solution retenue dans l'arrêt de principe *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944), où l'on peut lire à la p. 445: [TRADUCTION] «Un détenu, quoique légalement incarcéré, a droit à un bref d'habeas corpus lorsqu'on porte atteinte à quelque

mits." After referring to *Coffin* the note states at pp. 1085-86:

No other circuit purports to follow *Coffin*. Most courts instead believe that habeas jurisdiction is lacking when the petitioner is not asking for the invalidation of a custody imposed by sentence, on the theory that the petitioner is not seeking a present or future release. But this fails to recognize that the lawfulness of a custody depends, not merely upon the legal basis for *some* kind of custody, but upon the lawfulness of the specific type and manner of confinement in question. Where the specific detention abridges federally protected interests—by placing petitioner in the wrong prison, denying him treatment, imposing cruel and unusual punishment, impeding his access to the courts, and so on—it is an unlawful detention and habeas lies to release the petitioner therefrom. It is immaterial that the petitioner might then be placed in a different, lawful custody or that his being sentenced to a term of confinement might itself be lawful. The custody requirement, and the corresponding insistence on discharge from custody, do not prevent habeas corpus from being an appropriate remedy for the review of unlawful prison administration.

Since that note was written the point of view expressed in it has been adopted by federal courts of appeal. See, for example, the following cases recognizing the availability of *habeas corpus* to challenge the validity of various forms of segregated confinement in a prison on the ground of a violation of due process: *McCollum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (7th Cir. 1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (5th Cir. 1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (7th Cir. 1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (7th Cir. 1983); and *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (5th Cir. 1980).

After giving consideration to the two approaches to this issue, I am of the opinion that the better view is that *habeas corpus* should lie to determine the validity of a particular form of confinement in

droit dont il peut jouir même pendant son incarcération et que cette atteinte rend son emprisonnement plus pénible que cela n'est légalement permis ou qu'elle restreint sa liberté au-delà de ce qui est juridiquement autorisé.» Ayant fait mention de l'arrêt *Coffin*, la note continue aux pp. 1085 et 1086:

[TRADUCTION] Aucun autre circuit ne prétend suivre l'arrêt *Coffin*. Au contraire, la majorité des cours estiment que l'on ne peut recourir à l'habeas corpus lorsque le requérant ne demande pas l'annulation d'une détention imposée par suite d'une condamnation. Cette opinion repose sur ce que le requérant ne demande à être libéré ni immédiatement ni dans l'avenir. Toutefois, en cela on perd de vue que la légalité d'une détention n'est pas fonction uniquement de l'existence d'un fondement juridique pour une détention *quelconque*, mais tient à la légalité du type et du mode précis de détention. Lorsque la détention en question porte atteinte à des droits protégés par des lois fédérales, en ce sens que le requérant est placé dans la mauvaise prison, qu'on lui refuse des soins, qu'on lui impose des peines cruelles et inusitées, qu'on l'empêche d'avoir accès aux tribunaux, etc., il s'agit d'une détention illégale et on peut recourir à l'habeas corpus pour en libérer le requérant. À cet égard, peu importe que le requérant puisse alors être placé dans un type différent de détention qui est légal ou que sa condamnation à une peine d'emprisonnement puisse en soi être légale. L'exigence qu'il y ait détention et la demande de libération formulée en conséquence ne changent rien à l'applicabilité de l'habeas corpus pour contrôler une administration carcérale illégale.

Depuis la rédaction de cette note, le point de vue qu'elle exprime a été adopté par les cours d'appel de circuit fédérales. Voir par exemple les arrêts énumérés ci-après qui reconnaissent la possibilité du recours à l'*habeas corpus* pour contester la validité de différentes formes de détention ségrégative dans une prison pour non-application régulière de la loi: *McCollum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (7th Cir. 1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (5th Cir. 1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (7th Cir. 1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (7th Cir. 1983); et *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (5th Cir. 1980).

Examen fait des deux façons d'aborder cette question, je suis d'avis que le point de vue à retenir est celui selon lequel il y a lieu à *habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particu-

a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of this remedy as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. As I have said in connection with the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*, these concerns have their origin in the legislative judgment to leave the *habeas corpus* jurisdiction against federal authorities with the provincial superior courts. There cannot be one definition of the reach of *habeas corpus* in relation to federal authorities and a different one for other authorities. Confinement in a special handling unit, or in administrative segregation as in *Cardinal*, is a form of detention that is distinct and separate from that imposed on the general inmate population. It involves a significant reduction in the residual liberty of the inmate. It is in fact a new detention of the inmate, purporting to rest on its own foundation of legal authority. It is that particular form of detention or deprivation of liberty which is the object of the challenge by *habeas corpus*. It is release from that form of detention that is sought. For the reasons indicated above, I can see no sound reason in principle, having to do with the nature and role of *habeas corpus*, why *habeas corpus* should not be available for that purpose. I do not say that *habeas corpus* should lie to challenge any and all conditions of confinement in a penitentiary or prison, including the loss of any privilege enjoyed by the general inmate population. But it should lie in my opinion to challenge the validity of a distinct form of confinement or detention in which the actual physical constraint or deprivation of liberty, as distinct from the mere loss of certain privileges, is more restrictive or severe than the normal one in an institution.

lière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être tranchée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l'*habeas corpus* doit d'abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L'importance générale de ce recours comme moyen traditionnel de contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflits de compétence. Comme je l'ai déjà souligné à propos de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, ces préoccupations sont nées de la décision du législateur de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence pour délivrer des brefs d'*habeas corpus* contre des autorités fédérales. Or, la portée de l'*habeas corpus* ne peut être définie d'une manière pour le cas des autorités fédérales et d'une autre pour les autres autorités. L'incarcération dans une unité spéciale de détention, ou en ségrégation administrative comme c'était le cas dans l'affaire *Cardinal*, constitue une forme de détention qui est tout à fait distincte de celle imposée à la population carcérale générale. Elle entraîne une diminution importante de la liberté résiduelle du détenu. Il s'agit en fait d'une nouvelle détention qui est censée avoir son propre fondement juridique. C'est cette forme précise de détention ou de privation de liberté qui est contestée par l'*habeas corpus*. C'est la libération de cette forme de détention qu'on demande. Voilà pourquoi je ne vois aucune raison valable fondée sur la nature et le rôle de l'*habeas corpus* pour laquelle il ne devrait pas servir à cette fin. Je ne dis pas qu'on devrait recourir à l'*habeas corpus* pour contester toutes et chacune des conditions d'incarcération dans un pénitencier ou une prison, y compris la perte d'un privilège dont jouit la population carcérale générale. Mais, selon moi, il y a lieu d'y recourir pour contester la validité d'une forme distincte de détention dans laquelle la contrainte physique réelle ou la privation de liberté, par opposition à la simple perte de certains privilèges, est plus restrictive ou sévère que cela est normalement le cas dans un établissement carcéral.

For these reasons I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Fergus J. O'Connor, Kingston.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Fergus J. O'Connor, Kingston.

Real Cardinal and Eric Oswald *Appellants*;

and

Director of Kent Institution *Respondent*.

File No.: 17364.

1984: October 11, 12; 1985: December 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Prisons — Administrative dissociation or segregation — Segregation imposed following alleged involvement in hostage-taking incident — Segregation continued by Director despite recommendation of Segregation Review Board — Prisoners not informed by Director of his reasons for refusing to follow recommendation and not given a hearing by the Director on the question — Whether or not Director in breach of duty to act fairly rendering continued segregation of prisoners unlawful — Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40.

Judicial review — Prerogative writs — Habeas corpus with certiorari in aid — Segregation imposed following alleged involvement in hostage-taking incident — Segregation continued by Director despite recommendation of the Segregation Review Board — Prisoners not informed by Director of his reasons for refusing to follow recommendation and not given a hearing by the Director on the question — Whether or not Director in breach of duty to act fairly rendering continued segregation of prisoners unlawful — Whether provincial superior court has jurisdiction to issue certiorari in aid of habeas corpus — Whether affidavits admissible on habeas corpus alone to show jurisdictional error — Whether habeas corpus lies to challenge the validity of a particular form of confinement in a penitentiary — Judicial review jurisdiction of Federal Court of Canada — Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

Appellants were prisoners who were allegedly involved in a hostage-taking incident in Matsqui Institution. Criminal charges of forcible seizure and attempted escape were laid against them. They were transferred to Kent Institution where they were placed, on the Director's oral instructions, in administrative dissociation or

Real Cardinal et Eric Oswald *Appelants*;

et

Directeur de l'établissement Kent *Intimé*.

N° du greffe: 17364.

1984: 11, 12 octobre; 1985: 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Prisons — Ségrégation ou isolement administratifs — Ségrégation imposée après une participation alléguée à une prise d'otage — Ségrégation maintenue par le directeur malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation — Directeur n'indiquant pas aux détenus les motifs de son refus de suivre la recommandation et ne leur accordant pas d'audition sur la question — Le directeur a-t-il ou non violé l'obligation d'agir équitablement rendant illégal le maintien de la ségrégation des détenus? — Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Habeas corpus avec certiorari auxiliaire — Ségrégation imposée après une participation alléguée à une prise d'otage — Ségrégation maintenue par le directeur malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation — Directeur n'indiquant pas aux détenus les motifs de son refus de suivre la recommandation et ne leur accordant pas d'audition sur la question — Le directeur a-t-il ou non violé l'obligation d'agir équitablement rendant illégal le maintien de la ségrégation des détenus? — Une cour supérieure provinciale a-t-elle compétence pour délivrer un certiorari auxiliaire d'un habeas corpus? — Des affidavits sont-ils recevables en cas d'habeas corpus simple pour établir une erreur de compétence? — Peut-on recourir à l'habeas corpus pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération dans un pénitencier? — Compétence en matière d'examen judiciaire de la Cour fédérale du Canada — Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

Les appelants étaient des détenus qui auraient participé à une prise d'otage à l'établissement de Matsqui. Ils ont été accusés de saisie de force et de tentative d'évasion. Ils ont été transférés à l'établissement Kent où, sur les instructions verbales du directeur, ils ont été placés en ségrégation ou isolement administratifs, conformé-

segregation, pursuant to s. 40 of the *Penitentiary Service Regulations*, on the ground that it was necessary for the maintenance of good order and discipline in the institution. The Director did not make an independent inquiry into the alleged involvement of the appellants in the hostage-taking incident but relied on what he had heard from the warden of Matsqui Institution and personnel at regional headquarters. The Segregation Review Board, which reviewed the appellants' segregation monthly in accordance with s. 40 of the Regulations, recommended that they be released from administrative segregation into the general prison population. The Director refused to follow the Board's recommendation on the ground that the appellants' release from segregation before the disposition of the criminal charges pending against them would "probably" or "possibly" introduce an unsettling element into the prison population. The Director did not inform the appellants of his reasons for refusing to follow the Board's recommendation and did not give them an opportunity to be heard as to whether he should act in accordance with the recommendation.

Appellants challenged their continued confinement in administrative dissociation or segregation by applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. McEachern C.J.S.C. in the Supreme Court of British Columbia held that the Court had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*, despite the exclusive jurisdiction by way of *certiorari* of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*, and that *habeas corpus* would lie to determine the validity of confinement in administrative segregation. On the merits of the applications, he held that the continued segregation of the appellants, despite the recommendation of the Segregation Review Board, had become unlawful because of a breach of the duty of procedural fairness, and he ordered the release of the appellants into the general population of the penitentiary. The British Columbia Court of Appeal held that the Supreme Court had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*, that the Court could on *habeas corpus* alone consider affidavit evidence to determine whether there had been an absence or excess of jurisdiction, and that *habeas corpus* would lie to determine the validity of confinement in administrative segregation, but a majority of the Court of Appeal held that the continued segregation of the appellants had not been rendered unlawful by a breach of the duty of procedural fairness. The appeal was accordingly allowed.

Held: The appeal should be allowed.

ment à l'art. 40 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, parce que c'était nécessaire au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'établissement. Le directeur n'a pas fait d'enquête indépendante sur la participation alléguée des appelants à la prise d'otage, mais s'est fondé sur ce qu'il avait appris du directeur de l'établissement de Matsqui et du personnel du bureau central régional. Le Conseil d'examen des cas de ségrégation, qui a examiné la ségrégation des appelants chaque mois conformément à l'art. 40 du Règlement, a recommandé leur réintégration dans la population carcérale générale. Le directeur a refusé de suivre la recommandation du Conseil parce que la levée de la ségrégation des appelants avant la décision sur les accusations criminelles pendantes contre eux aurait comme conséquence «probable» ou «possible» d'amener un élément perturbateur dans la population carcérale. Le directeur n'a pas indiqué aux appelants pourquoi il refusait de suivre la recommandation du Conseil et il ne leur a pas accordé la possibilité de se faire entendre sur le point de savoir s'il devrait suivre la recommandation.

Les appelants ont contesté le maintien de leur incarcération en ségrégation ou isolement administratifs par des demandes d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. En Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge en chef McEachern a décidé que la cour avait compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, malgré la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada en matière de *certiorari* en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et qu'on pouvait recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération en ségrégation administrative. Sur le fond des demandes, il a statué que le maintien de la ségrégation, malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation, était illégal à cause d'une violation de l'obligation de respecter l'équité dans la procédure. Il a ordonné la réintégration des appelants dans la population générale du pénitencier. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la Cour suprême avait compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, que, lors d'une demande d'*habeas corpus* simple, elle pouvait examiner la preuve par affidavit pour déterminer s'il y avait eu défaut ou excès de compétence et qu'on pouvait recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération en ségrégation administrative. Toutefois la Cour d'appel à la majorité a décidé que la violation de l'obligation d'équité dans la procédure ne rendait pas illégal le maintien de la ségrégation des appelants. L'appel a donc été accordé.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

For the reasons given in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, the Court of Appeal correctly concluded (a) that the British Columbia Supreme Court had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*; (b) that the Court could on an application for *habeas corpus* alone consider affidavit evidence to determine whether there had been an absence or excess of jurisdiction; and (c) that *habeas corpus* would lie to determine the validity of the confinement of an inmate in administrative dissociation or segregation, and if such confinement be found to be unlawful to order his release into the general population of the institution.

The Director was under a duty of procedural fairness in exercising the authority conferred by s. 40 of the Regulations with respect to administrative dissociation or segregation. At common law, a duty of procedural fairness lies on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual. The duty of procedural fairness has been held to apply in principle to disciplinary proceedings within a penitentiary, and although administrative segregation is distinguished from punitive or disciplinary segregation in the Regulations, the effect on the prisoner is the same and gives rise to the duty to act fairly. The extent to which procedural requirements are imposed in the prison setting must, however, be approached with caution.

The original imposition of administrative dissociation or segregation on the appellants was a lawful exercise of the Director's discretionary authority and was not carried out unfairly. In view of the urgent or emergency nature of the decision there could be no requirement of prior notice and hearing. In the case of the Director's decision to continue the appellants' segregation, despite the recommendation of the Segregation Review Board that they be released into the general population of the penitentiary, procedural fairness required that the Director inform the appellants of the reasons for his intended decision and give them an opportunity before him, however informal, to state their case for release. These minimal requirements of procedural fairness were fully compatible with the concern that the process of prison administration, because of its special nature and exigencies, should not be unduly burdened or obstructed by the imposition of unreasonable or inappropriate procedural requirements.

As to the possible suggestion in the decision of the majority of the Court of Appeal that the breach of the duty of procedural fairness, if any, was not of sufficient consequence to render the continued segregation of the

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, la Cour d'appel a eu raison de conclure a) que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*; b) qu'elle pouvait, lors d'une demande d'*habeas corpus* simple, examiner la preuve par affidavit pour déterminer s'il y avait défaut ou excès de compétence et c) qu'on pouvait recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu en ségrégation administrative et, si cette dernière était jugée illégale, ordonner sa réintégration dans la population générale du pénitencier.

Le directeur avait l'obligation de respecter l'équité dans la procédure en exerçant le pouvoir que lui confère l'art. 40 du Règlement à l'égard de la ségrégation ou de l'isolement administratifs. En *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. L'obligation de respecter l'équité dans la procédure s'applique en principe aux procédures disciplinaires dans un pénitencier et, bien que la ségrégation administrative se distingue de la ségrégation punitive ou disciplinaire prévue au Règlement, l'effet sur le détenu est le même et est de nature à donner lieu à une obligation d'agir avec équité. Il faut toutefois aborder avec prudence la portée qu'on donne aux exigences de procédure dans le milieu carcéral.

L'imposition de la ségrégation administrative à l'origine constituait un exercice légal du pouvoir discrétionnaire du directeur et n'a pas été faite inéquitablement. Vu la nature pressante ou urgente de la décision, on ne pouvait exiger ni un avis ni une audition préalables. Étant donné la décision du directeur de maintenir la ségrégation des appelants malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation qu'ils soient réintégrés dans la population générale du pénitencier, l'équité dans la procédure exigeait que le directeur fasse connaître aux appelants les motifs de sa décision prochaine et qu'il leur donne la possibilité, même informelle, de faire valoir leurs arguments en faveur de leur réintégration. Ces exigences minimales d'équité dans la procédure sont tout à fait compatibles avec le souci de ne pas alourdir ou bloquer indûment le processus de l'administration carcérale, vu sa nature et ses besoins spéciaux, par l'imposition d'exigences de procédure déraisonnables ou impropres.

Quant à la suggestion dans la décision de la majorité en Cour d'appel que la violation de l'obligation de respecter l'équité dans la procédure, le cas échéant, n'avait pas de conséquences suffisantes pour rendre illé-

appellants unlawful, the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

By his failure to afford the appellants a fair hearing on the question whether he should act in accordance with the recommendation of the Segregation Review Board the Director rendered the continued segregation of the appellants unlawful. They, therefore, had a right on *habeas corpus* to be released from administrative dissociation or segregation into the general population of the penitentiary.

Cases Cited

R. v. Miller, [1985] 2 S.C.R. 613, followed; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board (No. 2)*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St Germain*, [1979] 1 All E.R. 701, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.
Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6.
Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40(1), (2).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1982] 3 W.W.R. 593, 137 D.L.R. (3d) 145, 67 C.C.C. (2d) 252, 35 B.C.L.R. 201, allowing an appeal from orders of McEachern C.J.S.C. granting relief upon applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid and ordering appellants' release from administrative dissociation into the general prison population. Appeal allowed.

B. A. Crane, Q.C., for the appellants.

gal le maintien de la ségrégation des appelants, la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

En omettant d'offrir aux appelants une audition équitable sur la question de savoir s'il devrait suivre la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation, le directeur a rendu illégal le maintien de la ségrégation des appelants. Ils avaient donc droit en vertu d'un bref d'*habeas corpus* à la levée de leur ségrégation ou isolement administratifs et à leur réintégration dans la population générale du pénitencier.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; arrêts mentionnés: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (N° 2)*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St Germain*, [1979] 1 All E.R. 701.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.
Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6.
Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40(1), (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1982] 3 W.W.R. 593, 137 D.L.R. (3d) 145, 67 C.C.C. (2d) 252, 35 B.C.L.R. 201, qui a accueilli l'appel à l'encontre des ordonnances du juge en chef McEachern de la Cour suprême qui avait accueilli les demandes d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire et ordonné la levée de la ségrégation administrative des appelants et leur réintégration dans la population carcérale générale. Pourvoi accueilli.

B. A. Crane, c.r., pour les appelants.

W. B. Scarth, Q.C., and *Mary Humphries*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The general question in this appeal is whether relief by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid is available in a provincial superior court to obtain the release of a prisoner in a federal penitentiary from administrative dissociation or segregation into normal association with the general population of the penitentiary on the ground that the segregation was imposed or continued in breach of the requirements of procedural fairness.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the British Columbia Court of Appeal on March 31, 1982, [1982] 3 W.W.R. 593, 67 C.C.C. (2d) 252, allowing an appeal from the judgment of McEachern C.J. of the Supreme Court of British Columbia on December 30, 1980 granting relief upon applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid and ordering that the appellants be released from administrative dissociation or segregation in Kent Institution into the general population of the penitentiary, subject to all the jurisdiction of the Director as set forth in the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, and regulations thereunder.

I

The appellants were imprisoned in Matsqui Institution when, on July 27, 1980, they became involved in a hostage-taking incident in which they allegedly held a guard at knifepoint and unlawfully confined him for five hours. Criminal charges of forcible seizure and attempted escape were laid against the appellants, and on July 28, 1980 they were transferred to Kent Institution, a maximum security penitentiary, where they were placed in administrative dissociation or segregation on the oral instructions of the warden (hereinafter referred to as the "Director") of the institution, pursuant to s. 40(1)(*a*) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1251. Section 40 reads as follows:

W. B. Scarth, c.r., et *Mary Humphries*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question générale soulevée par le présent pourvoi est de savoir si on peut demander à une cour supérieure provinciale un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire en vue d'obtenir la levée de la ségrégation ou de l'isolement administratifs d'un détenu incarcéré dans un pénitencier fédéral et sa réintégration dans la population générale du pénitencier pour le motif que la ségrégation a été imposée ou prolongée en violation des exigences de l'équité dans la procédure.

Ce pourvoi, autorisé par cette Cour, vise l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rendu le 31 mars 1982, [1982] 3 W.W.R. 593, 67 C.C.C. (2d) 252, lequel a accueilli l'appel des ordonnances du juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique rendues le 30 décembre 1980 qui accordaient le recours demandé sur requêtes en *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire et ordonnaient la levée de la ségrégation ou de l'isolement administratifs des appelants à l'établissement Kent pour qu'ils puissent réintégrer la population générale du pénitencier, sous réserve de tous les pouvoirs du directeur énoncés à la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, et son règlement d'application.

I

Les appelants étaient détenus à l'établissement de Matsqui lorsque, le 27 juillet 1980, ils ont été mêlés à une prise d'otage au cours de laquelle ils auraient détenu un garde sous la menace d'un couteau et l'auraient illégalement séquestré pendant cinq heures. Des accusations de saisie de force et de tentative d'évasion ont été portées contre eux et, le 28 juillet 1980, ils ont été transférés à l'établissement Kent, un pénitencier à sécurité maximale, où ils ont été placés en ségrégation ou isolement administratifs sur les instructions verbales du directeur de l'établissement en application de l'al. 40(1)*a*) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. 1978, chap. 1251. L'article 40 est ainsi rédigé:

40. (1) Where the institutional head is satisfied that

(*a*) for the maintenance of good order and discipline in the institution, or

(*b*) in the best interests of an inmate

it is necessary or desirable that the inmate should be kept from associating with other inmates, he may order the inmate to be dissociated accordingly, but the case of every inmate so dissociated shall be considered, not less than once each month, by the Classification Board for the purpose of recommending to the institutional head whether or not the inmate should return to association with other inmates.

(2) An inmate who has been dissociated is not considered under punishment unless he has been sentenced as such and he shall not be deprived of any of his privileges and amenities by reason thereof, except those privileges and amenities that

(*a*) can only be enjoyed in association with other inmates, or

(*b*) cannot reasonably be granted having regard to the limitations of the dissociation area and the necessity for the effective operation thereof.

Administrative dissociation or segregation, as it was called by the Director of Kent Institution in his evidence, and as it will for convenience be referred to hereinafter, is a form of confinement involving severe restrictions on mobility, activity and association. It is described in the reasons for judgment of McEachern C.J.S.C. as follows:

The liberty and freedom of a prisoner placed in segregation is further reduced, and solitary confinement (a term the Director does not accept) is a phrase used by prisoners to describe segregation.

The cells used to house prisoners in segregation are 6 feet wide, 10 feet long and 8 feet high. Access is gained through a solid door containing a small window. There is a window on the outside wall. The cell contains a radio, a bed, and a combination basin/toilet.

The regular routine for these prisoners in the absence of outside visitors or consultation with lawyers, et cetera, is to be locked in their cells for 23 hours per day, with one hour for exercise. Visitors are permitted to visit every day Monday through Friday. Lawyers are permitted to visit as a general rule on Tuesdays and Wednesdays. Prisoners in segregation have access to a canteen, but there are limits on what they can purchase. They are

40. (1) Si le chef de l'institution est convaincu que,

a) pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'institution, ou

b) dans le meilleur intérêt du détenu,

il est nécessaire ou opportun d'interdire au détenu de se joindre aux autres, il peut le lui interdire, mais le cas d'un détenu ainsi placé à l'écart doit être étudié, au moins une fois par mois, par le Comité de classement qui recommandera au chef de l'institution la levée ou le maintien de cette interdiction.

(2) Un détenu placé à l'écart n'est pas considéré comme frappé d'une peine à moins qu'il n'y ait été condamné, et il ne doit, pour autant, perdre aucun de ses privilèges et agréments, sauf ceux

a) dont il ne peut jouir qu'en se joignant aux autres détenus; ou

b) qui ne peuvent pas raisonnablement être accordés, compte tenu des limitations du lieu où le détenu est ainsi placé à l'écart et de l'obligation d'administrer ce lieu de façon efficace.

L'isolement administratif ou la ségrégation administrative, expression que le directeur de l'établissement Kent a employé dans son témoignage et que nous allons utiliser ci-après, est une forme d'incarcération comportant des restrictions graves à la mobilité, aux activités et aux contacts avec les autres détenus. Elle est ainsi décrite dans les motifs de jugement du juge en chef McEachern de la Cour suprême:

[TRADUCTION] La liberté d'un détenu en ségrégation est encore plus réduite, et l'isolement cellulaire (un terme que le directeur refuse) est l'expression utilisée par les détenus pour décrire la ségrégation.

Les cellules qui servent à loger les prisonniers en ségrégation ont 6 pieds de large, 10 pieds de long et 8 pieds de haut. On y entre par une porte pleine comportant une petite fenêtre. Il y a une fenêtre dans le mur donnant sur l'extérieur. La cellule comprend un appareil radio, un lit et un combiné lavabo-toilette.

La routine, pour ces détenus lorsqu'ils n'ont pas de visite de l'extérieur ou de consultation avec leur avocat, etc. consiste à être sous clef dans leur cellule 23 heures par jour, avec une heure d'exercice. Ils peuvent recevoir quotidiennement des visites du lundi au vendredi. En règle générale, ils peuvent recevoir la visite de leur avocat les mardi et mercredi. Les détenus en ségrégation ont accès à une cantine, mais il y a des limitations à ce

paid an allowance (the amount was not specified) at the same grade they were paid before being segregated. I mention these matters, because the Director makes a point that administrative dissociation is not the same thing as what is often called solitary confinement.

The segregation of the appellants was reviewed once a month, in accordance with s. 40 of the Regulations, by a classification board called the Segregation Review Board, which was composed of members of the penitentiary staff. The appellants appeared before the Board. On October 7, 1980 the Board recommended to the Director that the appellants be returned to normal association with the general prison population. The Director declined to follow this recommendation. In its subsequent reviews of the appellants' case the Board maintained its favourable recommendation, but the Director continued to hold them in segregation. At the time their applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid were heard in November 1980, they had been in segregation for some four months, and the indication was that the Director would likely continue the segregation until disposition of the criminal charges against them.

In his affidavits filed in response to the appellants' applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid and in his testimony on cross-examination the Director indicated that he had ordered the segregation of the appellants because of what he had heard from the warden of Matsqui Institution and personnel at regional headquarters concerning the hostage-taking incident, and that apart from these conversations he had not made, and he did not intend to make, an independent inquiry into the appellants' alleged involvement in the incident. He had decided not to follow the recommendation of the Segregation Review Board because, while he accepted its favourable opinion of the appellants' conduct in Kent Institution, he believed that their release from segregation before the disposition of the criminal charges against them would result in the "probable" or "possible" introduction of an unsettling element into the general population of the institution and was therefore not in the interests of the maintenance of good order and discipline in the institution. He could not point to a

qu'ils peuvent y acheter. Ils reçoivent une allocation (le montant n'a pas été précisé) égale à celle qu'ils recevaient avant d'être en ségrégation. Je mentionne ces points, parce que le directeur a souligné que l'isolement administratif n'est pas la même chose que ce qu'on appelle souvent l'isolement cellulaire.

La ségrégation des appelants était révisée une fois par mois, conformément à l'art. 40 du Règlement, par un comité de classement appelé Conseil d'examen des cas de ségrégation composé de membres du personnel du pénitencier. Les appelants ont comparu devant le Conseil. Le 7 octobre 1980, le Conseil a recommandé au directeur la réintégration des appelants dans la population carcérale générale. Le directeur a refusé de suivre cette recommandation. Dans ses révisions subséquentes du cas des appelants, le Conseil a maintenu sa recommandation favorable, mais le directeur a continué de les maintenir en ségrégation. Au moment de l'audition de leurs demandes d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, en novembre 1980, ils avaient été en ségrégation pendant quatre mois, et tout indiquait que le directeur les y maintiendrait jusqu'à la décision relative aux accusations criminelles portées contre eux.

Dans les affidavits produits en réponse aux demandes d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire des appelants et dans sa déposition en contre-interrogatoire, le directeur a indiqué qu'il avait ordonné la ségrégation des appelants à cause de ce qu'il avait appris du directeur de l'établissement de Matsqui et du personnel du bureau central régional à propos de la prise d'otage et qu'en dehors de ces conversations il n'avait ni mené ni n'avait l'intention de mener une enquête indépendante au sujet de la participation des appelants à cet incident. Il a décidé de ne pas suivre la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation parce que, même s'il acceptait l'opinion favorable du Conseil à propos de la conduite des appelants à l'établissement Kent, il croyait que la levée de leur ségrégation avant la décision sur les accusations criminelles portées contre eux aurait comme conséquence «probable» ou «possible» d'amener un élément perturbateur dans la population générale de l'établissement et, en conséquence, ne favorisait pas le maintien du bon ordre et de la discipline

specific reason for holding this belief but based it on his personal assessment of the "dynamics" of the institution, a judgment which he referred to at one point as an "instinctive reaction" and conceded at another point could be described as a "gut reaction". He indicated that the primary consideration underlying his decision was the seriousness of the hostage-taking incident in which the appellants were alleged to have been involved, and he could not point to any factor that would be likely to change his decision before the question of their involvement had been clarified by disposition of the criminal charges. It was not for him to determine that question when it was before the courts.

Although the Director talked to the appellants he did not inform them of his reasons for refusing to follow the recommendation of the Segregation Review Board that they be released from segregation into the general population of the institution or afford them the opportunity of a hearing before him as to whether they should be released.

II

In their applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid and their supporting affidavits the appellants attacked the original imposition and continuation of their administrative segregation, despite the recommendation of the Segregation Review Board, on the ground that it was not necessary for the maintenance of good order and discipline in the institution. At the hearing of their applications, however, the jurisdictional issue that emerged was whether they had been denied procedural fairness in the imposition and continuation of their segregation. There also emerged two issues concerning the jurisdiction of the Court to entertain an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid to obtain the release of an inmate of a federal penitentiary from administrative segregation into normal association with the general population of the institution: (a) whether, in view of the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to issue *certiorari* against any federal board, commission or other

dans l'établissement. Il n'a pu donner de motif précis de cette conviction, mais il l'a fondée sur son évaluation personnelle de la «dynamique» de l'établissement, une appréciation qu'il a qualifiée à un moment donné de «réaction instinctive» et qui, a-t-il reconnu à un autre moment, pouvait se décrire comme une «réaction viscérale». Il a indiqué que la considération première de sa décision était la gravité de la prise d'otage à laquelle les appelants auraient participé et il n'a pu faire état d'un motif qui l'amènerait vraisemblablement à changer d'avis avant que la question de leur participation à l'incident n'ait été clarifiée par une décision sur les accusations criminelles. Il ne lui appartenait pas de trancher cette question alors qu'elle était soumise aux tribunaux.

Bien que le directeur ait parlé aux appelants, il ne leur a pas indiqué pourquoi il refusait de suivre la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation de lever leur ségrégation pour les réintégrer dans la population générale de l'établissement ni ne leur a accordé la possibilité de se faire entendre sur le point de savoir s'il devrait suivre la recommandation.

II

Dans leurs requêtes en *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire et dans les affidavits à leur appui, les appelants contestent la ségrégation administrative qu'on leur a imposée à l'origine et son maintien, en dépit de la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation, pour le motif qu'elle n'était pas nécessaire au maintien du bon ordre et de la discipline dans l'établissement. À l'audition de leurs requêtes, cependant, la question de compétence qui s'est posée est celle de savoir s'il y avait eu manquement à l'équité dans la procédure à leur égard en raison de l'imposition et du maintien de la ségrégation. Il est aussi ressorti deux questions au sujet de la compétence de la cour d'entendre une requête en *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire en vue d'obtenir la levée de la ségrégation administrative d'un détenu d'un pénitencier fédéral et sa réintégration dans la population générale de l'établissement: a) savoir si, étant donné la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10,

tribunal, the Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*; and (b) whether *habeas corpus* will lie to challenge the validity of the confinement of an inmate in administrative segregation and, if such confinement be found to be unlawful, to order his release into the general population of the institution.

In the Supreme Court of British Columbia, McEachern C.J. held that the Court had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board, commission or other tribunal and that *habeas corpus* would lie to release an inmate from administrative segregation into the general population of a penitentiary. On the merits, he held that while the original imposition of segregation was not carried out with unfairness, its continuation despite the recommendation of the Segregation Review Board that the appellants be released into the general population of the institution was unlawful by reason of a denial of procedural fairness.

The British Columbia Court of Appeal (Nemetz C.J. and Macdonald and Anderson JJ.A.) were unanimously of the view, for reasons given by Anderson J.A., that the Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*; that in any event a court could, on an application for *habeas corpus* alone, consider affidavit evidence in determining whether there had been an absence or excess of jurisdiction in ordering a detention; and that *habeas corpus* would lie to challenge the validity of confinement in administrative segregation and to order the release of an inmate from such segregation, if found unlawful, into the general population of the penitentiary. They were further agreed that in exercising the authority conferred by s. 40 of the regulations with respect to administrative segregation the Director had a duty of procedural fairness, but a majority of the Court (Nemetz C.J.B.C. and Macdonald J.A.), Anderson J.A. dissenting, held that there had not been a breach of that duty.

de délivrer un *certiorari* contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*; et b) savoir si l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour contester la validité de l'incarcération d'un détenu en ségrégation administrative et, si cette incarcération est jugée illégale, pour ordonner sa réintégration dans la population générale de l'établissement.

En Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge en chef McEachern a statué que la cour avait compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral et que l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour libérer un détenu de la ségrégation administrative et ordonner sa réintégration dans la population générale de l'établissement. Sur le fond, il a statué que tandis que l'imposition de la ségrégation à l'origine ne comportait pas d'injustice, son maintien malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation de réintégrer les appelants dans la population générale de l'établissement était illégal à cause d'un manquement à l'équité dans la procédure.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Nemetz et les juges Macdonald et Anderson) a été unanimement d'avis, pour les motifs exposés par le juge Anderson, que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a compétence pour délivrer le *certiorari* auxiliaire de l'*habeas corpus*; que de toute façon une cour pouvait, lors d'une demande d'*habeas corpus* simple, examiner la preuve par affidavit pour déterminer s'il y avait eu défaut ou excès de compétence lorsqu'on a ordonné la détention; et que l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour contester la validité de l'incarcération en ségrégation administrative et ordonner la levée de cette ségrégation, si elle est jugée illégale, et la réintégration du détenu dans la population générale de l'établissement. Ils ont également été d'avis qu'en exerçant le pouvoir que lui accorde l'art. 40 du Règlement en matière de ségrégation administrative, le directeur a une obligation de respecter l'équité dans la procédure, mais la Cour d'appel à la majorité (le juge en chef

Nemetz C.J.B.C. held that if there had been a breach of the duty of procedural fairness it was not of sufficient substance to amount to an excess of jurisdiction. On this ground the appeal was allowed and the judgment of McEachern C.J.S.C. ordering the release of the appellants into the general population of the penitentiary set aside.

The appellants appeal from the judgment of the Court of Appeal on the question whether there was a breach of the duty of procedural fairness in the continuation of their segregation despite the recommendation of the Segregation Review Board. While supporting the conclusion of the majority of the Court of Appeal on this issue, the respondent contends that the Supreme Court of British Columbia did not have jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* and that *habeas corpus* will not lie to obtain the release of an inmate of a penitentiary from administrative segregation into the general population of the institution.

It should be noted that at the time the appeal was heard by the British Columbia Court of Appeal the appellants had been released from Kent Institution. The court was of the view, however, that the appeal should be heard because of the general importance of the issues raised. This Court has proceeded on the same basis.

III

For the reasons given in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, which was heard at the same time as this appeal, I agree with the conclusions of the British Columbia Court of Appeal expressed in the reasons of Anderson J.A., with whom Nemetz C.J. and Macdonald J.A. concurred, on the three issues concerning the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court: (a) that the Court had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*; (b) that the Court could on an application for *habeas corpus* alone consider affidavit evidence to deter-

Nemetz et le juge Macdonald) le juge Anderson étant dissident, a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de cette obligation. Le juge en chef Nemetz a décidé que, s'il y avait eu violation de cette obligation de respecter l'équité dans la procédure, elle n'avait pas suffisamment d'importance pour constituer un excès de compétence. Sur ce moyen, ils ont accueilli l'appel et infirmé l'ordonnance du juge en chef McEachern de la Cour suprême qui ordonnait la réintégration des appelants dans la population générale de l'établissement.

Les appelants se pourvoient contre l'arrêt de la Cour d'appel sur la question de savoir si le maintien de leur ségrégation, malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation, viole l'obligation de respecter l'équité dans la procédure. Tout en demandant la confirmation de la conclusion majoritaire de la Cour d'appel sur cette question, l'intimé soutient que la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'avait pas compétence pour délivrer le *certiorari* auxiliaire de l'*habeas corpus* et que l'on ne peut pas recourir à l'*habeas corpus* pour obtenir la levée de la ségrégation administrative d'un détenu dans un pénitencier et sa réintégration dans la population générale de l'établissement.

Il y a lieu de souligner qu'au moment où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a entendu l'appel, les appelants avaient été libérés de l'établissement Kent. La Cour d'appel a cependant estimé qu'il y avait lieu d'entendre l'appel à cause de l'importance générale des questions soulevées. Cette Cour a entendu le pourvoi pour le même motif.

III

Pour les motifs donnés dans l'affaire *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, qui a été entendue en même temps que le présent pourvoi, je suis d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique exposées dans les motifs du juge Anderson, avec lesquels le juge en chef Nemetz et le juge Macdonald sont d'accord, sur les trois questions relatives à la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique: a) que la cour a compétence pour délivrer le *certiorari* auxiliaire de l'*habeas corpus*; b) que la cour pou-

mine whether there had been an absence or excess of jurisdiction; and (c) that *habeas corpus* will lie to determine the validity of the confinement of an inmate in administrative segregation, and if such confinement be found to be unlawful, to order his release into the general inmate population of the institution. There is no significant difference, in so far as the last question is concerned, between confinement in administrative dissociation or segregation, pursuant to s. 40(1) of the *Penitentiary Service Regulations*, and confinement in a special handling unit, as in *Miller, supra*. Both are significantly more restrictive and severe forms of detention than that experienced by the general inmate population. Indeed, as indicated in the reasons for judgment in *Miller, supra*, Commissioner's Directive 274 of December 1, 1980 provides that phase 1 of confinement in a special handling unit shall consist of a period of assessment in administrative segregation.

vait, lors d'une demande d'*habeas corpus* simple examiner des affidavits pour déterminer s'il y avait défaut ou excès de compétence; et c) qu'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu en ségrégation administrative et si celle-ci est jugée illégale, pour ordonner la levée de la ségrégation et la réintégration du détenu dans la population carcérale générale. Il n'y a pas de différence importante, pour ce qui est de la dernière question, entre l'incarcération en isolement ou en ségrégation administratifs conformément au par. 40(1) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, et l'incarcération dans une unité spéciale de détention, comme dans l'arrêt *Miller*, précité. Les deux sont des formes de détention beaucoup plus restrictives et sévères que celle qui est imposée à la population carcérale générale. En réalité, comme l'indiquent les motifs de jugement dans l'arrêt *Miller*, précité, la directive nº 274 du commissaire en date du 1er décembre 1980 prévoit que la première phase d'incarcération dans une unité spéciale de détention consistera en une période d'évaluation en ségrégation administrative.

IV

There can be no doubt, as was held by McEachern C.J.S.C. and the Court of Appeal, that the Director was under a duty of procedural fairness in exercising the authority conferred by s. 40 of the Regulations with respect to administrative dissociation or segregation. This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board (No. 2)*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735. In *Martineau (No. 2), supra*, the Court held that the duty of procedural fairness applied in principle to disciplinary proceedings within a penitentiary. Although administrative segregation is distinguished from punitive or disciplinary segregation under s. 40 of the *Penitentiary*

IV

Il ne peut y avoir de doute, ainsi que l'ont conclu le juge en chef McEachern et la Cour d'appel, que le directeur avait une obligation de respecter l'équité dans la procédure en exerçant le pouvoir que lui confère l'art. 40 du Règlement à l'égard de la ségrégation ou de l'isolement administratifs. Cette Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (Nº 2)*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735. Dans l'arrêt *Martineau (Nº 2)*, précité, la Cour a jugé que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure s'applique en principe aux procédures disciplinaires dans un pénitencier. Bien que la ségrégation

Service Regulations, its effect on the inmate in either case is the same and is such as to give rise to a duty to act fairly.

The question, of course, is what the duty of procedural fairness may reasonably require of an authority in the way of specific procedural rights in a particular legislative and administrative context and what should be considered to be a breach of fairness in particular circumstances. The caution with which this question must be approached in the context of prison administration was emphasized by this Court in *Martineau (No. 2)*, *supra*. Pigeon J., with whom Martland, Ritchie, Beetz, Estey and Pratte JJ. concurred, said at p. 637:

> I must, however, stress that the Order issued by Mahoney J. deals only with the jurisdiction of the Trial Division, not with the actual availability of the relief in the circumstances of the case. This is subject to the exercise of judicial discretion and in this respect it will be essential that the requirements of prison discipline be borne in mind, just as it is essential that the requirements of the effective administration of criminal justice be borne in mind when dealing with applications for *certiorari* before trial, as pointed out in *Attorney General of Quebec v. Cohen* ([1979] 2 S.C.R. 305). It is specially important that the remedy be granted only in cases of serious injustice and that proper care be taken to prevent such proceedings from being used to delay deserved punishment so long that it is made ineffective, if not altogether avoided.

Dickson J. (as he then was), with whom Laskin C.J. and McIntyre J. concurred, expressed a similar caution at p. 630 as follows:

> It should be emphasized that it is not every breach of prison rules of procedure which will bring intervention by the courts. The very nature of a prison institution requires officers to make "on the spot" disciplinary decisions and the power of judicial review must be exercised with restraint. Interference will not be justified in the case of trivial or merely technical incidents. The question is not whether there has been a breach of the prison rules, but whether there has been a breach of the

administrative se distingue de la ségrégation punitive ou disciplinaire en vertu de l'art. 40 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, l'effet sur le détenu est le même dans les deux cas et est de nature à donner lieu à une obligation d'agir avec équité.

Évidemment, il s'agit de déterminer ce que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure peut raisonnablement exiger des autorités en tant que droit précis en matière de procédure dans un contexte législatif et administratif donné et ce qui devrait être considéré comme une violation de l'équité dans des circonstances particulières. Cette Cour a souligné, dans l'arrêt *Martineau (N° 2)*, précité, la prudence avec laquelle il faut aborder cette question dans le contexte de l'administration carcérale. Le juge Pigeon, aux motifs duquel les juges Martland, Ritchie, Beetz, Estey et Pratte ont souscrit, dit à la p. 637:

> Je dois cependant souligner que l'ordonnance rendue par le juge Mahoney ne porte que sur la compétence de la Division de première instance, non sur la question de savoir si le redressement devrait être accordé dans les circonstances de l'espèce. Cela dépendra de l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire et, à cet égard, il sera essentiel de garder à l'esprit les exigences de la discipline carcérale, tout comme il est essentiel de garder à l'esprit les exigences de l'administration efficace de la justice pénale lorsqu'on traite de demandes de *certiorari* avant le procès, comme cela vient d'être souligné dans *Le procureur général de la province de Québec c. Cohen* ([1979] 2 R.C.S. 305). Il est particulièrement important de n'accorder ce redressement que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtiment mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement.

Le juge Dickson (alors juge puîné) aux motifs duquel le juge en chef Laskin et le juge McIntyre ont souscrit, exprime la même mise en garde à la p. 630 dans les termes suivants:

> Il faut souligner que les cours n'interviendront pas dans tous les cas de violation des règles de procédure carcérale. La nature même d'un établissement carcéral requiert que des décisions soient prises «sur-le-champ» par les fonctionnaires et le contrôle judiciaire doit être exercé avec retenue. Une intervention ne sera pas justifiée dans le cas d'incidents triviaux ou purement théoriques. Il ne s'agit pas de savoir s'il y a eu une violation des règles carcérales, mais plutôt s'il y a eu une violation

duty to act fairly in all the circumstances. The rules are of some importance in determining this latter question, as an indication of the views of prison authorities as to the degree of procedural protection to be extended to inmates.

The same caution was emphasized by the Court of Appeal in *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St Germain*, [1979] 1 All E.R. 701, which was referred to by Pigeon and Dickson JJ. in *Martineau (No. 2)*, *supra*, and in which Megaw L.J. said at p. 713 concerning the judicial review of prison disciplinary decisions:

> It is certainly not any breach of any procedural rule which would justify or require interference by the courts. Such interference, in my judgment, would only be required, and would only be justified, if there were some failure to act fairly, having regard to all relevant circumstances, and such unfairness could reasonably be regarded as having caused a substantial, as distinct from a trivial or merely technical, injustice which was capable of remedy.

V

Although McEachern C.J.S.C. severely criticized the imposition of administrative segregation by oral instructions that are not followed as soon as possible by written notice with reasons for the decision, he held, as I have indicated, that the original imposition of administrative segregation in this case was a lawful exercise of the Director's discretionary authority under s. 40(1) of *Penitentiary Service Regulations*, and that it was not carried out unfairly. That conclusion was not seriously challenged on the appeal, and, indeed, it would not appear to be open to challenge. Because of the apparently urgent or emergency nature of the decision to impose segregation in the particular circumstances of the case, there could be no requirement of prior notice and an opportunity to be heard before the decision.

The procedural unfairness found by McEachern C.J.S.C. was in continuing the administrative segregation of the appellants, despite the recommendation of the Segregation Review Board that they be released into the general population of the penitentiary, without giving them notice of the

de l'obligation d'agir équitablement compte tenu de toutes les circonstances. Les règles ont leur importance pour répondre à cette question: elles révèlent le degré de protection procédurale dont doivent jouir les détenus, de l'avis des autorités carcérales.

Dans l'arrêt *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St Germain*, [1979] 1 All E.R. 701, la Cour d'appel souligne la même prudence dont les juges Pigeon et Dickson ont parlé dans l'arrêt *Martineau (N° 2)*, précité. Dans cet arrêt le lord juge Megaw dit, à la p. 713, à propos du contrôle judiciaire des décisions disciplinaires prises dans les prisons:

> [TRADUCTION] Ce ne sont certainement pas tous les manquements aux règles de procédure qui justifieront ou requerront l'intervention des cours. À mon avis, cette intervention ne sera requise et justifiée que s'il y a quelque omission d'agir équitablement, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, et si ce manque d'équité peut être considéré comme la cause d'une injustice importante, susceptible de redressement plutôt qu'une injustice banale ou simplement technique.

V

Bien que le juge en chef McEachern ait sévèrement critiqué l'imposition de la ségrégation administrative par instructions verbales non suivies dès que possible de la raison de la décision par écrit, il a jugé, comme je l'ai déjà indiqué, qu'en l'espèce, l'imposition de la ségrégation administrative à l'origine constituait un exercice légal du pouvoir discrétionnaire du directeur en vertu du par. 40(1) du *Règlement sur le service des pénitenciers* et qu'elle n'avait pas été faite inéquitablement. Cette conclusion n'a pas été sérieusement contestée en appel et, d'ailleurs, il ne semble pas qu'on puisse la contester. À cause de la nature apparemment pressante ou urgente de la décision d'imposer la ségrégation dans les circonstances particulières du cas, il ne pouvait y avoir d'exigence ni à l'égard d'un avis préalable ni à l'égard d'une audition préalable à la décision.

Le manque d'équité dans la procédure constaté par le juge en chef McEachern a consisté à maintenir la ségrégation administrative des appelants, malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation de les réintégrer dans la population générale de l'établissement, sans leur

reasons for refusing to follow that recommendation and an opportunity to be heard, including a chance to present their side of the hostage-taking incident. McEachern C.J.S.C. also held that there was an appearance of unfairness in the apparently closed mind of the Director on the question of whether the segregation should be continued despite the favourable recommendation of the Board, and even a suggestion that the segregation was being continued in an attempt to force the appellants to plead guilty to the criminal charges pending against them. He said that the Director was required to make an independent inquiry into the circumstances of the hostage-taking incident, to examine the appellants' files and to ascertain whether the continuation of the segregation was impairing their ability to instruct counsel, as they claimed. The heart of his conclusion on the issue of procedural fairness is contained in the following statement:

> The Director had jurisdiction to disregard the recommendation of the Review Board, but to do so with fairness, it seems to me, the Petitioners ought to have been informed of the reasons of the Director for continued segregation, and they should have been given a fair opportunity to answer the case against them.

In the Court of Appeal Nemetz C.J. said that he disagreed with the opinion of McEachern C.J.S.C. that the Director had a duty to make further inquiry into the hostage-taking incident and to allow the prisoners an opportunity to be heard on their alleged involvement in the incident. After referring to the necessity, emphasized in the decision of this Court in *Inuit Tapirisat*, *supra*, of considering the legislative scheme as a whole, he said:

> This decision assists me in analyzing the case at bar. Although the director's function is essentially administrative in nature, he is given broad powers under s. 40 of the regulations. He is not burdened with any standards or guidelines in the exercise of his power to order that inmate be dissociated. Procedural standards have not been imposed or implied. He must have enough latitude to respond to the requirements of prison security as he sees fit. This is especially so in cases of violence such as hostage-taking.

communiquer les motifs du refus de suivre cette recommandation ni leur accorder d'audition comportant la possibilité de présenter leur version de la prise d'otage. Le juge en chef McEachern a également conclu qu'il y avait une apparence de manque d'équité dans l'intransigeance apparente du directeur relativement au maintien de la ségrégation malgré la recommandation favorable du Conseil et même une possibilité que le maintien de la ségrégation visât à forcer les appelants à inscrire un plaidoyer de culpabilité aux accusations criminelles portées contre eux. Il a dit que le directeur était tenu de procéder à une enquête indépendante sur les circonstances de la prise d'otage, d'examiner les dossiers des appelants et de vérifier si le maintien de la ségrégation nuisait à leur possibilité de consulter leur avocat comme ils l'ont prétendu. L'essentiel de sa conclusion sur la question de l'équité dans la procédure se trouve dans le texte suivant:

> [TRADUCTION] Le directeur avait compétence pour écarter la recommandation du Conseil d'examen, mais, pour le faire avec équité, il me semble qu'il aurait fallu que les requérants soient informés des motifs pour lesquels le directeur maintenait leur ségrégation et qu'on aurait dû leur accorder une possibilité raisonnable de contredire la preuve présentée contre eux.

En Cour d'appel, le juge en chef Nemetz a dit qu'il n'était pas de l'avis du juge en chef McEachern selon lequel le directeur avait l'obligation de procéder à un supplément d'enquête sur la prise d'otage et d'accorder aux détenus la possibilité d'être entendus à propos de leur participation à l'incident. Après avoir fait état de la nécessité, soulignée dans l'arrêt de cette Cour *Inuit Tapirisat*, précité, de considérer le plan législatif dans son ensemble, il dit:

> [TRADUCTION] Cet arrêt m'aide à analyser l'espèce. Bien que le rôle du directeur soit essentiellement de nature administrative, il a des pouvoirs étendus en vertu de l'art. 40 du Règlement. Il n'est assujetti à aucune norme ni directive dans l'exercice de son pouvoir d'ordonner la ségrégation d'un détenu. Aucune norme de procédure n'a été imposée de façon implicite ou explicite. Il doit avoir suffisamment de latitude pour satisfaire aux exigences de la sécurité de la prison selon son jugement. Cela est spécialement applicable dans les cas de violence comme une prise d'otage.

After quoting the passages from the judgments of Pigeon and Dickson JJ. in *Martineau (No. 2)*, *supra*, which have been quoted above, concerning the caution which must be adopted towards the imposition of procedural requirements in the prison setting, Nemetz C.J.B.C. concluded on the issue of fairness as follows:

Section 40(1) gives the director a broad discretionary power. In arriving at his decision as to whether a prisoner is to be dissociated from the others in the prison, he must be satisfied that it is for the maintenance of good order and discipline *or* in the best interests of an inmate.

It is my view that his testimony shows that it was the former concern that caused him to disregard the classification board's recommendation for the month of October. Was he justified in doing so? I think he was. The seriousness of the incident and the circumstances surrounding it, as well as the situation in his prison generally, played an important part in his determination. The classification board's view related primarily to the assessment of the behaviour of the two prisoners while in dissociation. However, the director had to also consider his responsibilities in regard to the proper operation and security of the whole institution. In my view, unless mala fides or unfairness can be shown, his assessment should prevail. No mala fides has been shown. Any procedural unfairness, if it exists, is not of sufficient substance to cause me to conclude that the director acted outside of his jurisdiction.

Macdonald J.A. was of the view that there had not been a denial of procedural fairness because the appellants knew the considerations underlying the imposition and continuation of administrative segregation in their case. He said:

With great respect, I cannot find procedural unfairness in the circumstances here. The petitioners would know that they were in dissociation at Kent because of the incident at the Matsqui Institution in which they were alleged to have taken a guard hostage at knifepoint. When they first appeared before the Classification Board in July, they were expressly informed that they had been placed in dissociation because of that incident. Now, there are many factors favourable to the petitioners. They weighed with the Classification Board and resulted in the recommendation in October that they be returned to the general prison population. But they did not prevail with the director. He did not decide in accordance with the recommendation. It was not a case of a decision made under the influence, or possible

Après avoir cité les passages précités des motifs des juges Pigeon et Dickson dans l'arrêt *Martineau (N° 2)*, précité, à propos de la prudence qu'il faut exercer à l'égard de l'imposition d'exigences de procédure dans le milieu carcéral, le juge en chef Nemetz conclut comme suit sur la question de l'équité:

[TRADUCTION] Le paragraphe 40(1) confère au directeur un pouvoir discrétionnaire étendu. Pour décider de la ségrégation d'un détenu, il doit être convaincu qu'elle est nécessaire au maintien de l'ordre et de la discipline *ou* qu'elle contribue à l'intérêt d'un détenu.

J'estime que son témoignage démontre que c'est la première considération qui l'a amené à écarter la recommandation du comité de classement pour le mois d'octobre. Était-il justifié de le faire? Je crois que oui. La gravité de l'incident et les circonstances de celui-ci de même que la situation générale dans son établissement ont joué un rôle important dans sa décision. L'avis du comité de classement a surtout trait à l'évaluation de la conduite des deux détenus pendant leur ségrégation. Cependant, le directeur devait aussi tenir compte de sa responsabilité à l'égard de la bonne marche de l'établissement et de sa sécurité. À mon avis, à moins qu'il n'y ait preuve de mauvaise foi ou d'inéquité, il faut confirmer son évaluation. Il n'y a pas de preuve de mauvaise foi. S'il y a inéquité dans la procédure, elle n'a pas suffisamment d'importance pour m'amener à conclure que le directeur a excédé sa compétence.

Le juge Macdonald a été d'avis qu'il n'y avait pas eu manquement à l'équité dans la procédure parce que les appelants connaissaient les causes de l'imposition et du maintien de leur ségrégation administrative. Il dit:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis conclure qu'il y a eu manquement à l'équité dans la procédure en l'espèce. Les requérants savaient qu'ils étaient en ségrégation à l'établissement Kent à cause de l'incident survenu à l'établissement de Matsqui au cours duquel ils avaient, selon les allégations, tenu un garde en otage sous la menace d'un couteau. Lorsqu'ils ont comparu devant le comité de classement en juillet, on leur a dit expressément qu'ils étaient en ségrégation à cause de cet incident. Or, il y a plusieurs facteurs en faveur des requérants. Ces facteurs ont compté auprès du comité de classement et l'ont amené, en octobre, à recommander leur réintégration dans la population carcérale générale. Ces facteurs n'ont cependant pas convaincu le directeur. Il n'a pas suivi la recommandation. Il ne s'agit pas d'une

influence, of material unknown to the two inmates. The director was extensively cross-examined as to his reasons. He pointed out that the Classification Board was concerned with the two individuals, whereas his responsibility was the operation of the whole institution. He said that he was concerned about the seriousness of the incident in which the two men had been involved; the effect of the unresolved allegations and the situation generally on the inmate population, including the violent element; and the factor of deterrence. Weighing the factors, the director decided upon continued dissociation. I can find no procedural unfairness. I think the essence of the complaints here is with respect to the decision itself rather than the circumstances in which it was made. I am of the opinion that the director acted within his jurisdiction.

Anderson J.A., dissenting on the question of procedural fairness, expressed himself as in agreement with the reasons of McEachern C.J.S.C. After referring to the cautions expressed in *Martineau (No. 2)*, *supra*, concerning the application of procedural requirements in a prison setting, he said:

... while the procedural protection available to the respondent was limited in the way described by all members of the Supreme Court in *Martineau*, supra, I have concluded that McEachern C.J.S.C. was correct in holding that the director did not observe even the most minimal standards of procedural fairness. While the respondent was not entitled to a full hearing or to confront witnesses or to counsel, at the very least he ought to have been given an opportunity to make representations as to why he should no longer be kept in solitary confinement. I cannot do better than repeat what McEachern C.J.S.C. said in his reasons for judgment in respect of this issue:

> "The director had jurisdiction to disregard the recommendation of the review board, but to do so with fairness, it seems to me, the petitioners ought to have been informed of the reasons of the director for continued segregation, and they should have been given a fair opportunity to answer the case against them. They should not have had to make out their case to a mind that was closed or almost closed against them. To continue their segregation in the face of the recommendation of the review board in the particular circumstances of this case raises a reasonable apprehension that they should plead guilty which, by itself is enough to cast a pervasive appearance of unfairness over these cases. In addition,

décision prise sous l'influence réelle ou possible d'éléments inconnus des deux détenus. Le directeur a subi un contre-interrogatoire exhaustif quant à ses motifs. Il a souligné que le comité de classement se préoccupait des deux personnes alors que sa responsabilité portait sur le fonctionnement de l'ensemble de l'établissement. Il a dit qu'il a tenu compte de la gravité de l'incident auquel les deux hommes avaient été mêlés, des conséquences des allégations pendantes et de l'effet général sur la population carcérale, notamment le groupe d'endurcis et du facteur de dissuasion. Tenant compte de ces facteurs, le directeur a décidé de maintenir la ségrégation. Je ne puis voir de manquement à l'équité dans la procédure. Je crois que la contestation porte essentiellement en l'espèce sur la décision elle-même plutôt que sur les circonstances dans lesquelles elle a été prise. Je suis d'avis que le directeur a agi dans le cadre de sa compétence.

Le juge Anderson qui a été dissident sur la question de l'équité dans la procédure s'est dit d'accord avec les motifs du juge en chef McEachern. Après avoir mentionné les mises en garde exprimées dans l'arrêt *Martineau (N° 2)*, précité, au sujet de l'application des exigences de la procédure en milieu carcéral, il dit:

[TRADUCTION] ... quoique la protection en matière de procédure dont jouit l'intimé fût limitée de la façon décrite par tous les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Martineau*, précité, j'estime que le juge en chef McEachern a eu raison de conclure que le directeur n'a même pas observé les normes les moins exigeantes d'équité dans la procédure. Bien que l'intimé n'ait droit ni à une audition complète, ni de contredire les témoins, ni à un avocat, il aurait dû avoir au moins la possibilité de faire valoir pourquoi il devrait sortir de l'isolement cellulaire. Je ne puis faire mieux que répéter ce que le juge en chef McEachern a dit dans ses motifs de jugement quant à cette question:

> «Le directeur avait compétence pour écarter la recommandation du Conseil d'examen, mais, pour le faire avec équité, il me semble qu'il aurait fallu que les requérants soient informés des motifs pour lesquels le directeur maintenait leur ségrégation et qu'on aurait dû leur accorder une possibilité raisonnable de contredire la preuve présentée contre eux. Ils n'auraient pas dû être obligés de présenter leur cas à quelqu'un dont l'idée était déjà arrêtée ou presque. Maintenir leur ségrégation après la recommandation du Conseil d'examen dans les circonstances de l'espèce soulève une crainte raisonnable qu'ils doivent plaider coupable, ce qui, en soi, suffit à donner une forte apparence de manque d'équité en l'espèce. De

although a decision based upon a policy (such as one for prisoners who are awaiting trial or for prisoners who have taken a hostage) may be perfectly lawful, fairness requires timely reconsideration of the particular circumstances of each prisoner and individual whose residual rights and privileges are adversely being affected."

VI

The issue then is what did procedural fairness require of the Director in exercising his authority, pursuant to s. 40 of the *Penitentiary Service Regulations*, to continue the administrative dissociation or segregation of the appellants, despite the recommendation of the Board, if he was satisfied that it was necessary or desirable for the maintenance of good order and discipline in the institution. I agree with McEachern C.J.S.C. and Anderson J.A. that because of the serious effect of the Director's decision on the appellants, procedural fairness required that he inform them of the reasons for his intended decision and give them an opportunity, however informal, to make representations to him concerning these reasons and the general question whether it was necessary or desirable to continue their segregation for the maintenance of good order and discipline in the institution. With great respect, I do not think it is an answer to the requirement of notice and hearing by the Director, as suggested by Macdonald J.A., that the appellants knew as a result of their appearance before the Segregation Review Board why they had been placed in segregation. They were entitled to know why the Director did not intend to act in accordance with the recommendation of the Board and to have an opportunity before him to state their case for release into the general population of the institution. I do not think the Director was required to make an independent inquiry into the alleged involvement of the appellants in the hostage-taking incident. He could rely on the information he had received concerning the incident from the warden of Matsqui Institution and the personnel at regional headquarters. At the same time, he had a duty to hear and consider what the appellants had to say concerning their alleged involvement in the incident, as well as anything else that could be relevant to the question

plus, bien qu'une décision fondée sur une politique (telle celle qui s'applique aux détenus qui attendent leur procès ou aux détenus qui ont participé à une prise d'otage) puisse être parfaitement légale, l'équité exige la reconsidération au moment opportun de la situation particulière de chaque détenu et des personnes dont les droits et privilèges résiduels sont défavorablement touchés.»

VI

La question est donc de savoir ce que l'équité dans la procédure exigeait du directeur dans l'exercice de son pouvoir, en application de l'art. 40 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, de maintenir la ségrégation ou l'isolement administratifs des appelants, malgré la recommandation du Conseil, s'il était convaincu qu'elle était nécessaire ou souhaitable pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'établissement. Je suis d'accord avec le juge en chef McEachern et le juge Anderson de la Cour d'appel qu'à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l'équité dans la procédure exigeait qu'il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine et leur donne la possibilité, même de façon informelle, de lui présenter des arguments relatifs à ces motifs et à la question générale de savoir s'il était nécessaire ou souhaitable de maintenir leur ségrégation pour assurer l'ordre et la discipline dans l'établissement. Avec égards, je ne crois pas que l'on ait satisfait à l'exigence d'avis et d'audition incombant au directeur, comme le suggère le juge Macdonald, parce que les appelants savaient par suite de leur comparution devant le Conseil d'examen des cas de ségrégation pourquoi ils avaient été mis en ségrégation. Ils avaient le droit de savoir pourquoi le directeur n'avait pas l'intention de suivre la recommandation du Conseil et d'avoir la possibilité d'exposer devant lui leurs arguments en faveur de leur réintégration dans la population générale de l'établissement. Je ne crois pas que le directeur ait eu l'obligation de tenir une enquête indépendante sur la participation des appelants à la prise d'otage. Il pouvait se fier aux renseignements relatifs à l'incident qui lui avaient été communiqués par le directeur de l'établissement de Matsqui et le personnel du bureau central régional. En même temps, il avait l'obligation d'entendre les appelants et de tenir compte de ce qu'ils

whether their release from segregation might introduce an unsettling element into the general inmate population and thus have an adverse effect on the maintenance of good order and discipline in the institution.

These were in my opinion the minimal or essential requirements of procedural fairness in the circumstances, and they are fully compatible with the concern that the process of prison administration, because of its special nature and exigencies, should not be unduly burdened or obstructed by the imposition of unreasonable or inappropriate procedural requirements. There is nothing to suggest that the requirement of notice and hearing by the Director, where he does not intend to act in accordance with a recommendation by the Segregation Review Board for the release of an inmate from segregation, would impose an undue burden on prison administration or create a risk to security.

There is the question, suggested by the reasons for judgment of Nemetz C.J.B.C., whether the breach of the duty to act fairly in this case should be held not to have resulted in an excess or loss of jurisdiction and to have made the continuing segregation of the appellants unlawful because, having regard to the merits of the substantive issue, it did not result in a substantial injustice, or to use the words of Nemetz C.J.B.C., was not of "sufficient substance". Both Nemetz C.J.B.C. and Macdonald J.A. considered the substantive issue of whether the appellants should be released from segregation and appeared to conclude that the Director's reasons for refusing to follow the recommendation of the Segregation Review Board were reasonable and fair. It is a possible implication of their approach that they were of the view that given the Director's reasons for refusing to follow the recommendation of the Board a hearing by him of the appellants would not serve any useful purpose. Certainly a failure to afford a fair hearing, which is the very essence of the duty to act fairly, can never of itself be regarded as not of "sufficient substance" unless it be because of its

avaient à dire à propos de leur participation alléguée à l'incident, de même que de tout autre sujet qui pouvait avoir trait à la question de savoir si la levée de leur ségrégation pouvait introduire un élément perturbateur dans la population carcérale générale et avoir ainsi des conséquences néfastes sur le maintien de l'ordre et de la discipline dans l'établissement.

Ce sont là, à mon avis, les exigences minimales ou essentielles de l'équité dans la procédure dans les circonstances et elles sont tout à fait compatibles avec le souci de ne pas indûment alourdir ou bloquer le processus de l'administration carcérale, vu sa nature et ses besoins spéciaux, par l'imposition d'exigences de procédure déraisonnables ou impropres. Rien n'indique que l'obligation du directeur en matière d'avis et d'audition, lorsqu'il n'entend pas donner suite à une recommandation d'un Conseil d'examen des cas de ségrégation de lever la ségrégation d'un détenu, imposerait un fardeau excessif à l'administration carcérale ou mettrait la sécurité en danger.

Il reste la question évoquée dans les motifs de jugement du juge en chef Nemetz, savoir s'il faut conclure que la violation de l'obligation d'agir avec équité en l'espèce n'a pas entraîné d'excès ou de perte de compétence ni rendu illégal le maintien de la ségrégation des appelants parce que, compte tenu du bien-fondé de la question de fond, elle n'a pas entraîné d'injustice importante ou, selon les mots mêmes du juge en chef Nemetz, elle était sans [TRADUCTION] «importance suffisante». Le juge en chef Nemetz et le juge Macdonald ont étudié la question de fond de savoir s'il y avait lieu de lever la ségrégation des appelants et ont paru conclure que les motifs du refus du directeur de suivre la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation étaient justes et raisonnables. Une implication possible de leur analyse est qu'ils ont estimé que, vu les motifs du refus du directeur de suivre la recommandation du Conseil, il aurait été inutile qu'il accorde une audition aux appelants. L'omission d'accorder une audition équitable, qui est de l'essence même de l'obligation d'agir avec équité, ne peut jamais être considérée en elle-même sans «importance suffisante» à moins

perceived effect on the result or, in other words, the actual prejudice caused by it. If this be a correct view of the implications of the approach of the majority of the British Columbia Court of Appeal to the issue of procedural fairness in this case, I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

For these reasons I am of the opinion that by his failure to afford the appellants a fair hearing on the question whether he should act in accordance with the recommendation of the Segregation Review Board that they be released from administrative segregation into the general population of the institution, the Director rendered the continued segregation of the appellants unlawful. They, therefore, had a right on *habeas corpus* to be released from administrative dissociation or segregation into the general population of the penitentiary. I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of McEachern C.J.S.C.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: John W. Conroy, Abbotsford.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

que ce ne soit à cause de son effet perçu sur le résultat ou, en d'autres mots, à cause du tort réel qu'elle a causé. Si c'est là la façon correcte de voir les implications de l'analyse adoptée par la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question d'équité dans la procédure en l'espèce, j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'en omettant d'offrir aux appelants une audition équitable sur la question de savoir s'il devrait suivre la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation de lever leur ségrégation administrative et de les réintégrer dans la population générale de l'établissement, le directeur a rendu illégal le maintien de la ségrégation des appellants. Ils avaient donc droit, en vertu d'un bref d'*habeas corpus*, à la levée de leur ségrégation ou isolement administratifs et à leur réintégration dans la population générale du pénitencier. En conséquence je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge en chef McEachern de la Cour suprême.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants: John W. Conroy, Abbotsford.

Procureur de l'intimé: Roger Tassé, Ottawa.

Réjean Morin *Appellant*;

and

National Special Handling Unit Review Committee, D. Yeomans and P. Goulem *Respondents*;

and

Bob Kaplan *Mis en cause.*

File No.: 17336.

1984: October 12; 1985: December 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Prerogative writs — Habeas corpus — Jurisdiction — Superior courts — Inmate confined in a special handling unit — Application for habeas corpus in superior court — Whether a provincial superior court has jurisdiction to issue a writ of habeas corpus to determine the validity of an inmate's confinement in a special handling unit of a federal penitentiary — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

Following the death of a fellow inmate, appellant was charged with murder and confined to a special handling unit in another institution. A special handling unit is a facility established to deal exclusively with inmates who, in addition to requiring maximum security, are identified as being particularly dangerous. Despite his acquittal of the charge of murder, appellant was kept in segregation and his request to be transferred back to a medium security institution refused. He then applied to the Superior Court for a writ of *habeas corpus* without *certiorari* in aid to obtain his release from the special handling unit. Considering the exclusive jurisdiction of the Federal Court under s. 18 of the *Federal Court Act* to issue *certiorari* against any federal board, commission or other tribunal and the limits of the role of *habeas corpus*, the court dismissed appellant's application for want of jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* in these circumstances. The Court of Appeal concluded that proceedings attacking the internal administrative procedure of penitentiaries were within the exclusive competence of the Federal Court of Canada and affirmed the judgment.

Held: The appeal should be allowed.

Réjean Morin *Appelant*;

et

Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention, D. Yeomans et P. Goulem *Intimés*;

et

Bob Kaplan *Mis en cause.*

N° du greffe: 17336.

1984: 12 octobre; 1985: 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Compétence — Cours supérieures — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention — Demande d'habeas corpus présentée à la Cour supérieure — Une cour supérieure provinciale est-elle compétente pour délivrer un bref d'habeas corpus pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier fédéral? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

Par suite du décès d'un codétenu, l'appelant a été accusé de meurtre et transféré à une unité spéciale de détention dans un autre établissement. Une unité spéciale de détention est une installation destinée exclusivement aux détenus qui, tout en répondant aux critères de sécurité maximale, sont reconnus comme particulièrement dangereux. Malgré son acquittement de l'accusation de meurtre, l'appelant a été maintenu en isolement et sa demande de transfèrement dans un établissement à sécurité moyenne a été refusée. Il a alors demandé à la Cour supérieure un bref d'*habeas corpus* sans *certiorari* afin d'obtenir sa libération de l'unité spéciale de détention. Tenant compte de la compétence exclusive de la Cour fédérale en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* de délivrer un *certiorari* contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral et des limites du rôle de l'*habeas corpus*, la cour a rejeté la demande de l'appelant pour le motif qu'elle n'était pas compétente pour délivrer un bref d'*habeas corpus* dans de telles circonstances. La Cour d'appel a conclu que les procédures s'attaquant à la procédure administrative interne des pénitenciers sont de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada et a confirmé le jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

For the reasons given in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, a provincial superior court has jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* to determine the validity of the confinement of an inmate of a federal penitentiary in a special handling unit notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction.

Cases Cited

R. v. Miller, [1985] 2 S.C.R. 613, followed; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Berrouard v. The Queen*, S.C. Longueuil, No. 505-01-001299-789, November 30, 1981; *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.
Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 464, 142 D.L.R. (3d) 582, 1 C.C.C. (3d) 438, affirming a judgment of the Superior Court dismissing appellant's application for *habeas corpus*. Appeal allowed.

Renée Millette, for the appellant.

Jacques Letellier, Q.C., and *Richard Starck*, for the respondents and mis en cause.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The issue in this appeal is whether, having regard to the role of *habeas corpus* and the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada by way of *certiorari* to review the administrative decisions of federal authorities, a provincial superior court has jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* to determine the validity of the confinement of an inmate of a federal penitentiary in a "special handling unit", a particularly restrictive form of segregated detention, and if such confinement be found to be unlawful, to order his release or transfer to another form of detention

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, une cour supérieure provinciale est compétente pour délivrer un bref d'*habeas corpus* afin de déterminer la validité du maintien de l'incarcération d'un détenu d'un pénitencier fédéral dans une unité spéciale de détention même si la même question peut être tranchée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l'*habeas corpus* doit d'abord être examinée en fonction de son propre fondement indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; arrêts mentionnés: *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Berrouard c. La Reine*, C.S. Longueuil, n° 505-01-001299-789, 30 novembre 1981; *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.
Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 464, 142 D.L.R. (3d) 582, 1 C.C.C. (3d) 438, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté la demande d'*habeas corpus* de l'appelant. Pourvoi accueilli.

Renée Millette, pour l'appelant.

Jacques Letellier, c.r., et *Richard Starck*, pour les intimés et le mis en cause.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, compte tenu du rôle de l'*habeas corpus* et de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada d'examiner par voie de *certiorari* les décisions administratives des autorités fédérales, une cour supérieure provinciale est compétente pour délivrer un bref d'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une «unité spéciale de détention» d'un pénitencier fédéral, une forme particulièrement restrictive de ségrégation, et, si une telle incarcération est jugée illégale, pour ordonner la levée de la ségrégation ou le transfèrement du

within the federal penitentiary system.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal on June 17, 1982 dismissing the appeal from the judgment of Bergeron J. of the Superior Court for the District of Montreal on November 18, 1981, which dismissed the appellant's application for *habeas corpus* to determine the validity of his confinement in the Special Handling Unit of the Centre for Correctional Development, a federal institution at Laval, Quebec, on the ground that the Court lacked jurisdiction.

I

The following statement of the facts is based on the allegations of the appellant's application for *habeas corpus*, supported by affidavit, and the documents produced as exhibits with the application. The appellant was lawfully confined in Leclerc Institution, a medium-security federal penitentiary, when a fellow inmate, Claude Payeur, was killed on September 21, 1980 following a quarrel with another inmate, Serge Cousineau. The following day the appellant was transferred to Laval Institution, a maximum-security federal penitentiary, where he was placed in segregation. On September 25, 1980 a coroner's inquest, at which the appellant and Cousineau were called to testify, found that Payeur had met a violent death for which Cousineau was responsible. On October 2, 1980 the appellant was charged with the murder of Payeur. On December 5, 1980 he was transferred to the Special Handling Unit of the Centre for Correctional Development at Laval. In a letter of December 15, 1980 the Director of the Centre informed the appellant that his confinement in the Special Handling Unit had been recommended by a regional committee and approved by the National SHU Review Committee [TRANSLATION] "as a result of your being charged with the murder of an inmate at Leclerc". The appellant was acquitted on May 30, 1981 of the murder of Claude Payeur after a trial of several days before Bergeron J. sitting with a jury. On June 1, 1981 the appellant lodged an inmate complaint in which he asked, as a result of his acquittal, to be released from the Special Handling Unit and transferred to a

détenu à une autre forme de détention au sein du système pénitentiaire fédéral.

Le présent pourvoi autorisé par cette Cour attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec en date du 17 juin 1982 rejetant l'appel d'une décision du 18 novembre 1981 dans laquelle le juge Bergeron de la Cour supérieure du district de Montréal a rejeté la demande d'*habeas corpus* présentée par l'appelant pour que soit déterminée la validité de sa détention dans l'unité spéciale de détention du centre de développement correctionnel, un établissement fédéral à Laval (Québec), pour le motif que la cour n'était pas compétente.

I

L'exposé suivant des faits est fondé sur les allégations de la demande d'*habeas corpus* de l'appelant, appuyées d'un affidavit, et sur les documents présentés à titre de pièces avec la demande. Alors que l'appelant était légalement détenu à l'établissement Leclerc, un pénitencier fédéral à sécurité moyenne, un codétenu, Claude Payeur, a été tué le 21 septembre 1980 après une querelle avec un autre détenu, Serge Cousineau. Le lendemain, l'appelant a été transféré à l'établissement de Laval, un pénitencier fédéral à sécurité maximale, où il a été mis en ségrégation. Le 25 septembre 1980, une enquête du coroner, à laquelle l'appelant et Cousineau ont été appelés à témoigner, a conclu que Cousineau était responsable de la mort violente de Payeur. Le 2 octobre 1980, l'appelant a été accusé du meurtre de Payeur. Le 5 décembre 1980, il a été transféré à l'unité spéciale de détention du Centre de développement correctionnel à Laval. Dans une lettre du 15 décembre 1980, le directeur du Centre a informé l'appelant que son incarcération dans l'unité spéciale de détention avait été recommandée par un comité régional et approuvée par le Comité national chargé de l'examen des cas d'USD «suite au meurtre d'un détenu au Leclerc pour lequel vous êtes accusé». L'appelant a été acquitté le 30 mai 1981 du meurtre de Claude Payeur après un procès de plusieurs jours devant le juge Bergeron et un jury. Le 1er juin 1981, l'appelant a présenté une plainte dans laquelle, vu son acquittement, il demandait d'être libéré de l'unité spéciale de détention et transféré dans un établissement à sécurité moyenne. Son cas

medium-security institution. His case was reviewed by the National SHU Review Committee, before which he appeared on July 16, 1981. A letter dated August 11, 1981 from D. R. Yeomans, Commissioner, to counsel for the appellant contained the following passages with reference to the appellant's confinement in the Special Handling Unit and the National Committee's review of his case:

[TRANSLATION] Mr. Morin was transferred to the Special Handling Unit of the Centre for Correctional Development by authority of the Deputy Commissioner, Security, in accordance with section 13(3) of the Penitentiary Act. Mr. Morin had been identified as a particularly dangerous inmate after he participated in an incident during which another inmate was killed.

The National SHU Review Committee is aware of the fact that Mr. Morin was acquitted of the charge of murder against him. However, the Committee considers that Mr. Morin still constitutes a danger to the other inmates and it has asked for the police reports on the incident. I understand your wish to see Mr. Morin transferred to another institution, but before doing so the National Committee must ensure that he does not constitute a danger to others and will not be involved in a similar incident in the immediate or distant future.

By letter of September 10, 1981 from J. U. M. Sauvé, Deputy Commissioner, Security, the appellant was informed of the review of his case by the National SHU Review Committee and the resulting decision to continue his confinement in the Special Handling Unit, despite his acquittal, as follows:

[TRANSLATION] At the review of your case in July 1981 the SHU Committee informed you that your case would be re-examined on receipt of a police report regarding your involvement in the murder of the inmate Payeur.

The Committee has now received the documentation confirming that the charge against you was based on a before-death statement by the victim and another statement given to police investigators by a witness. These information sources identified you as taking part in the murder. The Committee was also told that the Crown will appeal the judgment rendered in your case.

a été étudié par le Comité national chargé de l'examen des cas d'USD devant lequel il a comparu le 16 juillet 1981. Une lettre datée du 11 août 1981 du commissaire D. R. Yeomans à l'avocat de l'appelant contient les passages suivants au sujet de la détention de l'appelant dans l'unité spéciale de détention et l'étude de son cas par le Comité national:

Monsieur Morin a été transféré à l'Unité spéciale de détention du Centre de développement correctionnel, sous l'autorité du Commissaire adjoint, Sécurité, et ce, en conformité avec la section 13(3) de la Loi sur les pénitenciers. En effet, monsieur Morin avait été identifié comme un détenu particulièrement dangereux suite à sa participation à un incident durant lequel il y eut la mort d'un autre détenu.

Le Comité national de révision des détenus placés à l'Unité spéciale de détention est au courant du fait que monsieur Morin a été acquitté de l'accusation de meurtre pesant sur lui. Cependant, le Comité considère que monsieur Morin représente tout de même un danger pour les autres détenus et a demandé que les rapports de police concernant l'incident lui soient fournis. Je conçois votre désir de voir monsieur Morin transféré dans un autre établissement mais avant de le faire, le Comité national tient à s'assurer qu'il ne représente pas un danger pour les autres et qu'il ne sera pas impliqué dans un incident similaire à brève ou longue échéance.

Le commissaire adjoint, Sécurité, M. J. U. M. Sauvé, par lettre adressée au requérant le 10 septembre 1981, l'informait de l'examen de son cas par le Comité national chargé de l'examen des cas d'USD et de la décision de maintenir sa détention dans l'unité spéciale de détention, malgré son acquittement, de la manière suivante:

Lors de la révision de votre cas en juillet 1981, le comité des USD vous informait que votre cas serait vu de nouveau dès la réception d'un rapport de police concernant votre implication dans le meurtre du détenu Payeur.

Le comité a maintenant reçu la documentation nous confirmant que l'accusation contre vous était basée sur une déclaration ante mortem par la victime avec une autre déclaration donnée aux policiers enquêteurs par un témoin. Ces sources de renseignements vous ont identifié comme ayant participé au meurtre. Le comité a aussi été avisé que la Couronne en appellera du jugement fait dans votre cas.

Accordingly, the decision to transfer you to a Special Handling Unit was based on the criteria indicated in paragraph 4 of Commissioner's Directive No. 274, and remains unchanged.

On October 28, 1981 the appellant applied to the Superior Court for the District of Montréal for a writ of *habeas corpus* without *certiorari* in aid to obtain his release from the Special Handling Unit and his transfer to Leclerc Institution on the ground that his continued confinement in the Special Handling Unit following his acquittal of the charge of murder for the reasons indicated in the letters quoted above was unlawful. The appellant contended that the decision to continue his confinement in the Special Handling Unit, which he attributed to the National SHU Review Committee, was made without jurisdiction because it amounted to an appellate reversal of his acquittal or a retrial on the charge of murder and was contrary to ss. 4 and 8 of Commissioner's Directive 274 of December 1, 1980 with respect to special handling units.

Commissioner's Directive 274 defines "Special Handling Unit" as follows:

"Special Handling Unit" (SHU) is a facility established to deal exclusively with inmates who, in addition to requiring maximum security, have been identified as being particularly dangerous.

Section 4 of the Directive defines "Particularly dangerous inmate" as follows:

"Particularly dangerous inmate" is one whose documented actions or demonstrated intentions while in custody in any jurisdiction, or under sentence, constitute a persistent and serious threat to staff, inmates or other persons. Such conduct includes, but is not limited to, one or more of the following:

a. abduction, hostage-taking, forcible confinement or attempts;
b. serious incidents of violence;
c. escape or attempted or planned escape with violence;
d. conviction for the murder of a peace officer, inmate or other person while under sentence;

Par conséquent, la décision de vous transférer à une unité spéciale de détention a été basée selon les critères indiqués au paragraphe 4 de la directive du commissaire nº 274, et demeure inchangée.

Le 28 octobre 1981, l'appelant a demandé à la Cour supérieure du district de Montréal un *habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire afin d'obtenir sa libération de l'unité spéciale de détention et son transfèrement à l'établissement Leclerc parce que le maintien de son incarcération dans l'unité spéciale de détention suivant son acquittement de l'accusation de meurtre pour les motifs indiqués dans les lettres précitées était illégal. L'appelant a soutenu que la décision de le maintenir dans l'unité spéciale de détention, qu'il a attribuée au Comité national chargé de l'examen des cas d'USD, a été prise sans compétence parce qu'elle équivalait au renversement en appel de son acquittement ou à un nouveau procès sur l'accusation de meurtre et était contraire aux art. 4 et 8 de la directive du Commissaire nº 274 du 1er décembre 1980 en ce qui a trait aux unités spéciales de détention.

La directive du Commissaire nº 274 définit l'«unité spéciale de détention» de la manière suivante:

«Unité spéciale de détention» (USD) désigne une installation destinée exclusivement aux détenus qui, tout en répondant aux critères de sécurité maximale, sont reconnus comme particulièrement dangereux.

L'article 4 de la Directive définit le «détenu particulièrement dangereux» de la manière suivante:

«Détenu particulièrement dangereux» désigne un détenu dont on a la preuve écrite que, par ses agissements pendant qu'il est sous la garde de quelque juridiction que ce soit ou pendant que sa peine est en vigueur, il constitue une menace pour le personnel, les détenus ou d'autres personnes, ou manifeste son intention de le devenir. Ce comportement ne se limite pas à l'une ou plusieurs des conditions suivantes, mais inclut:

a. le rapt, la prise d'otage, la séquestration ou tentatives de rapt, de prise d'otage ou de séquestration;
b. de graves actes de violence;
c. l'évasion ou la tentative d'évasion ou l'évasion planifiée avec violence;
d. une condamnation pour le meurtre d'un agent de la paix, d'un détenu ou d'une autre personne, commis pendant que la peine du détenu est en vigueur;

e. the manufacture, possession, introduction, or attempted introduction into an institution of firearms, ammunition, high explosives or any offensive weapon, as defined in the Criminal Code;

f. incitement or conspiracy to kill or riot; and

g. substantiated serious threats against the life of a staff member, inmate or other person.

Section 8 of the Directive provides:

8. The prime consideration for transfer of an inmate to an SHU shall be that he is assessed to be particularly dangerous and, therefore, prejudicial to the maintenance of good order in the institution. Inmates shall not be transferred to an SHU on suspicion alone. Reasonable and probable grounds for believing an inmate intends or is likely to commit a violent or dangerous act must be supported by documentation.

The authority of the Deputy Commissioner, Security, with respect to confinement in a Special Handling Unit is referred to in the definition of "National SHU Review Committee" in s. 6 of the Directive as follows:

6. The "National SHU Review Committee" consist of the Deputy Commissioner, Security, as chairman, the Deputy Commissioner Offender Programs, the Director General Medical Services and senior regional representatives from the receiving and sending regions as specified by the Regional Director General. The Deputy Commissioner Security is delegated the authority, pursuant to section 13(3) of the Penitentiary Act, to authorize the transfer of inmates into and out of an SHU.

II

As the judge who had conducted the trial of the appellant on the charge of murder, Bergeron J. of the Superior Court expressed the opinion that the continued confinement of the appellant in the Special Handling Unit, despite his acquittal, for the reasons indicated in the letters quoted above was without foundation and in violation of the rules of natural justice and fairness. He dismissed the application for *habeas corpus*, however, on the ground that the Superior Court lacked jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* to determine the validity of the confinement of an inmate of a

e. la fabrication, la possession, ou l'introduction ou la tentative d'introduction dans un établissement, d'armes à feu, de munitions, d'explosifs puissants, d'armes offensives, tels que définis dans le Code criminel;

f. l'incitation à tuer ou à faire une émeute, ou la conspiration d'un meurtre ou d'une émeute; et

g. de sérieuses indications de menaces à la vie d'un membre du personnel, d'un détenu ou d'une autre personne.

L'article 8 de la Directive prévoit:

8. La principale raison qui doit motiver le transfèrement d'un détenu dans une USD est le fait qu'il est considéré comme particulièrement dangereux et qu'il peut, par conséquent, nuire au maintien de la discipline dans l'établissement. Les détenus ne doivent pas être transférés dans une USD sur des motifs de suspicion seulement. Lorsque l'on s'appuie sur des motifs raisonnables et probables pour croire qu'un détenu a l'intention ou est susceptible de commettre un acte violent ou dangereux, on doit fournir des documents à l'appui.

Le pouvoir du commissaire adjoint, Sécurité, en ce qui a trait à l'incarcération dans une unité spéciale de détention est mentionné dans la définition du «Comité national chargé de l'examen des cas d'USD» à l'art. 6 de la Directive:

6. Le «Comité national chargé de l'examen des cas d'USD» comprend le commissaire adjoint, Sécurité, qui fait fonction de président; le commissaire adjoint, Programmes pour les détenus; le directeur général, Services médicaux; et des représentants régionaux principaux des régions d'accueil et d'origine désignés par le directeur général régional. Conformément à l'article 13(3) de la Loi sur les pénitenciers, le commissaire adjoint, Sécurité, a le pouvoir d'autoriser le transfèrement des détenus vers l'USD et hors de celle-ci.

II

En tant que juge qui a présidé le procès de l'appelant sur l'accusation de meurtre, le juge Bergeron de la Cour supérieure a exprimé l'opinion que le maintien de l'incarcération de l'appelant dans l'unité spéciale de détention, malgré son acquittement, pour les motifs indiqués dans les lettres précitées, était sans fondement et violait les règles de justice naturelle et d'équité. Toutefois, il a rejeté la demande d'*habeas corpus* pour le motif que la Cour supérieure n'était pas compétente pour délivrer un tel bref afin de déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spé-

federal penitentiary in a special handling unit. As I read his reasons for judgment, he based this conclusion on two considerations: (a) the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to issue *certiorari* against any federal board, commission or other tribunal; and (b) the limits of the role of *habeas corpus*. After referring to the judgment of McEachern C.J.S.C in *Cardinal v. Director of Kent Institution* (S.C.B.C., December 30, 1980) holding that *habeas corpus* would lie to release an inmate of a federal penitentiary from administrative dissociation or segregation, as from a "prison within a prison", into normal association with the general inmate population of the penitentiary, Bergeron J. said:

[TRANSLATION] With the utmost respect for the opinion expressed in [Cardinal], I consider that the rules applicable in the review of administrative decisions by prison authorities fall within the ambit of ss. 18 and 28 of the Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10: the situation is not devoid of a remedy, as certiorari is open to the applicant within the limits of the Federal Court's jurisdiction to correct an emerging situation, either of an absence of fairness or of a denial of natural justice.

Further, in the same volume [*The Law of Habeas Corpus* (1976)], at p. 147, the writer Sharpe mentions the approach consistently taken by the common law courts and their reluctance to become involved in disciplinary matters in the exercise of their inherent jurisdiction, noting the use of certiorari in this regard to obtain remedies capable of remedying emerging situations of abuse of jurisdiction, which could deprive a person of certain of his rights as an inmate.

I adopt the latter view, as I consider that the conditions of detention cannot be a basis for a writ of habeas corpus where the individual is otherwise legally imprisoned under a valid warrant of committal, beyond which the Superior Court cannot go.

The unanimous judgment of the Quebec Court of Appeal dismissing the appeal from the judgment of Bergeron J. is reported at [1982] C.A. 464 and (1982), 142 D.L.R. (3d) 582, 1 C.C.C. (3d) 438 (*sub nom. Re Morin and Yeomans*). Turgeon J.A., with whom Nolan and Malouf JJ.A. con-

ciale de détention d'un pénitencier fédéral. Selon mon interprétation de ses motifs de jugement, il a fondé sa conclusion sur deux considérations: a) la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, de délivrer un *certiorari* contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral; et b) les limites du rôle de l'*habeas corpus*. Après avoir mentionné le jugement du juge en chef McEachern dans *Cardinal v. Director of Kent Institution* (C.S.C.-B., 30 décembre 1980), selon lequel l'*habeas corpus* pouvait servir à libérer un détenu de pénitencier fédéral de la ségrégation ou de l'isolement administratifs, comme s'il s'agissait d'une «prison au sein d'une prison», pour le réintégrer dans la population carcérale générale du pénitencier, le juge Bergeron a dit:

Avec extrême respect pour l'opinion exprimée dans le dossier [Cardinal], je suis d'avis que les normes prévues en matière de réforme des décisions administratives de la part des autorités carcérales, tombent sous le coup des articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale R.S.C. 1970 (2e Supp.) c. 10; la situation n'est pas sans remède, car le certiorari est ouvert au requérant, à l'intérieur de la compétence de la Cour fédérale, pour corriger une situation naissant, soit d'une absence d'équité, soit d'un déni de justice naturelle.

L'auteur Sharpe d'ailleurs, au même volume [*The Law of Habeas Corpus* (1976)], à la page 147, souligne l'attitude constante des tribunaux de droit commun et leur réticence à s'ingérer, en vertu de leur juridiction inhérente dans les matières disciplinaires, soulignant à cet effet l'utilisation du certiorari pour l'obtention de remèdes propres à remédier à des situations naissant d'abus de juridiction, de nature à priver une personne de certains de ses droits comme détenu.

C'est dans ce dernier sens que j'abonde, étant d'avis que les conditions de détention, à l'endroit d'une personne qui est autrement légalement incarcérée en vertu d'un mandat de dépôt valable, au-delà duquel, la Cour supérieure ne peut remonter, ne donne pas ouverture à l'émission d'un bref d'habeas corpus.

L'arrêt unanime de la Cour d'appel du Québec qui a rejeté l'appel du jugement du juge Bergeron est publié à [1982] C.A. 464 et (1982), 142 D.L.R. (3d) 582, 1 C.C.C. (3d) 438 (*sub nom. Re Morin and Yeomans*). Le juge Turgeon, avec l'appui des juges Nolan et Malouf, a examiné la

curred, considered the exclusive jurisdiction by way of *certiorari* of the Federal Court, the unreported judgments of Hugessen A.C.J. (as he then was) in *Berrouard v. The Queen*, S.C. Longueuil, No. 505-01-001299-789, November 30, 1981, and related cases in which he held that *habeas corpus* will not lie to release an inmate from a particular form of detention if he will remain subject to lawful detention in another form, and the opinion of Ritchie J. in *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, that on an application for *habeas corpus* a court is confined to consideration of the warrant of committal. He expressed concern about the possibility of conflicting judgments if *habeas corpus* issued because the appellant had, following the refusal of *habeas corpus* by the Superior Court, challenged the validity of his continued confinement in the Special Handling Unit by an application for *certiorari* in the Federal Court. He concluded on the question of jurisdiction as follows:

[TRANSLATION] For all these reasons, I find that proceedings attacking the internal administrative procedure of penitentiaries are within the exclusive competence of the Federal Court of Canada.

III

The sole issue in this appeal is the question of the jurisdiction of a provincial superior court to issue a writ of *habeas corpus* to determine the validity of the confinement of an inmate of a federal penitentiary in a special handling unit. No argument was addressed to the question whether, assuming the *habeas corpus* would lie in such a case, the appellant's grounds of attack on the validity of his continued confinement in the Special Handling Unit at Laval fell within the scope of review on *habeas corpus*, nor was argument addressed to the merits of those grounds of attack. Moreover, the question of jurisdiction itself has long since become academic by the appellant's transfer out of the Special Handling Unit, but because of its general importance the Court considers that it should pronounce on it.

compétence exclusive de la Cour fédérale, en matière de *certiorari*, les jugements inédits du juge en chef adjoint Hugessen (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) dans *Berrouard c. La Reine*, C.S. Longueuil, nº 505-01-001299-789, 30 novembre 1981, et dans des décisions connexes dans lesquelles il a jugé que l'*habeas corpus* ne peut pas servir à libérer un détenu d'une forme particulière de détention s'il demeure assujetti à une détention légale d'une autre forme, et l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, selon lequel, en matière de demande d'*habeas corpus*, un tribunal doit s'en tenir à l'examen du mandat de dépôt. Il s'est inquiété de la possibilité de jugements contradictoires si un bref d'*habeas corpus* était délivré parce que l'appelant avait, à la suite du refus d'*habeas corpus* par la Cour supérieure, contesté la validité du maintien de sa détention dans l'unité spéciale de détention au moyen d'une demande de *certiorari* devant la Cour fédérale. Il a conclu sur la question de compétence de la manière suivante:

Sur le tout, je conclus que toute procédure s'attaquant aux procédés relatifs à l'administration interne des pénitenciers est de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada.

III

La seule question soulevée dans le présent pourvoi est celle de la compétence d'une cour supérieure provinciale pour délivrer un bref d'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu d'un pénitencier fédéral dans une unité speciale de détention. Aucune plaidoirie n'a porté sur le point de savoir si, dans l'hypothèse où l'on pouvait recourir à l'*habeas corpus* en l'espèce, les moyens que l'appelant invoque pour contester la validité du maintien de son incarcération dans l'unité spéciale de détention de Laval, relèvent bien de l'examen que l'on fait dans le cadre d'un *habeas corpus* et aucune plaidoirie n'a porté sur le bien-fondé de ces moyens de contestation. En outre, la question de la compétence elle-même est depuis longtemps devenue théorique en raison du transfèrement de l'appelant hors de l'unité spéciale de détention, mais, à cause de son importance générale, la Cour estime qu'elle devrait la trancher.

The issue of jurisdiction in this appeal was also before this Court, at least by implication, in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, and *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, which were heard at the same time as this appeal. In those cases the principal question of jurisdiction was whether, in view of the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act* to issue *certiorari* against any federal board, commission or other tribunal, a provincial superior court had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to determine the validity of the confinement of an inmate of a federal penitentiary in a special handling unit or in administrative dissociation or segregation, pursuant to s. 40 of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1251. The question of jurisdiction to issue *habeas corpus* alone for such purpose was also put in issue, but perhaps not as directly in relation to the jurisdiction of the Federal Court as it was in the reasons of the Superior Court and the Court of Appeal in the case at bar. In the other appeals this issue was presented more directly, if not exclusively, in terms of the proper role or object of *habeas corpus*, quite apart from the jurisdiction of the Federal Court, the contention being that *habeas corpus* will not lie to release a prisoner from a particular form of confinement if he will remain otherwise lawfully detained in another form. In the course, however, of the reasons for judgment on this issue in *R. v. Miller* the Court gave consideration to the implications of such a use of *habeas corpus*, having regard to the jurisdiction by way of *certiorari* of the Federal Court, and reference was made to the reasoning of the Superior Court and the Court of Appeal in the case at bar. The conclusion on this issue in *R. v. Miller*, was as follows (at pp. 640-41):

> After giving consideration to the two approaches to this issue, I am of the opinion that the better view is that *habeas corpus* should lie to determine the validity of a particular form of confinement in a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered

La question de la compétence dans le présent pourvoi a également été soumise à cette Cour, du moins de manière implicite, dans les affaires *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, et *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, qui ont été entendues en même temps que le présent pourvoi. Dans ces affaires, la question principale de compétence était de savoir si, compte tenu de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour délivrer un *certiorari* contre tout office, commission ou autre tribunal fédéral, une cour supérieure provinciale était compétente pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu de pénitencier fédéral dans une unité spéciale de détention ou en ségrégation ou en isolement administratifs, en application de l'art. 40 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. 1978, chap. 1251. La question de la compétence pour délivrer un *habeas corpus* seul pour ces fins a également été soulevée, mais peut-être pas aussi directement en ce qui a trait à la compétence de la Cour fédérale qu'on l'a soulevée dans les motifs de la Cour supérieure et de la Cour d'appel en l'espèce. Dans les autres pourvois, cette question a été présentée plus directement, sinon exclusivement, en fonction du rôle ou de l'objet exacts de l'*habeas corpus*, indépendamment de la compétence de la Cour fédérale. En effet, on a fait valoir que l'*habeas corpus* ne permet pas de libérer un prisonnier d'une forme particulière d'incarcération si par ailleurs il demeure légalement détenu sous une autre forme. Toutefois, dans les motifs de jugement sur cette question dans *R. c. Miller*, la Cour a examiné les conséquences d'un tel emploi de l'*habeas corpus*, compte tenu de la compétence de la Cour fédérale en matière de *certiorari*, et a mentionné le raisonnement de la Cour supérieure et de la Cour d'appel en l'espèce. La conclusion sur cette question dans *R. c. Miller* est la suivante (aux pp. 640 et 641):

> Examen fait des deux façons d'aborder cette question, je suis d'avis que le point de vue à retenir est celui selon lequel il y a lieu à *habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être tranchée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l'*habeas corpus* doit d'abord être examinée

first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of this remedy as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. As I have said in connection with the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*, these concerns have their origins in the legislative judgment to leave the *habeas corpus* jurisdiction against federal authorities with the provincial superior courts. There cannot be one definition of the reach of *habeas corpus* in relation to federal authorities and a different one for other authorities. Confinement in a special handling unit, or in administrative segregation as in *Cardinal*, is a form of detention that is distinct and separate from that imposed on the general inmate population. It involves a significant reduction in the residual liberty of the inmate. It is in fact a new detention of the inmate, purporting to rest on its own foundation of legal authority. It is that particular form of detention or deprivation of liberty which is the object of the challenge by *habeas corpus*. It is release from that form of detention that is sought. For the reasons indicated above, I can see no sound reason in principle, having to do with the nature and role of *habeas corpus*, why *habeas corpus* should not be available for that purpose. I do not say that *habeas corpus* should lie to challenge any and all conditions of confinement in a penitentiary or prison, including the loss of any privilege enjoyed by the general inmate population. But it should lie in my opinion to challenge the validity of a distinct form of confinement or detention in which the actual physical constraint or deprivation of liberty, as distinct from the mere loss of certain privileges, is more restrictive or severe than the normal one in an institution.

These reasons are determinative of the issue in this appeal. The Superior Court had jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* to determine the validity of the continued confinement of the appellant, following his acquittal of the charge of murder, in the Special Handling Unit of the Centre for Correctional Development at Laval, Quebec. I would accordingly allow the appeal and set aside the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, but in view of the appellant's transfer out of the Special Handling Unit I would

en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L'importance générale de ce recours comme moyen traditionnel de contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflits de compétence. Comme je l'ai déjà souligné à propos de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, ces préoccupations sont nées de la décision du législateur de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence pour délivrer des brefs d'*habeas corpus* contre des autorités fédérales. Or, la portée de l'*habeas corpus* ne peut être définie d'une manière pour le cas des autorités fédérales et d'une autre pour les autres autorités. L'incarcération dans une unité spéciale de détention, ou en ségrégation administrative, comme c'était le cas dans l'affaire *Cardinal*, constitue une forme de détention qui est tout à fait distincte de celle imposée à la population carcérale générale. Elle entraîne une diminution importante de la liberté résiduelle du détenu. Il s'agit en fait d'une nouvelle détention qui est censée avoir son propre fondement juridique. C'est cette forme précise de détention ou de privation de liberté qui est contestée par l'*habeas corpus*. C'est la libération de cette forme de détention qu'on demande. Voilà pourquoi je ne vois aucune raison valable fondée sur la nature et le rôle de l'*habeas corpus* pour laquelle il ne devrait pas servir à cette fin. Je ne dis pas qu'on devrait recourir à l'*habeas corpus* pour contester toutes et chacune des conditions d'incarcération dans un pénitencier ou une prison, y compris la perte d'un privilège dont jouit la population carcérale générale. Mais, selon moi, il y a lieu d'y recourir pour contester la validité d'une forme distincte de détention dans laquelle la contrainte physique réelle ou la privation de liberté, par opposition à la simple perte de certains privilèges, est plus restrictive ou sévère que cela est normalement le cas dans un établissement carcéral.

Ces motifs sont déterminants à l'égard de la question soulevée dans le présent pourvoi. La Cour supérieure avait compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus* afin de déterminer la validité du maintien de l'incarcération de l'appelant, suivant son acquittement relativement à l'accusation de meurtre, dans l'unité spéciale de détention du Centre de développement correctionnel à Laval (Québec). Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure;

not refer the application for *habeas corpus* back to the Surperior Court for determination.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Renée Millette, Montréal.

Solicitors for the respondents and the mis en cause: Jacques Letellier and Richard Starck, Montréal.

toutefois, compte tenu du transfèrement de l'appelant hors de l'unité spéciale de détention je ne renverrais pas la demande d'*habeas corpus* à la Cour supérieure pour qu'elle se prononce sur cette question.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Renée Millette, Montréal.

Procureurs des intimés et du mis en cause: Jacques Letellier et Richard Starck, Montréal.

Walter Valente *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General for Saskatchewan, Provincial Court Judges Association (Criminal Division) and Ontario Family Court Judges Association *Interveners.*

File No.: 17583.

1984: October 9, 10; 1985: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Courts — Charter of Rights — Independent tribunal — Provincial Court judge declined jurisdiction on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal — Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal.

Constitutional law — Charter of Rights — Courts — Independent tribunal — Jurisdiction declined on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal — Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Provincial Courts Act, R.S.O. 1980, c. 398 — Public Service Act, R.S.O. 1980, c. 418 — Public Service Superannuation Act, R.S.O. 1980, c. 419 — Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 18, s. 1 — Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 78, s. 2(2) — Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11.

A judge of the Provincial Court (Criminal Division), sitting on the Crown's appeal against the sentence imposed on the appellant following conviction for careless driving, declined to hear the appeal pending determination by a superior court as to whether the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Among the several reasons advanced by counsel in support of the contention

Walter Valente *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Procureur général du Canada, Procureur général du Québec, Procureur général de la Saskatchewan, Association des juges des Cours provinciales (Division criminelle) et Ontario Family Court Judges Association *Intervenants.*

N° du greffe: 17583.

1984: 9, 10 octobre; 1985: 19 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 DE L'ONTARIO

Tribunaux — Charte des droits — Tribunal indépendant — Juge de la Cour provinciale déclinant compétence parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant — Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux — Tribunal indépendant — Compétence déclinée parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant — Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Loi sur les cours provinciales, L.R.O. 1980, chap. 398 — Loi sur la fonction publique, L.R.O. 1980, chap. 418 — Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.O. 1980, chap. 419 — Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 18, art. 1 — Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 78, art. 2(2) — Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11.

Dans un appel formé par Sa Majesté contre une peine infligée à l'appelant, reconnu coupable de l'infraction de conduite imprudente, un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) a décliné compétence pour entendre l'appel tant qu'une cour supérieure n'aurait pas déterminé si la Cour provinciale (Division criminelle) était un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Parmi les nombreuses raisons soumises par l'avocat à l'appui de la

that the Provincial Court (Criminal Division) was not an independent tribunal were the nature of the tenure of provincial court judges, particularly those holding office under a post-retirement reappointment, the manner in which their salaries and pensions were fixed and provided for, and the extent to which they were dependent for certain advantages and benefits on the discretion of the executive government. The Ontario Court of Appeal proceeded on the basis that the provincial court judge had in effect decided that as a matter of law the Provincial Court (Criminal Division) as an institution was not independent. It allowed the appeal, holding that both the Provincial Court Judge and the Provincial Court (Criminal Division) were independent, and remitted the matter to the Provincial Court Judge to determine whether the sentence imposed was a fit and proper sentence.

Held: The appeal should be dismissed and the constitutional question answered as follows: A judge of the Provincial Court (Criminal Division) of Ontario is an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The concepts of "independence" and "impartiality" found in s. 11(*d*) of the *Charter*, although obviously related, are separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. "Independence" reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence and connotes not only a state of mind but also a status or relationship to others—particularly to the executive branch of government—that rests on objective conditions or guarantees. Judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge as reflected in such matters as security of tenure and the institutional independence of the court as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government.

The test for independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. This perception must be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence and not a perception of how it will in fact act regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

It would not be feasible to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the

prétention que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant, on trouve la nature de la charge des juges de cour provinciale, en particulier ceux qui occupent leur charge en vertu d'une nouvelle nomination après l'âge de la retraite, la manière dont leur traitement et pension sont fixés et versés et la mesure dans laquelle certains de leurs avantages sociaux dépendent du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. La Cour d'appel de l'Ontario a procédé sur le fondement que le juge de la Cour provinciale avait en réalité décidé qu'aux yeux du droit la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'était pas indépendante. Elle a accueilli l'appel, décidant que le juge de la Cour provinciale de même que la Cour provinciale (Division criminelle) étaient indépendants et a renvoyé la question au juge de la Cour provinciale pour qu'il statue sur la régularité et l'à-propos de la peine infligée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit la réponse suivante: Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario est un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre les notions d'«indépendance» et d'«impartialité» que l'on trouve à l'al. 11*d*) de la *Charte*, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une affaire donnée. Le terme «indépendance» reflète ou consacre la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire et connote non seulement un état d'esprit, mais aussi un statut ou une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives. L'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle du tribunal qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement.

Le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte* doit être, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Cette perception doit être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

Il ne serait pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance

constitutional requirement of independence in s. 11(*d*) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals. The essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) must bear some reasonable relationship to the variety of legislative and constitutional provisions in Canada governing matters which bear on the judicial independence of tribunals trying persons charged with an offence. It is the essence of the security afforded by the essential conditions of judicial independence that is appropriate for application under s. 11(*d*) of the *Charter* and not any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed. Section 11(*d*) cannot be construed and applied so as to accord provincial court judges the same constitutional guarantees of security of tenure and security of salary and pension as superior court judges for that construction would, in effect, amend the judicature provisions of the Constitution. The standard of judicial independence cannot be a standard of uniform provisions but rather must reflect what is common to the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada.

Security of tenure, because of the importance traditionally attached to it, is the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. The essentials of such security are that a judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. The essence of security of tenure for purposes of s. 11(*d*) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

Notwithstanding the importance of tradition as an objective condition tending to ensure the independence in fact of a tribunal, a provincial court judge who held office during pleasure under a post-retirement reappointment prior to the amendment in 1983 to s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* was not an independent tribunal. The reasonable perception was that by providing for two classes of tenure the Legislature had deliberately, in the case of one category of judges, reserved to the Executive the right to terminate the holding of office without the necessity of any particular jurisdiction and without any inhibition or restraint arising from perceived tradition.

judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11*d*) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11*d*), doivent avoir un lien raisonnable avec cet éventail de dispositions législatives et constitutionnelles qui au Canada régissent les questions touchant à l'indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d'une infraction. C'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11*d*) de la *Charte*, et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer. L'alinéa 11*d*) ne peut pas être interprété et appliqué de manière à conférer aux juges de cour provinciale les mêmes garanties constitutionnelles d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension que les juges des cours supérieures, parce qu'une telle interprétation aurait pour effet de modifier les dispositions de la Constitution relatives à la magistrature. La norme de l'indépendance judiciaire ne peut être l'uniformité des dispositions, mais doit plutôt refléter ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada.

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

Nonobstant l'importance de la tradition comme condition objective tendant à assurer l'indépendance de fait d'un tribunal, un juge de cour provinciale qui a occupé sa charge à titre amovible en vertu d'une nouvelle nomination après l'âge de la retraite, avant la modification apportée en 1983 au par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales*, ne constituait pas un tribunal indépendant. Il est raisonnable de croire qu'en prévoyant deux genres de charge le corps législatif a délibérément, dans le cas d'une catégorie de juges, réservé à l'exécutif le droit de mettre fin à une charge, sans qu'aucune justification particulière ne soit nécessaire et sans aucune inhibition ou restriction imposée par une certaine perception de la tradition.

The Provincial Court Judge who declined jurisdiction did not hold office under a post-retirement reappointment. The fact that certain judges may have held office during pleasure at that time could not impair or destroy the independence of the Provincial Court (Criminal Division) as a whole. The objection would have to be taken to the status of the particular judge constituting the tribunal.

The second essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter* is financial security—security of salary or other remuneration, and, where appropriate, security of pension. The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence. In the case of pension, the essential distinction is between a right to pension and a pension that depends on the grace or favour of the Executive. Although it may be theoretically preferable that judicial salaries should be fixed by the legislature rather than the executive government and should be made a charge on the consolidated revenue fund rather than requiring annual appropriation, neither of these features should be regarded as essential to the financial security that may be reasonably perceived as sufficient for independence under s. 11(*d*) of the *Charter*. The right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge. It is impossible that the legislature would refuse to vote the annual appropriation in order to attempt to exercise some control or influence over a class of judges as a whole. The fact that the provisions respecting the pensions and other benefits of civil servants were made applicable to provincial court judges did not impair the independence of the latter. The provisions established a right to pension and other benefits which could not be interfered with by the Executive on a discretionary or arbitrary basis.

The third essential condition of judicial independence is the institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function. Judicial control over such matters as assignment of judges, sittings of the court and court lists has been considered the essential or minimum requirement for institutional independence. Although an increased measure of administrative autonomy or independence for the courts may be desir-

Le juge de la cour provinciale qui s'est récusé n'occupait pas sa charge en vertu d'une nouvelle nomination postérieure à sa retraite. Le fait qu'à l'époque certains juges aient pu occuper leur charge à titre amovible ne saurait altérer ni détruire l'indépendance de la Cour provinciale (Division criminelle) dans son ensemble. L'objection aurait dû viser le statut du juge particulier qui constituait le tribunal saisi.

La deuxième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte* est la sécurité financière, c'est-à-dire un traitement ou autre rémunération assurés et, le cas échéant, une pension assurée. Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire. Dans le cas de la pension, la distinction essentielle est entre un droit à une pension et une pension qui dépend du bon vouloir ou des bonnes grâces de l'exécutif. Bien qu'il puisse être théoriquement préférable que les traitements des juges soient fixés par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et qu'ils grèvent le fonds du revenu consolidé, plutôt que d'exiger une affectation de crédit annuelle, ni l'une ni l'autre de ces caractéristiques ne doit être considérée comme essentielle à la sécurité financière qui peut être raisonnablement perçue comme suffisante pour assurer l'indépendance aux termes de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le droit d'un juge de cour provinciale à un traitement est prévu par la loi et l'exécutif ne peut d'aucune manière empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance du juge pris individuellement. Il est impossible que le corps législatif refuse de voter l'affectation de crédit annuelle dans le but de tenter d'exercer un contrôle ou d'influer sur une catégorie de juges dans son ensemble. Le fait que les dispositions relatives aux pensions et aux autres avantages offerts aux fonctionnaires ont été rendues applicables aux juges de cour provinciale ne porte pas atteinte à l'indépendance de ces derniers. Ces dispositions créent un droit à une pension et à d'autres avantages qui ne peut faire l'objet d'une atteinte discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif.

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire est l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Le contrôle des juges sur des questions comme l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour et le rôle de la cour est considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l'indépendance institutionnelle. Même si une plus grande autonomie ou

able it cannot be regarded as essential for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*.

While it may be desirable that discretionary benefits or advantages such as leave of absence with pay and permission to engage in extra-judicial employment, to the extent they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, their control by the Executive does not touch one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. It would not, moreover, be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.

Cases Cited

MacKay v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370, considered; *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement, 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(*f*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(*d*).
Constitution Act, 1867, ss. 99(1), (2), 100.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11, ss. 53(1), (2), 54(4), 56(1), 87(1), 88.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 6.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 83.
Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, ss. 33(1), 40, 41.
Provincial Courts Act, R.S.O. 1980, c. 398, ss. 2, 5(4), 12(1), (2), 34(1).
Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 18, s. 1.
Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 78, s. 2(2).
Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400, ss. 99, 114.
Public Service Act, R.S.O. 1980, c. 418.
Public Service Superannuation Act, R.S.O. 1980, c. 419, s. 26.
O. Reg. 332/84, s. 32(3).
R.R.O. 1980, Reg. 811, ss. 2, 4, 5, 7.
R.R.O. 1980, Reg. 881, ss. 7, 75, 76.

Authors Cited

Canadian Bar Association. Special Committee on the Independence of the Judiciary in Canada. Report.

indépendance administrative des tribunaux peut être souhaitable, elle ne saurait être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Il est peut-être souhaitable que des bénéfices ou avantages discrétionnaires comme les congés payés et l'autorisation de s'adonner à des activités extrajudiciaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif. Toutefois, leur contrôle par l'exécutif ne touche pas à l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*. De plus, il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de cour provinciale, influencé par l'éventuel désir d'obtenir l'un de ces bénéfices ou avantages soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; arrêts mentionnés: *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

Lois et règlements cités

Acte d'établissement, 12 & 13 Will. 3, chap. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*d*).
Code de la route, S.R.O. 1970, chap. 202, art. 83.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 6.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2*f*).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 99(1), (2), 100.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi de 1983 modifiant la Loi sur les cours provinciales, 1983 (Ont.), chap. 18, art. 1.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11, art. 53(1), (2), 54(4), 56(1), 87(1), 88.
Loi sur la fonction publique, L.R.O. 1980, chap. 418.
Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.O. 1980, chap. 419, art. 26.
Loi sur les cours provinciales, L.R.O. 1980, chap. 398, art. 2, 5(4), 12(1), (2), 34(1).
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1980, chap. 400, art. 99, 114.
Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 33(1), 40, 41.
Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 78, art. 2(2).
O. Reg. 332/84, art. 32(3).
R.R.O. 1980, Reg. 811, art. 2, 4, 5, 7.
R.R.O. 1980, Reg. 881, art. 7, 75, 76.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. Comité spécial sur l'indépendance de la magistrature au Canada. Rap-

The Independence of the Judiciary in Canada, Ottawa, Canadian Bar Foundation, 1985.
Denning, Sir Alfred. *The Road to Justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1955.
Deschênes, Jules, in collaboration with Carl Baar. *Masters in their own house*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1981.
Dickson, Brian. "The Rule of Law: Judicial Independence and the Separation of Powers," Address to the Canadian Bar Association, Halifax, August 21, 1985, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
Fawcett, J. E. S. *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
Green, Sir Guy. "The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence" (1985), 59 *A.L.J.* 135, 135-150.
Laskin, Bora. "Some Observations on Judicial Independence," Address to the Canadian Association of Provincial Court Judges, New Judges Programme, Ottawa, November 1, 1980, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 769-809, 1139-1179.
Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" in *The Canadian Judiciary*, ed. A. M. Linden, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University, 1976.
Shetreet, S. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1976.
Shetreet, S. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, eds. S. Shetreet and J. Deschênes, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
Shetreet, S. and J. Deschênes, eds. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
Universal Declaration on the Independence of Justice, adopted by the First World Conference on the Independence of Justice, Montreal, June 1983, in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, allowing an appeal from a judgment of Sharpe Prov. Ct. J. declining jurisdiction to hear the Crown's appeal as to sentence on appellant's conviction. Appeal dismissed.

port. *L'Indépendance de la magistrature au Canada*, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, 1985.
Denning, Sir Alfred. *The Road to Justice*, London Stevens & Sons Ltd., 1955.
Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice, adoptée par la Conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, juin 1983, dans S. Shetreet et J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
Deschênes, Jules, en collaboration avec Carl Baar. *Maîtres chez eux*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1981.
Dickson, Brian. «The Rule of Law: Judicial Independence and the Separation of Powers,» Address to the Canadian Bar Association, Halifax, August 21, 1985, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
Fawcett, J. E. S. *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
Green, Sir Guy. «The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence» (1985), 59 *A.L.J.* 135, 135-150.
Laskin, Bora. «Some Observations on Judicial Independence,» Address to the Canadian Association of Provincial Court Judges, New Judges Programme, Ottawa, November 1, 1980, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 769-809, 1139-1179.
Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» in *The Canadian Judiciary*, ed. A. M. Linden, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University, 1976.
Shetreet, S. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1976.
Shetreet, S. «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges,» in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, eds. S. Shetreet and J. Deschênes, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
Shetreet, S. and J. Deschênes, eds. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Sharpe de la Cour provinciale qui avait décliné compétence pour entendre un appel de Sa Majesté relativement à la peine infligée à l'appelant suite à sa déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

B. A. Crane, Q.C., and *R. Noel Bates*, for the appellant.

W. G. Blacklock, for the respondent.

Derek Aylen, Q.C., and *Graham Garton*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Réal A. Forest and *Angeline Thibault*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

James C. MacPherson, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Morris Manning, Q.C., for the interveners the Provincial Court Judges Association (Criminal Division) and Ontario Family Court Judges Association.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The general question raised by this appeal is what is meant by an independent tribunal in s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

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

The specific issue in the appeal is whether a provincial judge sitting as the Provincial Court (Criminal Division) in Ontario in December 1982 was an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*).

I

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on February 15, 1983, allowing an appeal from the judgment on December 16, 1982 of Sharpe J. of the Provincial Court (Criminal Division) for the Judicial District of Halton, who, sitting on the Crown's appeal, pursuant to s. 99 of the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, against the sentence imposed on the appellant following his conviction of the offence of careless driving contrary to s. 83 of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, declined jurisdiction to hear the

B. A. Crane, c.r., et *R. Noel Bates*, pour l'appelant.

W. G. Blacklock, pour l'intimée.

Derek Aylen, c.r., et *Graham Garton*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Réal A. Forest et *Angeline Thibault*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

James C. MacPherson, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Morris Manning, c.r., pour les intervenants l'Association des juges des Cours provinciales (Division criminelle) et Ontario Family Court Judges Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN — La question générale que soulève ce pourvoi est de savoir ce qu'on entend par tribunal indépendant à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel porte:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

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

Le point précis en litige dans ce pourvoi est de savoir si un juge siégeant en Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario, en décembre 1982, constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*).

I

On se pourvoit, avec l'autorisation de cette Cour, contre l'arrêt rendu le 15 février 1983 par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel du jugement rendu le 16 décembre 1982 par le juge Sharpe de la Cour provinciale (Division criminelle) du district judiciaire de Halton qui, dans l'appel formé par Sa Majesté conformément à l'art. 99 de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, chap. 400, contre la peine infligée à l'appelant, reconnu coupable de l'infraction de conduite imprudente décrite à l'art. 83 du *Code de la route*, S.R.O. 1970, chap. 202, a décliné compé-

appeal pending determination by a superior court whether the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal.

On the challenge before Sharpe J. to the independence of the Provincial Court (Criminal Division) counsel for the appellant advanced a number of reasons why in his submission the Court, because of the status of its judges as reflected in the provisions of the *Provincial Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 398, the *Public Service Act*, R.S.O. 1980, c. 418, and the *Public Service Superannuation Act*, R.S.O. 1980, c. 419, as well as regulations made thereunder, was not one which satisfied the requirement of s. 11(*d*) of the *Charter*. These reasons, as summarized by Sharpe J. under the heading "Perceptions of Dependence" and set out in the reasons for judgment of the Ontario Court of Appeal, are as follows:

1. In that the salaries of the provincial judges are determined by the executive branch of the government without the benefit of the scrutiny of the legislature.

2. The judicial salaries are *not a charge* on the consolidated revenue fund, but are subject to annual appropriation.

3. Neither is there a pension charged on the consolidated revenue fund.

4. Nor is there any judicial pension other than one provided for under the *Public Service Superannuation Act*, and this notwithstanding s. 34 of the *Provincial Courts Act*.

5. Both the Act and the regulations provide for control of the judge and could be used to influence a judge or to apply real or perceived pressure to judges generally. Some of the sections that are capable of destroying the appearance of independence are as follows:

6. A judge may be appointed to sit during pleasure — s. 5(4) of the *Provincial Courts Act*. Moreover, any provincial court judge appointed after attaining the age of fifty-five years cannot receive any pension under the *Public Service Superannuation Act* unless the Cabinet reappoints him during pleasure after he reaches retirement age for a sufficient duration that he attains his minimum years of service to qualify for pension. Under the *Judges Act*, it is the *Judge* who chooses whether to retire. Can a provincial court judge under such a disabil-

tence pour entendre l'appel, tant qu'une cour supérieure n'aurait pas déterminé si la Cour provinciale (Division criminelle) était un tribunal indépendant.

Contestant devant le juge Sharpe l'indépendance de la Cour provinciale (Division criminelle), l'avocat de l'appelant a soumis un certain nombre de raisons pour lesquelles, selon lui, la cour, de par le statut de ses juges qui ressort des dispositions de la *Loi sur les cours provinciales*, L.R.O. 1980, chap. 398, la *Loi sur la fonction publique*, L.R.O. 1980, chap. 418, et la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.O. 1980, chap. 419, ainsi que de leurs règlements d'application, ne satisferait pas à l'exigence de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Voici ces raisons, résumées par le juge Sharpe, sous le titre [TRADUCTION] «Perceptions de dépendance», et exposées dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario:

[TRADUCTION] 1. En ce que les traitements des juges de cour provinciale sont fixés par l'organe exécutif du gouvernement, sans droit de regard de l'assemblée législative.

2. Les traitements des juges *ne sont pas une charge* grevant le fonds du revenu consolidé, mais dépendent d'une affectation annuelle de crédit.

3. Aucune pension ne grève non plus le fonds du revenu consolidé.

4. Il n'existe d'ailleurs aucune autre pension pour les juges que celle que prévoit la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, et ce, malgré l'art. 34 de la *Loi sur les cours provinciales*.

5. Tant la Loi que la réglementation prévoient le contrôle du juge et pourraient être utilisées pour influencer un juge ou pour faire pression sur les juges en général, ou être perçues comme telles. Voici certains articles susceptibles de détruire toute apparence d'indépendance:

6. Un juge peut être nommé à titre amovible — par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales*. De plus, tout juge de cour provinciale nommé après qu'il a atteint l'âge de cinquante-cinq ans ne peut toucher une pension en vertu de la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, à moins que le Cabinet ne le nomme à nouveau, à titre amovible, lorsqu'il atteint l'âge de la retraite, pour une période suffisamment longue pour lui permettre de cumuler le nombre minimum d'années de service requis pour avoir droit à une pension. Aux termes de la *Loi sur*

ity be seen to be independent in a cause involving the Attorney General?

7. The Attorney General can appoint senior judges at greater pay than ordinary judges.

8. The executive branch can authorize judges to engage in any business, trade or occupation.

9. The Attorney General may authorize certain judges to do arbitrations, be conciliators, be a member of a police commission for which additional remuneration is received.

10. The executive branch purports to be able to appoint a rules committee composed of persons not necessarily judges for rules under the *Criminal Code*.

11. The executive branch has the power to make regulations for the inspection and destruction of judges' books, documents and papers (s. 34(1)(b) of the *Provincial Courts Act*).

12. In the regulations, the Attorney General can grant leave of absence for up to three years and the executive branch can grant it with pay.

13. This last mentioned regulation incorporates regulation 881 wherein judges are referred to as civil servants.

14. The judge has the same sick leave as a civil servant and his salary is reduced in the same manner as a civil servant when sick.

15. The Deputy Attorney General can require the judge to attend for medical examinations and to supply doctors' certificates.

16. A Deputy Attorney General can grant a judge a leave of absence for up to a year for employment with the Government of Canada or other public agency. A provincial judge in Ontario has been made a Deputy Minister while retaining his position as a judge, a matter deplored by Chief Justice Bora Laskin of the Supreme Court of Canada.

17. The judge receives the same financial benefits as the other civil servants as set out in s. 77, namely: (a) a basic life insurance plan, (b) a dependent's life insurance plan, (c) a long-term income protection plan, (d) a supplementary insurance plan, (e) a dental insurance plan. Some of these plans are paid for by the Government and all affect the financial status of the judge.

les juges, c'est *le juge* qui choisit ou non de prendre sa retraite. Un juge de cour provinciale assujetti à une telle incapacité peut-il être perçu comme indépendant dans une affaire impliquant le procureur général?

7. Le procureur général peut nommer des juges principaux dont le traitement est supérieur à celui des juges ordinaires.

8. Le pouvoir exécutif peut autoriser les juges à exercer tout commerce, métier ou occupation.

9. Le procureur général peut autoriser certains juges à agir à titre d'arbitres, de conciliateurs ou de membres d'une commission de police, auxquels cas ils reçoivent une rémunération supplémentaire.

10. Le pouvoir exécutif est apparemment en mesure de nommer un comité des règles de pratique, auquel ne siègent pas uniquement des juges, pour l'adoption de règles de pratique en vertu du *Code criminel*.

11. Le pouvoir exécutif peut établir des règlements portant sur l'inspection et la destruction des livres, documents et écrits des juges (al. 34(1)b) de la *Loi sur les cours provinciales*).

12. Suivant le règlement, le procureur général peut accorder un congé, pouvant aller jusqu'à trois ans, et le pouvoir exécutif peut l'accorder avec traitement.

13. Le dernier règlement mentionné incorpore le règlement 881 où l'on parle des juges comme étant des fonctionnaires.

14. Le juge a droit aux mêmes congés de maladie qu'un fonctionnaire et son traitement est réduit de la même manière qu'un fonctionnaire en cas de maladie.

15. Le sous-procureur général peut exiger d'un juge qu'il subisse des examens médicaux et fournisse des certificats médicaux.

16. Un sous-procureur général peut accorder à un juge un congé, pouvant aller jusqu'à un an, pour lui permettre de travailler pour le gouvernement du Canada ou un autre organisme public. Un juge de cour provinciale en Ontario a été nommé sous-ministre tout en conservant sa charge de juge, ce qu'a déploré le juge en chef Bora Laskin de la Cour suprême du Canada.

17. Le juge reçoit les mêmes bénéfices d'ordre financier que les autres fonctionnaires, comme l'indique l'art. 77, savoir: a) un plan d'assurance-vie de base, b) un plan d'assurance-vie pour les personnes à charge, c) un plan de protection de revenu garanti, d) un plan d'assurance supplémentaire, e) un plan d'assurance dentaire. Certains de ces plans sont payés par le gouvernement et tous influent sur la situation financière du juge.

18. The *Provincial Courts Act* provides for a procedure to remove a judge after an inquiry but it does not require a vote in the legislature as there is with a supreme court judge. The *Public Service Act* has a regulation under section [*sic*] 12 and 13 which includes a provincial court judge. The significance of this is that a provincial judge can be classified as a Crown employee and therefore under some direction by the executive branch of the government and there may be other Acts which have regulations that affect the provincial judges.

18. La *Loi sur les cours provinciales* établit une procédure de révocation d'un juge, après enquête, mais elle n'exige pas un vote de l'assemblée législative comme c'est le cas pour un juge de cour suprême. Un règlement d'application des art. 12 et 13 de la *Loi sur la fonction publique* inclut le juge de cour provinciale. Ce qui signifie qu'un juge de cour provinciale peut être classé comme employé de l'État et donc être assujetti jusqu'à un certain point aux directives de l'organe exécutif du gouvernement; il se peut qu'il y ait d'autres lois dont les règlements d'application touchent les juges de cour provinciale.

Counsel for the appellant submitted before Sharpe J. that since the Provincial Court (Criminal Division) was not an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*, s. 99 of the *Provincial Offences Act*, which conferred the right of appeal to the Court from the sentence imposed on the appellant, was of no force or effect by operation of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which 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.

L'avocat de l'appelant a fait valoir devant le juge Sharpe que, puisque la Cour provinciale (Division criminelle) n'était pas un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*, l'art. 99 de la *Loi sur les infractions provinciales*, qui confère le droit d'en appeler à la cour de la sentence imposée à l'appelant, était inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte:

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

After consideration of the submissions in support of the contention that the Provincial Court (Criminal Division) was not an independent tribunal, Sharpe J. took the position that he was disqualified by interest from determining the question of independence, and he declined jurisdiction in order that the question be determined by a superior court.

Après examen des arguments soumis à l'appui de la prétention que la Cour provinciale (Division criminelle) n'était pas un tribunal indépendant, le juge Sharpe s'est récusé, s'estimant partie intéressée pour ce qui était de statuer sur la question d'indépendance, et il a décliné compétence afin de laisser une cour supérieure trancher cette question.

Leave to appeal to the Ontario Court of Appeal was granted on the basis that Sharpe J.'s decision that he was disqualified from determining the question of jurisdiction was a judgment from which an appeal lay under s. 114 of the *Provincial Offences Act*. At the hearing of the appeal the Court of Appeal ruled that the appeal should proceed on the basis that Sharpe J. had in effect decided that as a matter of law the Provincial Court (Criminal Division) as an institution was not independent.

L'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été accordée pour le motif que la décision du juge Sharpe, qu'il ne pouvait statuer sur la question de compétence, constituait un jugement dont appel pouvait être interjeté en vertu de l'art. 114 de la *Loi sur les infractions provinciales*. À l'audition de l'appel, la Cour d'appel a décidé que l'appel devait être fondé sur le fait que le juge Sharpe avait en réalité décidé qu'aux yeux du droit la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'était pas indépendante.

The unanimous judgment of the five-member Court of Appeal (Howland C.J.O., MacKinnon A.C.J.O., Dubin, Martin and Weatherston JJ.A.),

L'arrêt unanime de la formation de cinq membres de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Howland, le juge en chef adjoint MacKinnon

reported at *R. v. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, was delivered by Howland C.J.O., who, after a comprehensive consideration of the issues, concluded at p. 444 as follows:

I have reached the conclusion that the concerns raised by the counsel for the respondent neither singly nor collectively would result in a reasonable apprehension that they would impair the ability of Judge Sharpe to make an independent and impartial adjudication. In my opinion, the provincial court in this province is as a matter of law an independent tribunal. Judge Sharpe sitting as a member of the court was independent, and as has been noted earlier, he was impartial. Therefore, the respondent appeared before an independent and impartial tribunal within the Charter.

Accordingly, the appeal is allowed. The purported judgment of Judge Sharpe that the provincial court (criminal division) as an institution is not an independent tribunal is set aside and the matter is remitted to Judge Sharpe to determine whether the sentence imposed was a fit and proper sentence.

On the appeal to this Court the constitutional question was framed as follows:

Is a judge of the Provincial Court (Criminal Division) of Ontario, appointed pursuant to the provisions of the *Provincial Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 398, an independent and impartial tribunal within the meaning of the *Constitution Act, 1982*?

Although the decision of Sharpe J. was treated as a judgment that the Provincial Court (Criminal Division) as an institution was not an independent tribunal and it was that judgment that was found by the Court of Appeal to be in error and was set aside, the Court of Appeal, as the conclusions in its reasons for judgment indicate, necessarily had to consider the independence of Sharpe J. The tribunal, for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*, was Sharpe J. sitting as the Provincial Court (Criminal Division) for the Judicial District of Halton. The independence of Sharpe J. for purposes of the issue in the appeal is to be determined with reference to the relevant statutory provisions and regulations that were in force at the time he declined jurisdiction on December 16, 1982. Subsequent changes in the law governing the Provincial Court (Criminal Division) and its judges are relevant to the question of the continuing inde-

et les juges Dubin, Martin et Weatherston), publié à *R. v. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, a été rendu par le juge en chef Howland qui, après un examen approfondi des points litigieux, conclut ceci à la p. 444:

[TRADUCTION] Je suis arrivé à la conclusion que les préoccupations des avocats de l'intimé, ni individuellement ni collectivement, ne permettent pas raisonnablement de craindre qu'il y ait atteinte à la capacité du juge Sharpe de statuer en toute indépendance et impartialité. À mon avis, la Cour provinciale de notre province est, aux yeux du droit, un tribunal indépendant. Le juge Sharpe, siégeant comme membre de la cour, était indépendant et, comme on l'a déjà dit, impartial. Donc l'intimé a comparu devant un tribunal indépendant et impartial au sens de la Charte.

En conséquence, l'appel est accueilli. Le prétendu jugement du juge Sharpe, portant que la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'est pas un tribunal indépendant, est annulé et l'affaire lui est renvoyée pour qu'il statue sur la régularité et l'à-propos de la peine infligée.

Dans le pourvoi devant cette Cour, la question constitutionnelle a été formulée ainsi:

Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario, nommé conformément aux dispositions de la *Loi sur les cours provinciales* L.R.O. 1980, chap. 398, constitue-t-il un tribunal indépendant et impartial au sens de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Bien que la décision du juge Sharpe ait été considérée comme un jugement portant que la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'était pas un tribunal indépendant et que ce soit ce jugement que la Cour d'appel a jugé erroné et a annulé, la Cour d'appel, comme l'indiquent les conclusions de ses motifs de jugement, devait nécessairement examiner si le juge Sharpe lui-même était indépendant. Le tribunal, pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*, était le juge Sharpe siégeant en Cour provinciale (Division criminelle) du district judiciaire de Halton. L'indépendance du juge Sharpe pour les fins du pourvoi doit être établie en fonction des dispositions législatives et réglementaires pertinentes en vigueur au moment où il a décliné compétence, le 16 décembre 1982. Les changements subséquents apportés au droit régissant la Cour provinciale (Division criminelle) et ses juges sont pertinents en ce qui

pendence of the tribunal to which the matter must be remitted for determination of this Court agrees with the Court of Appeal that Sharpe J. sitting as the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal when he declined jurisdiction.

II

The first question in the appeal is whether the Court of Appeal adopted the proper test for determining whether a tribunal is independent within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*. The test applied was the one for reasonable apprehension of bias, adapted to the requirement of independence. Noting that in *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129, a case involving a question of bias, the Ontario Court of Appeal has adopted the test for reasonable apprehension of bias expressed by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, Howland C.J.O. held that this was the proper test to be applied in determining whether a tribunal is an independent tribunal.

The test for reasonable apprehension of bias was put by de Grandpré J. at p. 394 as follows:

> ... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — concluded ...."

As adapted to the requirement of an independent tribunal and to the issues in the appeal the test was stated by Howland C.J.O., at pp. 439-40 as follows:

> The question that now has to be determined is whether a reasonable person, who was informed of the relevant statutory provisions, their historical background and the traditions surrounding them, after viewing the matter realistically and practically would conclude that a provincial court judge sitting as Judge Sharpe was to hear the appeal in this case was a tribunal which could make an independent and impartial adjudication. In answering

concerne la question de l'indépendance permanente du tribunal auquel l'affaire doit être renvoyée si cette Cour est d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge Sharpe, siégeant en Cour provinciale (Division criminelle), constituait un tribunal indépendant lorsqu'il a décliné compétence.

II

La première question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a adopté le bon critère pour déterminer si un tribunal est indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le critère appliqué a été celui de la crainte raisonnable de partialité, adapté à l'exigence d'indépendance. Faisant remarquer que dans l'affaire *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129, où il était question de partialité, la Cour d'appel d'Ontario a adopté le critère de la crainte raisonnable de partialité formulé par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, le juge en chef Howland de l'Ontario a jugé que c'était là le critère qu'il fallait appliquer pour décider si un tribunal est un tribunal indépendant.

Le critère de la crainte raisonnable de partialité est énoncé ainsi par le juge de Grandpré, à la p. 394:

> ... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique...»

L'adaptant à l'exigence d'un tribunal indépendant et aux questions en litige dans cet appel, le juge en chef Howland énonce ainsi le critère aux pp. 439 et 440:

> [TRADUCTION] La question qui doit maintenant être tranchée est de savoir si une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, conclurait qu'un juge de cour provinciale, chargé comme le juge Sharpe d'instruire l'appel en l'espèce, était un tribunal en mesure de statuer en toute indépendance et

this question it is necessary to review once again the specific concerns which were raised before Judge Sharpe and then conclude whether singly or collectively they would raise a reasonable apprehension that the tribunal was not independent and impartial so far as its adjudication was concerned.

In his reasons for judgment, Howland C.J.O. generally referred, as does the constitutional question, to the double requirement of an "independent and impartial tribunal". He made it clear, however, at one point in his reasons that there was no question of Sharpe J.'s impartiality, and that the sole issue was whether he, as a judge of the Provincial Court (Criminal Division), was an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*. On this point he said at p. 423:

> It will be noted that both the Charter and the *Bill of Rights* refer to an "independent and impartial tribunal". In this appeal the Court is only concerned with the independence of the tribunal and not with its impartiality or freedom from bias except in so far as it affects that independence. There was no suggestion that Judge Sharpe was in any way biased, and therefore not impartial. A judge may be impartial in the sense that he has no preconceived ideas or bias, actual or perceived, without necessarily being independent.

The issue is whether the test applied by the Court of Appeal, clearly appropriate, because of its derivation, to the requirement of impartiality, is an appropriate and sufficient test for the requirement of independence. Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" as Howland C.J.O. noted, connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(*d*) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

impartialité. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner une fois de plus les préoccupations spécifiques exprimées devant le juge Sharpe, puis de décider si, prises individuellement ou collectivement, elles soulèvent une crainte raisonnable que le tribunal n'ait pas été indépendant et impartial pour rendre jugement.

Dans ses motifs de jugement, le juge en chef Howland mentionne, comme le fait la question constitutionnelle, la double exigence d'un «tribunal indépendant et impartial». Cependant, il dit clairement, en un point de ses motifs, que l'impartialité du juge Sharpe n'est pas en cause et que la seule question qui se pose est de savoir si, en tant que juge de la Cour provinciale (Division criminelle), il constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Sur ce point, il affirme à la p. 423:

> [TRADUCTION] On notera que la *Charte*, tout comme la *Déclaration des droits*, parle d'un «tribunal indépendant et impartial». Dans le présent appel, la cour n'a à se préoccuper que de l'indépendance du tribunal et non de son impartialité, ou du fait qu'il soit exempt de toute partialité dans la mesure où cela influe sur cette indépendance. On n'a pas prétendu que le juge Sharpe avait un préjugé quelconque et qu'il n'était donc pas impartial. Un juge peut être impartial, en ce sens qu'il n'a aucun préjugé ou idée préconçue, réels ou apparents, sans nécessairement être indépendant.

Il s'agit de savoir si le critère appliqué par la Cour d'appel, qui de par son origine convenait à l'exigence d'impartialité, constitue un critère suffisant et approprié en ce qui concerne l'exigence d'indépendance. Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial», comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant», à l'al. 11*d*), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

Fawcett, in *The Application of the European Convention on Human Rights* (1969), p. 156, commenting on the requirement of an "independent and impartial tribunal established by law" in article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, puts the distinction between independence and impartiality as follows:

> The often fine distinction between independence and impartiality turns mainly, it seems, on that between the status of the tribunal determinable largely by objective tests and the subjective attitudes of its members, lay or legal. Independence is primarily freedom from control by, or subordination to, the executive power in the State; impartiality is rather absence in the members of the tribunal of personal interest in the issues to be determined by it, or some form of prejudice.

The scope of the necessary status or relationship of independence has been variously defined. For example, Shetreet, in *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), emphasizes in the following passage at pp. 17-18 the importance of freedom from the influence of certain powerful non-governmental interests:

> Independence of the judiciary has normally been thought of as freedom from interference by the Executive or Legislature in the exercise of the judicial function. This, for example, was the conception expressed by the International Congress of Jurists at New Delhi in 1959 (*The Rule of Law in a Free Society*, 11 (Report of the International Congress of Jurists, New Delhi, 1959, prepared by N. S. Marsh)) and arises from the fact that historically the independence of the judiciary was endangered by parliaments and monarchs. In modern times, with the steady growth of the corporate giants, it is of utmost importance that the independence of the judiciary from business or corporate interests should also be secured (*Accord* G. Borrie, *Judicial Conflicts of Interest in Britain*, 18 Am. J. Comp. L. 697 (1970)). In short, independence of the judiciary implies not only that a judge should be free from governmental and political pressure and political entanglements but also that he should be removed from financial or business entanglements likely to affect, or rather to seem to affect, him in the exercise of his judicial functions.

À la page 156 de son ouvrage intitulé *The Application of the European Convention on Human Rights* (1969), Fawcett parle de l'exigence d'un «tribunal indépendant et impartial, établi par la loi» que l'on trouve à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et fait la distinction suivante entre l'indépendance et l'impartialité:

> [TRADUCTION] La distinction souvent ténue entre l'indépendance et l'impartialité tient principalement, semble-t-il, à celle entre le statut du tribunal, qui peut être déterminé en grande partie en fonction de critères objectifs, et les attitudes subjectives de ses membres, juristes ou non. L'indépendance consiste avant tout à échapper au contrôle du pouvoir exécutif de l'État, ou à une subordination à celui-ci; l'impartialité, c'est plutôt l'absence chez les membres du tribunal d'intérêts personnels dans les questions sur lesquelles il doit statuer ou d'une forme quelconque de préjugé.

L'étendue du statut ou de la relation d'indépendance nécessaires a été définie de diverses manières. Par exemple, dans *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), Shetreet souligne dans le passage suivant, aux pp. 17 et 18, l'importance d'être à l'abri de l'influence de certains intérêts puissants non gouvernementaux:

> [TRADUCTION] L'indépendance du pouvoir judiciaire est normalement conçue comme le fait d'être à l'abri de toute intervention du pouvoir exécutif ou du corps législatif dans l'exercice des fonctions judiciaires. C'était là par exemple la conception du Congrès international de juristes qui s'est tenu à New Delhi, en 1959 (*Le principe de la légalité dans une société libre*, 11 (Rapport des travaux du Congrès international de juristes tenu à New Delhi, 1959, rédigé par N. S. Marsh)); elle découle du fait qu'historiquement l'indépendance du pouvoir judiciaire était menacée par les parlements et les monarques. De nos jours, avec la croissance incessante de sociétés géantes, il est de la plus grande importance d'assurer aussi l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des intérêts d'entreprises ou de sociétés (*Accord* G. Borrie, *Judicial Conflicts of Interest in Britain*, 18 Am. J. Comp. L. 697 (1970)). En bref, l'indépendance du pouvoir judiciaire implique non seulement qu'un juge doit être à l'abri des pressions gouvernementales et politiques et des démêlés politiques, mais qu'il doit aussi être tenu à l'écart des démêlés financiers ou d'affaires susceptibles d'influer, ou plutôt de sembler influer, sur lui dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

The scope of the status or relationship of judicial independence was defined in a very comprehensive manner by Sir Guy Green, Chief Justice of the State of Tasmania, in "The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence," (1985), 59 *A.L.J.* 135, at p. 135 as follows:

> I thus define judicial independence as the capacity of the courts to perform their constitutional function free from actual or apparent interference by, and to the extend that it is constitutionally possible, free from actual or apparent dependence upon, any persons or institutions, including, in particular, the executive arm of government, over which they do not exercise direct control.

The focus in the appeal, as indicated by the nature of the various objections to the status of provincial court judges, is on the relationship of the judges and the Provincial Court (Criminal Division) to the executive government of Ontario, and in particular to the Ministry of the Attorney General.

It is generally agreed that judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge, as reflected in such matters as security of tenure, and the institutional independence of the court or tribunal over which he or she presides, as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government. See Lederman, "The Independence of the Judiciary" in *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), p. 7; and Deschênes, *Masters in their own house* (1981), *passim*, where the notion of institutional independence is referred to as "collective" independence. The objections in the present case to the status of provincial court judges under the legislation and regulations that prevailed at the time Sharpe J. declined jurisdiction raise issues of both individual and institutional independence. The relationship between these two aspects of judicial independence is that an individual judge may enjoy the essential conditions of judicial independence but if the court or tribunal over which he or she presides is not independent of the other branches of government, in what is essential to its function, he or she cannot be said to be an independent tribunal.

L'étendue du statut ou de la relation d'indépendance judiciaire a été définie de façon très exhaustive par sir Guy Green, juge en chef de l'État de Tasmanie, dans son article intitulé «The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence» (1985), 59 *A.L.J.* 135, à la p. 135:

> [TRADUCTION] Je définis donc l'indépendance judiciaire comme la capacité des tribunaux d'exercer leurs fonctions constitutionnelles à l'abri de toute intervention réelle ou apparente de la part de toutes personnes ou institutions sur lesquelles ils n'exercent pas un contrôle direct, y compris, notamment, l'organe exécutif du gouvernement, et dans la mesure où cela est constitutionnellement possible en étant exempts de toute dépendance réelle ou apparente vis-à-vis de celles-ci.

On s'est concentré dans ce pourvoi, comme l'indique la nature des diverses objections portant sur le statut des juges de cour provinciale, sur le rapport qu'il y a entre, d'une part, les juges et la Cour provinciale (Division criminelle) et, d'autre part, le pouvoir exécutif ontarien, et en particulier le ministère du Procureur général.

On admet généralement que l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle de la cour ou du tribunal qu'il préside, qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement. Voir Lederman, «The Independence of the Judiciary» dans *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), p. 7, et Deschênes, *Maîtres chez eux* (1981), *passim*, où la notion d'indépendance institutionnelle est appelée indépendance «collective». Les objections en l'espèce concernant le statut que possédaient les juges de cour provinciale, en vertu de la législation et de la réglementation qui prévalaient à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, soulèvent des questions d'indépendance tant individuelle qu'institutionnelle. Le rapport entre ces deux aspects de l'indépendance judiciaire est qu'un juge, pris individuellement, peut jouir des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire, mais si la cour ou le tribunal qu'il préside n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction, on ne peut pas dire qu'il constitue un tribunal indépendant.

In his reasons for judgment Howland C.J.O. referred in various ways to the independence required by s. 11(*d*) of the *Charter*. In some expressions of the issue he suggested that the question was whether the objections to the status of a provincial court judge gave rise to a reasonable apprehension that the tribunal would not act in an independent manner in the particular adjudication. This is suggested by the words "it could not be reasonably apprehended that the tribunal would not be independent and impartial in its adjudication". This view of the issue would give the word "independent" essentially the same kind of meaning and effect as the word "impartial", as referring to the state of mind or attitude of the tribunal in the actual exercise of its judicial function. In other expressions of the issue, however, Howland C.J.O. referred to the question as being whether the various objections to the status of a provincial court judge gave rise to a reasonable apprehension that the tribunal lacked the capacity to adjudicate in an independent manner. This is suggested by the words "a tribunal which could make an independent and impartial adjudication" in the statement of the test for independence which has been quoted above and by the words "a reasonable apprehension that they would impair the ability of Judge Sharpe to make an independent and impartial adjudication". This I take to be more clearly a reference to the objective status or relationship of judicial independence, which in my opinion is the primary meaning to be given to the word "independent" in s. 11(*d*). Of course, the concern is ultimately with how a tribunal will actually act in a particular adjudication, and a tribunal that does not act in an independent manner cannot be held to be independent within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*, regardless of its objective status. But a tribunal which lacks the objective status or relationship of independence cannot be held to be independent within the meaning of s. 11(*d*), regardless of how it may appear to have acted in the particular adjudication. It is the objective status or relationship of judicial independence that is to provide the assurance that the tribunal has the capacity to act in an independent manner and will in fact act in such a manner. It is, therefore, necessary to consider what should be

Dans ses motifs de jugement, le juge en chef Howland s'est référé de diverses manières à l'indépendance requise par l'al. 11*d*) de la *Charte*. Dans certaines formulations de la question en litige, il laisse entendre qu'il s'agit de déterminer si les objections au statut d'un juge de cour provinciale laissent raisonnablement craindre que le tribunal n'agira pas d'une manière indépendante dans une espèce particulière. C'est ce que donne à entendre la phrase [TRADUCTION] «on ne pouvait raisonnablement craindre que le tribunal ne serait pas indépendant et impartial pour rendre jugement». Cette conception de la question litigieuse a pour effet de donner au terme «indépendant» essentiellement les mêmes sens et effet que ceux du terme «impartial», comme désignant l'état d'esprit ou l'attitude du tribunal lorsqu'il exerce concrètement ses fonctions judiciaires. Dans d'autres formulations de la question litigieuse cependant, le juge en chef Howland parle de la question comme étant de savoir si les diverses objections au statut de juge de cour provinciale faisaient naître une crainte raisonnable que le tribunal n'ait pas la capacité de statuer d'une manière indépendante. C'est ce que laisse entendre l'expression «un tribunal en mesure de statuer en toute indépendance et impartialité» dans son exposé du critère d'indépendance que j'ai déjà cité, ainsi que la phrase «ne permettent pas raisonnablement de craindre qu'il y ait atteinte à la capacité du juge Sharpe de statuer en toute indépendance et impartialité». Je pense que c'est là plus précisément une référence au statut objectif ou à la relation d'indépendance judiciaire, qui, à mon avis, est le premier sens qu'il faut donner au terme «indépendant» de l'al. 11*d*). Naturellement, on se préoccupe finalement de la manière dont un tribunal agira concrètement dans une espèce particulière, et un tribunal qui n'agit pas en toute indépendance ne saurait être considéré comme indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*, quel que soit son statut objectif. Mais un tribunal dépourvu du statut objectif ou de la relation d'indépendance ne peut être considéré comme indépendant aux termes de l'al. 11*d*), quelle que soit la manière dont il paraît avoir agi dans une espèce particulière. C'est le statut objectif ou la relation d'indépendance judiciaire qui doit fournir l'assurance que le tribunal peut agir d'une manière

regarded, with reference to the various objections to the status of provincial court judges, as the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*). Before doing that, however, it is necessary to consider the requirement in the test applied by the Court of Appeal that the status or relationship of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) be one which a reasonable, well informed person would perceive as sufficient.

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

This view of the test for independence is somewhat different from, but not in my opinion necessarily in conflict with, that suggested by the majority of this Court in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, which was relied on to some extent by Howland C.J.O. in his reasons for judgment. In that case the relevant issue, for purposes of this appeal, was whether a Standing Court Martial trying a member of the armed forces for an offence under the criminal law and composed of

indépendante et qu'il agira effectivement de cette manière. Il est donc nécessaire de rechercher ce qui doit être considéré, en rapport avec les diverses objections au statut des juges de cour provinciale, comme les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire aux fins de l'al. 11*d*). Avant de ce faire cependant, il est nécessaire d'examiner l'exigence du critère appliqué par la Cour d'appel, portant que le statut ou le rapport d'indépendance judiciaire aux fins de l'al. 11*d*) doit en être un qu'une personne raisonnable et bien informée percevrait comme suffisant.

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

Cette conception du critère de l'indépendance diffère quelque peu, quoique à mon avis elle ne soit pas nécessairement incompatible avec elle, de celle proposée par cette Cour à la majorité, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, sur laquelle s'est appuyé, dans une certaine mesure, le juge en chef Howland dans ses motifs de jugement. Dans cette affaire, la question qui nous intéresse aux fins du présent pourvoi était de savoir si une cour martiale permanente, jugeant un membre des

an officer of the armed forces in the Judge Advocate General's branch was an independent tribunal within the meaning of s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*, which provides:

> 2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to
>
> . . .
>
> (*f*) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; . . .

The majority held that the fact the president of the Standing Court Martial was an officer of the armed forces did not prevent the tribunal from being an independent tribunal within the meaning of s. 2(*f*). In the reasons for judgment of Ritchie J., with whom Martland, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ. concurred, there is a suggestion that the issue of independence was viewed as being whether the tribunal had in fact acted in an idependent manner. Ritchie J. referred to the evidence and said at p. 395:

> There is no evidence whatever in the record of the trial to suggest that the president acted in anything but an independent and impartial manner or that he was otherwise unfitted for the task to which he was appointed.
>
> . . .
>
> I can find no support in the evidence for the contention that the appointment of the president of the Court resulted or was calculated to result in the appellant being deprived of a trial before an independent and impartial tribunal.

While the emphasis in these observations would appear to be on how the tribunal acted, it is my impression that both Ritchie J. and McIntyre J., who wrote separate reasons concurring in the result, and with whom Dickson J. (as he then was) concurred, both looked at the status or relationship

forces armées pour une infraction de droit criminel et composée d'un officier des forces armées relevant de la Direction du juge-avocat général, constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui porte:

> 2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme
>
> . . .
>
> *f*) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable . . .

La Cour à la majorité a jugé que même si le président de la Cour martiale permanente était un officier des forces armées, cela n'empêchait pas ce tribunal d'être un tribunal indépendant au sens de l'al. 2*f*). Dans les motifs de jugement du juge Ritchie, auxquels ont souscrit les juges Martland, Pigeon, Beetz et Chouinard, on laisse entendre que la question de l'indépendance a été considérée comme s'il s'était agi de savoir si le tribunal avait en fait agi d'une manière indépendante. Le juge Ritchie se référant à la preuve affirme, à la p. 395:

> Absolument rien au dossier du procès ne laisse entendre que le président ait agi autrement que d'une façon indépendante et non préjugée ou qu'il ait par ailleurs été inapte à s'acquitter de la tâche qu'on lui avait confiée.
>
> . . .
>
> Je ne trouve rien dans la preuve qui fonde la prétention que la nomination du président de la cour pour le procès a eu pour résultat de priver l'appelant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé ou qu'elle visait ce résultat.

Si l'on paraît insister dans ces observations sur la manière dont le tribunal a agi, j'ai l'impression que le juge Ritchie et le juge McIntyre, qui a écrit des motifs distincts concordants quant au résultat, auxquels le juge Dickson (maintenant juge en chef) a souscrit, ont tous deux examiné le statut ou

to the armed forces of the president of the Standing Court Martial Appeal as an objective matter to be considered in determining whether the tribunal could be regarded as independent. Both emphasized the long-established tradition of a separate system of military law applied by tribunals presided over by military officers. Both also emphasized the status of the Court Martial Appeal Court and its independence of the armed forces as ensuring that the person charged would be presumed innocent until proved guilty by an independent tribunal. I am, therefore, of the respectful opinion that the reasoning of this Court in *MacKay* does not preclude the view that the word "independent" in s. 11(*d*) of the *Charter* is to be understood as referring to the status or relationship of judicial independence as well as to the state of mind or attitude of the tribunal in the actual exercise of its judicial function.

III

What should be considered as the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*—that is, those which may be reasonably perceived as such—is a difficult question. The concept of judicial independence has been an evolving one. See Shetreet, *op. cit.*, pp. 383-84. The history of judicial independence in Great Britain and Canada is analyzed by Professor Lederman in his classic and frequently cited essay on the subject, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 769-809 and 1139-1179. The reasons of Howland C.J.O. in the case at bar contain a succinct and helpful review of the main features of the development of judicial independence in England and Canada, with particular reference to the status of provincial magistrates and courts. Modern views on the subject of judicial independence are reflected in the Deschênes report to which reference has been made, and in the recent report of the Canadian Bar Association's Committee on *The Independence of the Judiciary in Canada*. There have also been a number of international declarations of principle on judicial independence, of which the Universal Declaration on the Independence of Justice produced by the First World Conference on the Independence of Justice held in Montreal in June,

la relation entre les forces armées et le président de la Cour martiale permanente, à titre de question objective dont il fallait tenir compte pour décider si le tribunal pouvait être considéré comme indépendant. Tous deux ont insisté sur la tradition fort ancienne d'un système distinct de justice militaire administré par des tribunaux présidés par des militaires. Tous deux ont aussi souligné que le statut du Tribunal d'appel des cours martiales et son indépendance des forces armées assuraient que l'inculpé serait présumé innocent, jusqu'à preuve du contraire, par un tribunal indépendant. Avec égards, je suis donc d'avis que le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *MacKay* n'exclut pas l'opinion que le terme «indépendant» de l'al. 11*d*) de la *Charte* doit être interprété comme visant le statut ou la relation d'indépendance judiciaire, autant que l'état d'esprit ou l'attitude du tribunal dans l'exercice concret de ses fonctions judiciaires.

III

Que doit-on considérer comme conditions essentielles de l'indépendance judiciaire aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*, c.-à-d. celles qu'on peut raisonnablement percevoir comme telles? C'est là une question difficile. La notion d'indépendance judiciaire a évolué. Voir Shetreet, précité, aux pp. 383 et 384. L'histoire de l'indépendance judiciaire en Grande-Bretagne et au Canada est analysée par le professeur Lederman dans un essai classique fréquemment cité sur le sujet: «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 769 à 809 et 1139 à 1179. Les motifs du juge en chef Howland en l'espèce comportent une étude succincte et utile des principales caractéristiques de l'évolution de l'indépendance judiciaire en Angleterre et au Canada, où l'on mentionne de façon particulière le statut des magistrats et tribunaux provinciaux. Les points de vue contemporains sur l'indépendance judiciaire se reflètent dans le rapport Deschênes, déjà mentionné, et dans le rapport récent du Comité de l'Association du Barreau canadien sur *L'Indépendance de la magistrature au Canada*. Il y a aussi eu un bon nombre de déclarations internationales de principe sur l'indépendance judiciaire, dont la plus importante est peut-être la Déclaration universelle sur l'indépendance de la Justice de la Première conférence

1983 is perhaps the most important. The recently published collection of papers and addresses, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), edited by Shetreet and Deschênes, reflects the most up-to-date thinking on the subject. The concluding paper by Shetreet, entitled "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", provides a valuable overview of the conceptual development in this area.

Conceptions have changed over the years as to what ideally may be required in the way of substance and procedure for securing judicial independence in as ample a measure as possible. Opinions differ on what is necessary or desirable, or feasible. This is particularly true, for example, of the degree of administrative independence or autonomy it is thought the courts should have. It is also true of the extent to which certain extra-judicial activity of judges may be perceived as impairing the reality or perception of judicial independence. There is renewed concern about the procedure and criteria for the appointment of judges as that may bear on the perception of judicial independence. Professional and lay concern about judicial independence has increased with the new power and responsibility given to the courts by the *Charter*. Reports and speeches on the subject of judicial independence in recent years have urged the general adoption of the highest standards or safeguards, not only with respect to the traditional elements of judicial independence, but also with respect to other aspects now seen as having an important bearing on the reality and perception of judicial independence. These efforts, particularly by the legal profession and the judiciary, to strengthen the conditions of judicial independence in Canada may be expected to continue as a movement towards the ideal. It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(*d*) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals. The legislative and constitutional provisions in Canada governing matters which bear on the judicial independence of tribunals trying persons charged with an offence exhibit a great range and variety. The essential conditions of judicial in-

mondiale sur l'indépendance de la justice tenue à Montréal en 1983. Le recueil d'articles et d'allocutions récemment publié, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), sous la direction de Shetreet et Deschênes, traduit la pensée la plus récente sur ce sujet. Servant de conclusion, l'article de Shetreet, intitulé «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges», présente une vue d'ensemble précieuse de l'évolution des idées dans ce domaine.

Les idées ont évolué au cours des années sur ce qui idéalement peut être requis, sur le plan du fond comme sur celui de la procédure, pour assurer une indépendance judiciaire aussi grande que possible. Les opinions diffèrent sur ce qui est nécessaire ou souhaitable, ou encore réalisable. Cela est particulièrement vrai, par exemple, en ce qui concerne le degré d'indépendance ou d'autonomie que les tribunaux, pense-t-on devraient avoir sur le plan administratif. Cela est vrai aussi de la mesure dans laquelle certaines activités extrajudiciaires des juges peuvent être perçues comme portant atteinte à la réalité ou à la perception de l'indépendance judiciaire. Il y a un regain d'intérêt pour la procédure et les critères de nomination des juges, car ils peuvent avoir un effet sur la perception de l'indépendance judiciaire. Les préoccupations des juristes et des profanes concernant l'indépendance judiciaire se sont accrues avec les nouvelles attributions et responsabilités que la *Charte* a conférées aux tribunaux. Dans des rapports et des discours sur l'indépendance judiciaire, on a réclamé, ces dernières années, l'adoption généralisée des plus hautes normes ou garanties, non seulement à l'égard des éléments traditionnels de l'indépendance judiciaire, mais aussi à l'égard des autres aspects considérés aujourd'hui comme ayant un effet important sur la réalité et la perception de l'indépendance judiciaire. On peut s'attendre que ces efforts, déployés particulièrement par les milieux juridique et judiciaire en vue d'affermir les conditions de l'indépendance judiciaire au Canada, vont continuer à viser l'idéal. Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11*d*) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dis-

dependence for purposes of s. 11(*d*) must bear some reasonable relationship to that variety. Moreover, it is the essence of the security afforded by the essential conditions of judicial independence that is appropriate for application under s. 11(*d*) and not any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed.

Counsel for the Provincial Court Judges Association submitted that there should be a uniform standard of judicial independence under s. 11(*d*) and that it should be essentially the one embodied by ss. 99 and 100 of the *Constitution Act, 1867*, which provide:

99. (1) Subject to subsection two of this section, the Judges of the Superior Courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on Address of the Senate and House of Commons.

(2) A Judge of a Superior Court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

100. The Salaries, Allowances, and Pensions of the Judges of the Superior, District, and County Courts (except the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick), and of the Admiralty Courts in Cases where the Judges thereof are for the Time being paid by Salary, shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.

These provisions are generally regarded as representing the highest degree of constitutional guarantee of security of tenure and security of salary and pension. They find their historical inspiration in the provisions of the *Act of Settlement* of 1701 [12 & 13 Will. 3, c. 2], which provided that judges should hold office during good behaviour, subject to removal on an address of both Houses of Parliament, and that their salaries should be "ascertained and established". Provincial court judges contend that they should have the same constitutional guarantees of security of tenure and security

positions législatives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l'indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d'une infraction sont fort diverses et variées. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11*d*), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11*d*), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer.

Les avocats de l'Association des juges des cours provinciales ont fait valoir qu'il devrait y avoir une norme uniforme d'indépendance judiciaire en vertu de l'al. 11*d*) et que ce devrait essentiellement être celle que l'on trouve aux art. 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui portent:

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonctions à titre inamovible, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

(2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera de détenir sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à la date d'entrée en vigueur du présent article si, à cette date, il a déjà atteint cet âge.

100. Les traitements, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque ces juges reçoivent actuellement un traitement, seront fixés et assurés par le Parlement du Canada.

Ces dispositions sont généralement considérées comme représentant le plus haut degré de garantie constitutionnelle d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension. Elles s'inspirent historiquement des dispositions de l'*Acte d'établissement* de 1701 [12 & 13 Will. 3, chap. 2], qui prévoyait que les juges occuperaient leur charge durant bonne conduite, sous réserve de révocation par une adresse des deux chambres du Parlement, et que leur salaire serait [TRADUCTION] «fixé et établi». Les juges de cour provinciale soutiennent qu'ils devraient jouir des mêmes garanties constitution-

of salary and pension as superior court judges. Whatever may be the merits of this contention from the point of view of legislative or constitutional policy, I do not think that it can be given effect to in the construction and application of s. 11(*d*). To do so would be, in effect, to amend the judicature provisions of the Constitution. The standard of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) cannot be a standard of uniform provisions. It must necessarily be a standard that reflects what is common to, or at the heart of, the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada.

IV

It is necessary then to consider the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*, as they relate to the various objections to the status of provincial court judges raised before Sharpe J. Certain of these objections touch on the question of security of tenure. Security of tenure, because of the importance that has traditionally been attached to it, must be regarded as the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*.

The provisions in Ontario governing the security of tenure of provincial court judges up to the age of retirement at the time Sharpe J. declined jurisdiction were contained in s. 4 of the *Provincial Courts Act*. Section 4 provided that a provincial court judge could be removed from office only "for misbehaviour or for inability to perform his duties properly" and only after an inquiry by a superior court judge at which the Provincial Court judge affected had been given a full opportunity to be heard. The report of the inquiry had to be laid before the Legislative Assembly, but the Lieutenant Governor in Council was not bound to act in accordance with its findings or recommendations. Under the provision for removal before retirement which now applies to provincial court judges—s. 56(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*, 1984 (Ont.), c. 11, which came into force on January 1, 1985—a judge may be removed from office before

nelles d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension que les juges des cours supérieures. Quel que soit le bien-fondé de cet argument du point de vue de la politique législative ou constitutionnelle, je ne pense pas qu'il puisse s'appliquer quand il s'agit d'interpréter et d'appliquer l'al. 11*d*). Ce faire reviendrait en fait à modifier les dispositions de la Constitution relatives à la magistrature. La norme de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11*d*), ne peut être l'uniformité des dispositions. Ce doit nécessairement être une norme qui reflète ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada ou ce qui est au centre de ces conceptions.

IV

Il est donc nécessaire d'examiner les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*, étant donné le rapport qu'elles ont avec les diverses objections au statut des juges de cour provinciale soulevées devant le juge Sharpe. Certaines de ces objections touchent à la question de l'inamovibilité. L'inamovibilité, de par l'importance qui y a été attachée traditionnellement, doit être considérée comme la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Les dispositions ontariennes régissant l'inamovibilité des juges de cour provinciale jusqu'à l'âge de la retraite, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, se trouvaient à l'art. 4 de la *Loi sur les cours provinciales*. L'article 4 portait qu'un juge de cour provinciale ne pouvait être démis de ses fonctions que [TRADUCTION] «pour mauvaise conduite ou pour incapacité d'exercer convenablement ses fonctions», et ce, uniquement après la tenue d'une enquête par un juge de cour supérieure, au cours de laquelle le juge de cour provinciale en cause avait eu pleinement l'occasion de se faire entendre. Le rapport de l'enquête devait être déposé à l'Assemblée législative, mais le lieutenant-gouverneur en conseil n'était pas obligé de se conformer à ses conclusions ou recommandations. En vertu de la disposition de révocation avant retraite qui s'applique aujourd'hui aux juges de cour provinciale—le par. 56(1) de la *Loi de 1984*

the age of retirement only if a complaint has been made to the Judicial Council for Provincial Judges and if the removal is recommended by a judicial inquiry on the ground that the judge has become incapacitated or disabled from the due execution of the office by reason of infirmity, by conduct that is incompatible with the execution of the office, or by having failed to perform the duties of the office. The judge may be removed by the Lieutenant Governor in Council only on an address of the Legislative Assembly.

There are, of course, a variety of ways in which the essentials of security of tenure may be provided by constitutional or legislative provision. As I have indicated, superior court judges in Canada enjoy what is generally regarded as the highest degree of security of tenure in the constitutional guarantee of s. 99 of the *Constitution Act, 1867* that they shall hold office during good behaviour until the age of seventy-five, subject to removal by the Governor General on address of the Senate and House of Commons. The judges of this Court, the Federal Court of Canada and the Tax Court of Canada also enjoy, under their respective governing statutes, a tenure during good behaviour until a specified age of retirement, subject to removal only on address of the Senate and House of Commons. The judges of the county courts hold office during good behaviour but are removable by the Governor in Council, on the recommendation of the Minister of Justice, following an inquiry or investigation and report by the Canadian Judicial Council, pursuant to ss. 40 and 41 of the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1. Under these sections, which provide for an inquiry or investigation by the Council into the conduct or capacity of a judge of a superior, district or county court or of the Tax Court of Canada, the Council is empowered to recommend the removal of a judge. The grounds on which it may do so, as set out in s. 41, are that the judge has become incapacitated or disabled from the due execution of office by age or infirmity, by having been guilty of misconduct, by having failed in the due execution of office, or by having been placed by misconduct or otherwise in a position incompatible with the due execution of office.

sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11, entré en vigueur le 1er janvier 1985—un juge ne peut se voir démis de ses fonctions avant l'âge de la retraite que par suite d'une plainte portée au Conseil de la magistrature des juges provinciaux et que si la révocation est recommandée, après enquête judiciaire, pour le motif que le juge est devenu incapable de remplir dûment ses fonctions pour cause d'infirmité ou de conduite incompatible avec sa charge, ou parce qu'il n'a pas rempli les devoirs de sa charge. Le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut démettre le juge de ses fonctions que sur adresse de l'Assemblée législative.

Il existe bien entendu diverses façons de prévoir les conditions essentielles de l'inamovibilité par une disposition constitutionnelle ou législative. Comme je l'ai indiqué, les juges de cour supérieure au Canada jouissent de ce qui est généralement considéré comme le plus haut degré d'inamovibilité qu'offre la garantie constitutionnelle de l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*: ils occupent leur charge à titre inamovible jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans à moins d'être révoqués par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. En vertu des lois qui les régissent respectivement, les juges de cette Cour, ceux de la Cour fédérale du Canada et ceux de la Cour canadienne de l'impôt occupent également leur charge à titre inamovible jusqu'à un âge précis de mise à la retraite, à moins seulement d'être révoqués sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. Les juges des cours de comté occupent leur charge à titre inamovible, mais peuvent être démis de leurs fonctions par le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre de la Justice, après enquête et rapport du Conseil canadien de la magistrature, conformément aux art. 40 et 41 de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, chap. J-1. En vertu de ces articles qui prévoient la tenue d'une enquête sur la conduite ou la capacité d'un juge d'une cour supérieure, d'une cour de district, d'une cour de comté ou de la Cour canadienne de l'impôt, le Conseil peut recommander la révocation d'un juge. Les motifs pour lesquels il peut le faire, énoncés à l'art. 41, sont que le juge est frappé d'une incapacité ou d'une invalidité qui l'empêche de remplir utilement ses fonctions et est due à l'âge ou à une infirmité, au fait qu'il s'est

office. The judge must be given an opportunity to be heard, in person or by counsel, and to cross-examine witnesses and adduce evidence. Where a judge may be removed by the Governor in Council following a report of the Council, as in the case of a county court judge, the Governor in Council is not bound by the report. The security of tenure provided for provincial court judges in Canada is, generally speaking, that they may be removed by the executive government before the age of retirement only for misbehaviour or disability following a judicial inquiry. There is considerable variation in the relevant provisions of the provincial legislation. In some cases it is expressly provided that they shall hold office during good behaviour; in others, the specific grounds for removal are spelled out and may, as I have indicated, be generally summarized as misbehaviour or misconduct rendering the judge unfit for office or incapacity by reason of infirmity. The essence of these provisions is that a provincial judge may be removed before the age of retirement only for cause. There is also provision for a judicial inquiry into whether there is cause at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. In some cases the executive government is bound by the report of the inquiry; in most cases the government is not bound by it.

The Deschênes report recommended that all judges should enjoy a tenure expressly defined as being "during good behaviour" and that they should be removable only upon an address of the legislature. Alternatively, the report recommended that if the power of removal by the executive without an address of the legislature were retained, the executive should be bound by the report of the judicial inquiry. The report of the Canadian Bar Association Committee on judicial independence recommended that "All judges of Canadian Courts be guaranteed tenure during good behaviour". There is also an implication at p. 16 of the report that the committee was of the view that a

rendu coupable de mauvaise conduite, au fait qu'il n'a pas rempli utilement ses fonctions ou à celui que, par sa conduite ou pour toute autre raison, il s'est mis dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions. Le juge doit avoir la possibilité de se faire entendre, personnellement ou par avocat, et de contre-interroger des témoins et de produire une preuve. Lorsqu'un juge ne peut être révoqué que par le gouverneur en conseil après rapport du Conseil canadien de la magistrature, le gouverneur en conseil n'est pas lié par le rapport. L'inamovibilité prévue pour les juges de cour provinciale au Canada consiste, en général, dans le fait qu'ils ne peuvent être révoqués par le pouvoir exécutif avant l'âge de la retraite que pour mauvaise conduite ou invalidité, après enquête judiciaire. Les dispositions pertinentes des lois provinciales présentent une grande diversité. Dans certains cas, il est expressément prévu qu'ils occupent leur charge à titre inamovible. Dans d'autres cas, les motifs spécifiques de révocation sont énoncés bien clairement et, comme je l'ai déjà indiqué, se ramènent à la mauvaise conduite ou à un mauvais comportement qui rend le juge indigne de sa charge, ou à l'incapacité pour cause d'infirmité. Essentiellement, ces dispositions prévoient qu'un juge de cour provinciale ne peut être révoqué avant l'âge de la retraite que pour un motif déterminé. Une enquête judiciaire est aussi prévue pour établir si ce motif existe, le juge visé devant avoir pleinement l'occasion de s'y faire entendre. Dans certains cas, le pouvoir exécutif est lié par le rapport d'enquête; dans la plupart des cas, le gouvernement ne l'est pas.

Le rapport Deschênes recommande que tous les juges occupent leur charge à titre expressément défini comme «inamovible» et qu'ils ne puissent être révoqués que sur adresse du corps législatif. Subsidiairement, le rapport recommande que si le pouvoir de l'exécutif de révoquer sans adresse du corps législatif devait être maintenu, l'exécutif devrait être lié par le rapport d'enquête judiciaire. Le rapport d'un comité de l'Association du Barreau canadien sur l'indépendance de la magistrature recommande que «tous les juges des cours canadiennes soient nommés à titre inamovible». Il découle aussi du rapport, à la p. 17, que le comité était d'avis qu'un juge ne devrait être révoqué que

judge should be removable only on an address of the legislature. After referring to s. 99 of the *Constitution Act, 1867* respecting the tenure of superior court judges, the committee said: "Since the independence of the judiciary depends to a significant extent on the judges' security of tenure it is appropriate that their removal be a major undertaking, bringing the politicians who must accomplish it under close scrutiny. The removal of a judge is not to be undertaken lightly." It may be desirable that the tenure of judges should be expressed as being during good behaviour, which leaves cause for removal to be determined according to the common law meaning of those words (see Shetreet, *op. cit.*, pp. 89*ff* for the meaning of "during good behaviour" at common law) rather than have the grounds for removal specified in legislation, but I do not think it is reasonable to require that as an essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. It is sufficient if a judge may be removed only for cause related to the capacity to perform judicial functions. It may be, as suggested by the Deschênes report, that the specified grounds for removal to be found in some of the provincial legislation are too broad, but this would not appear to be true of the grounds for removal specified in s. 4 of the *Provincial Courts Act* and s. 56(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*. Similarly, it may be desirable, as now provided for in s. 56(1), that a judge should be removable from office only on an address of the legislature, but again I do not think it is reasonable to require this as essential for security of tenure for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. It may be that the requirement of an address of the legislature makes removal of a judge more difficult in practice because of the solemn, cumbersome and publicly visible nature of the process, but the requirement of cause, as defined by statute, together with a provision for judicial inquiry at which the judge affected is given a full opportunity to be heard, is in my opinion a sufficient restraint upon the power of removal for purposes of s. 11(*d*). Whether or not the Executive should be bound by the report of the judicial inquiry—that is, whether the power to remove should be conditional upon a finding of cause by the judicial inquiry, as is now provided by

sur adresse du corps législatif. Après avoir mentionné l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, concernant l'inamovibilité des juges de cour supérieure, le comité affirme: «Puisque l'indépendance du pouvoir judiciaire dépend dans une très large mesure de l'inamovibilité des juges, il est normal que leur destitution soit une décision majeure impliquant les politiciens, qui doivent accomplir leur travail sous l'œil vigilant du public. La destitution d'un juge ne peut pas être prise à la légère.» Il est peut-être souhaitable que la charge des juges soit déclarée inamovible, les motifs de révocation devant alors être déterminés en fonction du sens qu'ont ces termes en *common law* (voir Shetreet, précité, aux pp. 89 et suiv. pour la signification du terme «inamovibilité» en *common law*) plutôt que de les voir spécifiés dans les lois; cependant, je ne pense pas qu'il soit raisonnable d'exiger cela comme condition essentielle d'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il suffit qu'un juge ne puisse être révoqué que pour un motif lié à sa capacité d'exercer les fonctions judiciaires. Il se peut, comme le laisse entendre le rapport Deschênes, que les motifs exprès de révocation que l'on trouve dans certaines lois provinciales soient trop larges, mais il ne semble pas que ce soit le cas des motifs de révocation prévus par l'art. 4 de la *Loi sur les cours provinciales* et par le par. 56(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*. De même, il est peut-être souhaitable, comme le prévoit maintenant le par. 56(1), qu'un juge ne puisse être révoqué que sur adresse du corps législatif mais, ici encore, je ne pense pas qu'il soit raisonnable d'exiger cela comme étant essentiel à l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il se peut que la nécessité d'une adresse du corps législatif rende la révocation d'un juge plus difficile en pratique à cause de la solennité, de la lourdeur et de la visibilité de la procédure, mais qu'un motif soit nécessaire, comme le définit la loi, et qu'une enquête judiciaire soit prévue au cours de laquelle le juge visé a pleinement l'occasion de se faire entendre, constituent à mon avis, une restriction suffisante du pouvoir de révocation pour les fins de l'al. 11*d*). J'estime qu'il est plus difficile de déterminer si l'exécutif doit ou non être lié par le rapport de l'enquête judiciaire, c.-à-d. si le pouvoir de révocation doit être assujetti

s. 56(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*—I find more difficult. Certainly, it is preferable, but I do not think it can be required as essential to security of tenure for purposes of s. 11(*d*). The existence of the report of the judicial inquiry is a sufficient restraint upon the power of removal, particularly where, as provided by s. 4 of the *Provincial Courts Act*, the report is required to be laid before the legislature.

In sum, I am of the opinion that while the provision concerning security of tenure up to the age of retirement which applied to provincial court judges when Sharpe J. declined jurisdiction falls short of the ideal or highest degree of security, it reflects what may be reasonably perceived as the essentials of security of tenure for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*: that the judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. The essence of security of tenure for purposes of s. 11(*d*) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

The most serious issue with respect to the security of tenure of provincial court judges under the statutory provisions that applied when Sharpe J. declined jurisdiction is the provision in s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* for the reappointment of a judge, upon attaining the age of retirement, to hold office during pleasure. Such reappointment, to be made by the Lieutenant Governor in Council upon the recommendation of the Attorney General, was the subject of two objections: first, that an appointment to hold office during the pleasure of the Executive was incompatible with the requirement of judicial independence; and second, that the need in some cases of such a reappointment to complete entitlement to pension could give rise to a reasonable perception of dependence upon the

à la condition que l'enquête judiciaire ait constaté l'existence d'un motif, comme le prévoit maintenant le par. 56(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*. Cela est certainement préférable, mais je ne pense pas que cela puisse être posé comme essentiel à l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11*d*). L'existence du rapport d'enquête judiciaire constitue une restriction suffisante du pouvoir de révocation, particulièrement lorsque, comme le prévoit l'art. 4 de la *Loi sur les cours provinciales*, le rapport doit être déposé devant le corps législatif.

En somme, je suis d'avis que si la disposition concernant l'inamovibilité jusqu'à l'âge de la retraite, qui s'appliquait aux juges de cour provinciale lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, ne fournit une inamovibilité ni idéale ni parfaite, elle fait néanmoins ressortir ce qu'on peut raisonnablement percevoir comme les conditions essentielles de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*: que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé toute possibilité de se faire entendre. L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11*d*), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

Le point le plus sérieux, en ce qui concerne l'inamovibilité des juges de cour provinciale conférée par les dispositions légales qui s'appliquaient lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, c'est ce que prévoit le par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales* au sujet de la nouvelle nomination à titre amovible d'un juge, lorsqu'il atteint l'âge de la retraite. Cette nouvelle nomination, qui doit être faite par le lieutenant-gouverneur en conseil sur la recommandation du procureur général, a fait l'objet de deux objections: premièrement, une nomination à titre amovible par l'exécutif est incompatible avec l'exigence d'indépendance judiciaire et, deuxièmement, la nécessité dans certains cas de procéder à cette nouvelle nomination afin de rendre admissible à la pension, peut susciter une

Executive. Under the pension provisions which applied when Sharpe J. declined jurisdiction, a provincial court judge was entitled to a pension upon attaining the age of sixty-five if he or she had served ten or more years. A judge who had been appointed after the age of fifty-five might be perceived as dependent upon the favour of the Executive for a post-retirement reappointment to complete pension entitlement. The first objection to the provision for post-retirement reappointment in s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* relates to the question of security of tenure, which is the issue presently being considered. The second objection falls into the general category of objections to the status of provincial court judges based upon alleged dependence on the Executive for discretionary benefits or advantages. I propose to address that issue later.

Howland C.J.O. disposed of the objections to the provision for post-retirement reappointment which applied when Sharpe J. declined jurisdiction mainly on the ground that the incumbent Attorney General had, during his seven years in office, always acted with respect to such reappointments on the recommendation of the chief judge of the provincial court in question. That practice or "tradition", as it was referred to, was perhaps more relevant to the second objection to the provision for post-retirement appointment at pleasure—the dependence of provincial court judges on such reappointment to complete pension entitlement—than to the first objection—the lack of security of tenure under such a reappointment—but it may have been assumed that if the Attorney General made a post-retirement reappointment only on the recommendation of a chief judge he could be expected to act only on such recommendation with respect to the termination of such a reappointment. In any event, Howland C.J.O. placed considerable emphasis on the role of tradition as an objective condition or safeguard of judicial independence. Since tradition has most often been invoked in connection with the issue of security of

perception raisonnable de dépendance envers l'exécutif. En vertu des dispositions portant sur la pension, qui s'appliquaient lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, un juge de cour provinciale avait droit à une pension quand il atteignait l'âge de soixante-cinq ans, s'il avait occupé sa charge pendant dix ans ou plus. Le juge nommé après l'âge de cinquante-cinq ans pouvait être perçu comme dépendant du bon vouloir de l'exécutif s'il voulait obtenir une nouvelle nomination après avoir atteint l'âge de retraite, en vue de devenir admissible à la pension. La première objection à la nouvelle nomination après avoir atteint l'âge de la retraite, prévue au par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales*, touche à la question de l'inamovibilité, le point présentement examiné. La seconde objection se situe dans la catégorie générale des objections au statut des juges de cour provinciale, fondées sur une prétendue dépendance envers l'exécutif pour ce qui est d'obtenir des bénéfices ou avantages discrétionnaires. Je propose de traiter cette question plus loin.

Le juge en chef Howland a repoussé les objections à la disposition relative à la nouvelle nomination après l'âge de la retraite, qui s'appliquait lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, principalement pour le motif que le procureur général en poste avait, durant les sept ans d'exercice de son mandat, toujours agi, en ce qui concerne ces nouvelles nominations, sur la recommandation du juge en chef de la cour provinciale en question. Cette pratique ou «tradition», comme on l'a appelée, est peut-être plus pertinente dans le cas de la seconde objection à la disposition sur les nominations à titre amovible après l'âge de la retraite—le fait que des juges de cour provinciale dépendent de cette nouvelle nomination pour avoir droit à leur pension—que dans le cas de la première objection—l'amovibilité dans le cas d'une nouvelle nomination—mais on peut avoir présumé que si le procureur général ne procédait à une nouvelle nomination après l'âge de la retraite que sur la recommandation d'un juge en chef, on pouvait s'attendre à ce qu'il n'agisse que sur une telle recommandation pour mettre fin à cette nouvelle nomination. De toute façon, le juge en chef Howland a accordé une importance considérable au

tenure it is convenient to consider its general role here.

I quote a passage on this subject from the reasons of Howland C.J.O., which refers to the opinions of several learned commentators on the importance of tradition. He said at pp. 431-32:

> Having considered the historical development of judicial independence in England and in Canada, it is necessary to refer to the importance of traditions. Quite apart from the Constitution or any statutory provisions, tradition has been an important factor in preserving judicial independence both in England and in Canada. In England a majority of the judges can be removed by the Lord Chancellor, who is an active member of the Government. However, the high tradition of the office of Lord Chancellor has resulted in very few abuses of this power. As Hogg states in his text *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 120:
>
> > The independence of the judiciary has since become such a powerful tradition in the United Kingdom and Canada that there may be little point in a fine analysis of the language of the provisions by which it is formally guaranteed.
>
> Shetreet's text *Judges on Trial, a Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), emphasized the importance of tradition so far as judicial independence is concerned. At pp. 392-3 he stated:
>
> > ... no executive or legislature can interfere with judicial independence contrary to popular opinion, and survive. "In Britain" wrote Professor de Smith, "the independence of the Judiciary rests not on formal constitutional guarantees and prohibitions but on an admixture of statutory and common-law rules, constitutional conventions and parliamentary practice, fortified by professional tradition and public opinion." (S.A. de Smith *Constitutional and Administrative Law* (1st ed. 1971), pp. 365-366 n. 35) Lord Sankey, L.C., said in Parliament:
> >
> > > "The independence and prestige which our judges have enjoyed in their position have rested far more upon the great tradition and long usage with which

rôle de la tradition en tant que condition ou garantie objectives de l'indépendance judiciaire. Étant donné que la tradition est, la plupart du temps, invoquée relativement à la question de l'inamovibilité, il convient d'examiner ici son rôle général.

À ce propos, je cite un passage des motifs de jugement du juge en chef Howland qui se réfère aux opinions de plusieurs savants glossateurs sur l'importance de la tradition. Il dit aux pp. 431 et 432:

> [TRADUCTION] Après l'examen de l'évolution historique de l'indépendance judiciaire en Angleterre et au Canada, il est nécessaire de mentionner l'importance des traditions. Tout à fait indépendamment de la Constitution ou des dispositions législatives, la tradition a été un facteur important pour la préservation de l'indépendance judiciaire tant en Angleterre qu'au Canada. En Angleterre, la majorité des juges peuvent être révoqués par le lord Chancelier, un membre actif du gouvernement. Toutefois, la haute tradition entourant l'office de lord Chancelier a fait qu'il n'y a eu qu'un fort petit nombre d'abus de ce pouvoir. Comme Hogg le dit dans son traité *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 120:
>
> > L'indépendance du pouvoir judiciaire est devenue depuis une tradition tellement puissante au Royaume-Uni et au Canada que procéder à une analyse subtile des textes qui la garantissent formellement n'aurait guère d'utilité.
>
> La monographie de Shetreet, *Judges on Trial, a Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), souligne l'importance de la tradition en ce qui concerne l'indépendance judiciaire. Aux pages 392 et 393, il dit:
>
> > ... aucun exécutif ou corps législatif ne peut porter atteinte à l'indépendance judiciaire contrairement à l'opinion publique, et survivre. «En Grande-Bretagne, écrit le professeur de Smith, l'indépendance du pouvoir judiciaire repose non sur des garanties et prohibitions constitutionnelles formelles, mais sur un mélange de règles de droit écrit et de *common law*, de conventions constitutionnelles et de pratiques parlementaires, fortifiées par la tradition du monde juridique et l'opinion publique.» (S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (1st ed. 1971), aux pp. 365 et 366, note 35). Le lord chancelier Sankey a dit au Parlement:
> >
> > > «L'indépendance et le prestige dont nos juges jouissent en occupant leur charge reposent beaucoup plus sur la grande tradition et le long usage qui les

> they have always been surrounded, than upon any Statute. The greatest safeguard of all may be found along these lines for traditions cannot be repealed, but an Act of Parliament can be."
>
> The strength of tradition is measured not only by its observance but also by the intensity of the reaction to its violation .... Strong public reaction to a breach of tradition demonstrates that the violation will not pass unnoticed.

To these opinions on the importance of tradition as a safeguard of judicial independence may be added the following statement by Lord Denning in *The Road to Justice* (1955), at pp. 16-17:

> The County Court judges have some measure of protection but the stipendiary magistrates and the justices of the peace have no security of tenure at all. They hold office during pleasure ....
>
> Nevertheless, although these lesser judges can theoretically be dismissed at pleasure, the great principle that judges should be independent has become so ingrained in us that it extends in practice to them also. They do in fact hold office during good behaviour and they are in fact only dismissed for misconduct. If any Minister or Government Department should attempt to influence the decision of any one of them, there would be such an outcry that no Government could stand against it.

Tradition, reinforced by public opinion, operating as an effective restraint upon executive or legislative action, is undoubtedly a very important objective condition tending to ensure the independence in fact of a tribunal. That it is not, however, regarded by itself as a sufficient safeguard of judicial independence is indicated by the many calls for specific legislative provisions or constitutional guarantees to ensure that independence in a more ample and secure measure. Shetreet himself makes this point later on in the discussion of the role of tradition from which Howland C.J.O. quoted, where he says at pp. 392-93:

> Others, however, do not entertain this unreserved trust in tradition and popular opinion. A growing number of legal scholars, lawyers and even judges are advocating a written and entrenched constitution to protect civil liberties and other important parts of constitutional law against alteration by a small temporary majority in Parliament. Significant support for this view came from Lord Justice Scarman, who in his Hamlyn

> ont toujours entourés que sur quelque loi. La meilleure garantie peut s'y trouver, car les traditions ne peuvent être abrogées, alors qu'une loi du Parlement peut l'être.»
>
> La force de la tradition se mesure non seulement par son observance, mais aussi par l'intensité de la réaction que soulève sa violation ... Une forte réaction de l'opinion publique à une atteinte à la tradition démontre qu'une violation ne saurait passer inaperçue.

À ces opinions sur l'importance de la tradition comme garantie de l'indépendance judiciaire, on peut ajouter ce que dit lord Denning dans *The Road to Justice* (1955), aux pp. 16 et 17:

> [TRADUCTION] Les juges de cour de comté sont protégés dans une certaine mesure, mais les magistrats stipendiaires et les juges de paix sont tout à fait amovibles. Ils occupent leur charge durant bon plaisir ...
>
> Néanmoins, si ces juges d'instance inférieure sont théoriquement amovibles, le grand principe que les juges doivent être indépendants est tellement ancré en nous qu'il s'applique en pratique à eux aussi. Ils sont en fait inamovibles et ne peuvent être révoqués que pour mauvaise conduite. Si un ministre ou un ministère tentait d'influencer la décision de l'un deux, cela soulèverait un tel tollé qu'aucun gouvernement ne pourrait y résister.

La tradition, renforcée par l'opinion publique, joue le rôle d'un frein efficace à l'action de l'exécutif ou du législatif et constitue sans nul doute une condition objective fort importante qui tend à assurer l'indépendance effective d'un tribunal. Que cela n'est pas cependant considéré en soi comme une garantie suffisante de l'indépendance judiciaire ressort des nombreux appels réclamant des dispositions législatives ou des garanties constitutionnelles spécifiques assurant cette indépendance d'une manière plus large et plus certaine. Shetreet lui-même le dit plus loin dans son analyse du rôle de la tradition, que cite le juge en chef Howland, aux pp. 392 et 393:

> [TRADUCTION] D'autres toutefois ne partagent pas cette confiance absolue dans la tradition et l'opinion populaire. Un nombre croissant d'auteurs, de juristes et même de juges réclament une constitution écrite et enchâssée qui protégerait les libertés publiques et d'autres portions importantes du droit constitutionnel contre toute modification par une petite majorité provisoire au Parlement. Cette opinion a reçu un appui de taille, celui

Lectures 1974 proposed a written Bill of Rights and judicial review of statutes. Individual rights, judicial independence and other parts of a democratic system of government can be better safeguarded by a written constitution supported by tradition and public opinion than by the latter alone.

Reports and addresses on judicial independence in recent years have indicated that the nature and importance of this constitutional value are not so well and widely understood as to give grounds for confidence that its protection can be safely left to the operation of tradition alone. This is clear, for example, from the observations and recommendations of the Deschênes report and from the recent report of the Canadian Bar Association committee on judicial independence. Indeed, a constitutional requirement of judicial independence such as that in s. 11(*d*) of the *Charter* presupposes that it does not automatically exist by reason of tradition alone. Important as tradition is as a support of judicial independence, I do not think that reliance on it should go so far as to treat other conditions or guarantees of independence as unnecessary or of no practical importance. I do not read the reasons of the Court of Appeal as suggesting that. It is a question of the relative importance that one is going to attach to tradition in a particular context as ensuring respect for judicial independence despite an apparent or potential power to interfere with it. Moreover, while tradition reinforced by public opinion may operate as a restraint upon the exercise of power in a manner that interferes with judicial independence, it cannot supply essential conditions of independence for which specific provision of law is necessary.

With the greatest respect for the contrary view, where, as in the case of provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction, the legislature has expressly provided for two kinds of tenure—one under which a judge may be removed from office only for cause and the other under which a judge of the same court holds office during pleasure—I am of the opinion that the

du lord juge Scarman qui, dans ses Hamlyn Lectures de 1974, a proposé une déclaration des droits écrite et le contrôle judiciaire des lois. Les droits de l'individu, l'indépendance judiciaire et d'autres aspects d'un système démocratique de gouvernement pourraient être mieux protégés par une constitution écrite, appuyée par la tradition et l'opinion publique, que par cette dernière seulement.

Ces dernières années, des rapports et des allocutions sur l'indépendance judiciaire ont montré que la nature et l'importance de cette valeur constitutionnelle ne sont pas si bien et si largement comprises au point de justifier de croire que cette protection peut, en toute sécurité, être laissée à la tradition seule. Cela ressort clairement, par exemple, des observations et des recommandations du rapport Deschênes et du récent rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur l'indépendance de la magistrature. D'ailleurs, une exigence constitutionnelle d'indépendance judiciaire, comme celle de l'al. 11*d*) de la *Charte*, présuppose qu'elle n'existe pas automatiquement en raison de la tradition seule. Si importante que soit la tradition en tant que support de l'indépendance judiciaire, je ne pense pas qu'on devrait s'y fier au point de considérer que les autres conditions ou garanties d'indépendance sont inutiles ou sans importance pratique. Suivant mon interprétation, les motifs de la Cour d'appel ne laissent pas entendre cela. Il s'agit plutôt de l'importance relative à donner à la tradition, dans un contexte particulier, en tant que moyen d'assurer le respect de l'indépendance judiciaire malgré l'existence d'un pouvoir apparent ou virtuel d'y porter atteinte. En outre, si la tradition, renforcée par l'opinion publique, peut permettre de freiner l'exercice d'un pouvoir qui porte atteinte à l'indépendance judiciaire, elle ne peut fournir les conditions essentielles d'indépendance qui doivent être prévues expressément par la loi.

Avec le plus grand respect pour les tenants de l'opinion contraire, lorsque, comme dans le cas des juges de cour provinciale à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, le corps législatif a prévu expressément deux genres de charge, l'une où un juge peut être révoqué uniquement pour un motif déterminé, et l'autre où un juge du même tribunal est nommé à titre amovible, j'estime que

second class of tenure cannot reasonably be perceived as meeting the essential requirement of security of tenure for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. The reasonable perception is that the legislature has deliberately, in the case of one category of judges, reserved to the Executive the right to terminate the holding of office without the necessity of any particular justification and without any inhibition or restraint arising from perceived tradition. I am thus of the view that a judge of the Provincial Court (Criminal Division) who held office during pleasure at the time Sharpe J. declined jurisdiction could not be an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*.

This conclusion could not, however, affect the independence of Sharpe J. personally because, as noted by the Court of Appeal, he did not hold office under a post-retirement reappointment. It was, nevertheless, contended that the provision for post-retirement reappointment at pleasure prevented the Provincial Court (Criminal Division) as a whole from being an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*. In my opinion, the fact that certain judges of the Court may have held office during pleasure at the time Sharpe J. declined jurisdiction could not impair or destroy the independence of the Court as a whole. The objection would have to be taken to the status of the particular judge constituting the tribunal.

As a further reason for rejecting the objections to the provision for post-retirement reappointment Howland C.J.O. referred to the declared intention of the Attorney General to introduce legislation at the next session of the legislature to make post-retirement reappointment subject to the approval of the Chief Judge of the Provincial Court. Such legislation was in fact introduced by s. 1 of the *Provincial Courts Amendment Act, 1983*, 1983 (Ont.) c. 18, which came into force on May 26, 1983 and amended s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* to permit a provincial court judge who has attained the age of retirement to continue in office, with the annual approval of the chief judge of the court, until the age of seventy, and to continue in

la charge du second genre ne peut être raisonnablement perçue comme satisfaisant à l'exigence essentielle d'inamovibilité pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il est raisonnable de croire que le corps législatif a délibérément, dans le cas d'une catégorie de juges, réservé à l'exécutif le droit de mettre fin à une charge, sans qu'aucune justification particulière ne soit nécessaire et sans aucune inhibition ou restriction imposée par une certaine perception de la tradition. Je suis donc d'avis qu'un juge de la Cour provinciale (Division criminelle), qui occupait sa charge à titre amovible à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, ne pouvait pas être un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Cette conclusion ne peut toutefois influer sur l'indépendance du juge Sharpe personnellement parce que, comme l'a noté la Cour d'appel, il n'occupait pas sa charge en vertu d'une nouvelle nomination faite après qu'il eut atteint l'âge de la retraite. On a néanmoins soutenu que la disposition sur la nouvelle nomination à titre amovible, après l'âge de la retraite, empêchait la Cour provinciale (Division criminelle), dans son ensemble, d'être un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*. À mon avis, le fait que certains juges de la cour aient pu occuper leur charge à titre amovible, au moment où le juge Sharpe a décliné compétence, ne saurait altérer ni détruire l'indépendance de la cour dans son ensemble. L'objection aurait dû viser le statut du juge particulier qui constituait le tribunal saisi.

Comme motif supplémentaire de rejet des objections apportées à la disposition relative aux nouvelles nominations après l'âge de la retraite, le juge en chef Howland a mentionné l'intention déclarée du procureur général de présenter, à la session suivante de l'Assemblée législative, un projet de loi qui assujettirait ces nouvelles nominations après l'âge de la retraite à l'approbation du juge en chef de la Cour provinciale. Cette mesure a en fait été déposée; c'est l'art. 1 de la *Loi de 1983 modifiant la Loi sur les cours provinciales*, 1983 (Ont.), chap. 18, qui est entré en vigueur le 26 mai 1983 et a modifié le par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales* pour permettre à un juge de cour provinciale ayant atteint l'âge de la retraite de

office thereafter until the age of seventy-five, with the annual approval of the Judicial Council for Provincial Judges, a body composed of the Chief Justice of Ontario, the Chief Justice of the High Court, the Chief Justice of the District Court, the Chief Judges of the various divisions of the Provincial Court, the Treasurer of the Law Society of Upper Canada, and not more than two other persons appointed by the Lieutenant Governor in Council. The same provision is now found in s. 54(4) of the *Courts of Justice Act, 1984*, which came into force on January 1, 1985. This change in the law, while creating a post-retirement status that is by no means ideal from the point of view of security of tenure, may be said to have removed the principal objection to the provision which applied when Sharpe J. declined jurisdiction since it replaces the discretion of the Executive by the judgment and approval of senior judicial officers who may be reasonably perceived as likely to act exclusively out of consideration for the interests of the Court and the administration of justice generally.

V

The second essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter* is, in my opinion, what may be referred to as financial security. That means security of salary or other remuneration, and, where appropriate, security of pension. The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence. In the case of pension, the essential distinction is between a right to a pension and a pension that depends on the grace or favour of the Executive.

The salaries of provincial court judges were at the time Sharpe J. declined jurisdiction, and still are, fixed by regulation made by the Lieutenant Governor in Council pursuant to the authority formerly conferred by s. 34(1) of the *Provincial*

continuer d'occuper sa charge, avec l'approbation annuelle du juge en chef de la cour, jusqu'à l'âge de soixante-dix ans, et de continuer à siéger par la suite jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans, avec l'approbation annuelle du Conseil de la magistrature pour les juges de la Cour provinciale, composé du juge en chef de l'Ontario, du juge en chef de la Haute Cour, du juge en chef de la Cour de district, des juges en chef des diverses divisions de la Cour provinciale, du trésorier de la Law Society of Upper Canada et d'au plus deux autres personnes nommées par le lieutenant-gouverneur en conseil. La même disposition se retrouve maintenant au par. 54(4) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1985. Ce changement dans la loi, même s'il crée un statut d'après-retraite qui est loin d'être idéal du point de vue de l'inamovibilité, peut être considéré comme ayant supprimé l'objection principale apportée à la disposition qui s'appliquait lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, puisqu'il remplace le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif par le jugement et l'approbation d'officiers de justice supérieurs qu'on peut raisonnablement percevoir comme susceptibles d'agir exclusivement en fonction des intérêts de la cour et de l'administration de la justice en général.

V

La deuxième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte* est, à mon avis, ce que l'on pourrait appeler la sécurité financière. Cela veut dire un traitement ou autre rémunération assurés et, le cas échéant, une pension assurée. Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire. Dans le cas de la pension, la distinction essentielle est entre un droit à une pension et une pension qui dépend du bon vouloir ou des bonnes grâces de l'exécutif.

Les traitements des juges de cour provinciale étaient, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, et le sont toujours, fixés par règlement pris par le lieutenant-gouverneur en conseil, conformément à l'autorité que lui conférait aupa-

Courts Act and now conferred by s. 87(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*, which came into force on January 1, 1985. The amount of the salary has been fixed by s. 2 of Regulation 811 of the Revised Regulations of Ontario, 1980, as amended from time to time. The government receives recommendations concerning the salaries of provincial court judges from the Ontario Provincial Courts Committee, which was first established by Order in Council 643/80 dated March 5, 1980 and was later given statutory recognition by s. 2(2) of the *Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983*, 1983 (Ont.), c. 78, which added a new s. 35 to the *Provincial Courts Act*, establishing the Committee with three members: one appointed by provincial court and family court judges' associations; one appointed by the government; and the third, the chairman, appointed jointly by the associations and the government. Section 35 provided that the annual report and recommendations of the Committee be laid before the Legislative Assembly. The same provision is now made for the Committee and its role in relation to the remuneration, allowances and benefits of provincial court judges in s. 88 of the *Courts of Justice Act, 1984*, which came into force on January 1, 1985.

The principal objections to the manner in which the salaries of provincial court judges are provided for is that they are not fixed by the legislature and they are not made a charge on the Consolidated Revenue Fund. These two requirements have traditionally been regarded as affording the highest degree of security in respect of judicial salaries. Section 100 of the *Constitution Act, 1867* requires that the salaries of superior, district and county court judges be fixed by Parliament. The salaries of these and other federally-appointed judges are fixed by Parliament in the *Judges Act*, which provides in s. 33(1) that the salaries payable under the Act shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund. In all of the other provinces the salaries of provincial judges are, as in Ontario, fixed by the executive government by regulation.

ravant le par. 34(1) de la *Loi sur les cours provinciales*, et que lui confère maintenant le par. 87(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, entrée en vigueur le 1er janvier 1985. Le montant du traitement est fixé par l'art. 2 du règlement 811 des Règlements refondus de l'Ontario de 1980 et ses modifications. Le gouvernement reçoit des recommandations concernant les traitements des juges de cour provinciale de l'Ontario Provincial Courts Committee qui a été établi initialement par le décret 643/80 en date du 5 mars 1980 et qui, par la suite a reçu reconnaissance légale par le par. 2(2) de la *Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983*, 1983 (Ont.), chap. 78, qui a ajouté à la *Loi sur les cours provinciales* un nouvel art. 35 créant un comité formé de trois membres: un membre nommé par les associations des juges de cour provinciale et de cour de la famille, un membre nommé par le gouvernement et, troisièmement, le président, nommé conjointement par les associations et le gouvernement. L'article 35 prévoyait que le rapport annuel et les recommandations du comité, devaient être déposés à l'Assemblée législative. On trouve maintenant la même disposition, concernant le comité et son rôle en matière de rémunération, d'allocations et de bénéfices pour les juges de cour provinciale, à l'art. 88 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, entrée en vigueur le 1er janvier 1985.

La principale objection apportée à la façon dont les traitements des juges de cour provinciale sont fixés, est qu'ils ne sont pas fixés par le corps législatif et qu'ils ne grèvent pas le Fonds du revenu consolidé. Ces deux conditions ont traditionnellement été considérées comme offrant le plus haut degré de sécurité en matière de traitement des juges. L'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* requiert que les traitements des juges des cours supérieures, de district et de comté, soient fixés par le Parlement. Les traitements de ceux-ci et des autres juges de nomination fédérale sont fixés par le législateur fédéral dans la *Loi sur les juges* qui prévoit, au par. 33(1), que les traitements payables en vertu de cette loi seront prélevés sur le Fonds du revenu consolidé. Dans toutes les autres provinces, les traitements des juges de cour provinciale sont, comme en Ontario, fixés par règlement par le pouvoir exécutif. Dans certaines

In some, but not all provinces, they are paid out of the Consolidated Revenue Fund.

Although it may be theoretically preferable that judicial salaries should be fixed by the legislature rather than the executive government and should be made a charge on the Consolidated Revenue Fund rather than requiring annual appropriation, I do not think that either of these features should be regarded as essential to the financial security that may be reasonably perceived as sufficient for independence under s. 11(*d*) of the *Charter*. At the present time in Canada the amount of judges' salaries is a matter for the initiative of the Executive, whether they are fixed by act of the legislature or by regulation. Moreover, it is far from clear that having to bring proposed increases to judges' salaries before the legislature is more desirable from the point of view of judicial independence, and indeed adequate salaries, than having the question determined by the Executive alone, pursuant to a general legislative authority. In the case of the salaries of provincial court judges in Ontario, assurance that proper consideration will be given to the adequacy of judicial salaries is provided by the role assigned to the Ontario Provincial Courts Committee, although I do not consider the existence of such a committee to be essential to security of salary for purposes of s. 11(*d*). The essential point, in my opinion, is that the right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge. Making judicial salaries a charge on the Consolidated Revenue Fund instead of having to include them in annual appropriations is, I suppose, theoretically a measure of greater security, but practically it is impossible that the legislature would refuse to vote the annual appropriation in order to attempt to exercise some control or influence over a class of judges as a whole. For these reasons I am of the opinion that under the provisions of law which applied when Sharpe J. declined jurisdiction and which now apply, provincial court judges may be reasonably perceived to have the

provinces, mais non dans toutes, ils sont prélevés à même le Fonds du revenu consolidé.

Bien qu'il puisse être théoriquement préférable que les traitements des juges soient fixés par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et qu'ils grèvent le Fonds du revenu consolidé, plutôt que d'exiger une affectation de crédit annuelle, je ne pense pas que l'une ou l'autre de ces caractéristiques doive être considérée comme essentielle à la sécurité financière qui peut être raisonnablement perçue comme suffisante pour assurer l'indépendance au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*. À l'heure actuelle au Canada, le montant du traitement des juges est laissé à l'initiative de l'exécutif peu importe qu'ils soient fixés par une loi ou par règlement. De plus, il est loin d'être clair que l'obligation de soumettre au corps législatif les projets de hausses de traitement des juges soit plus souhaitable du point de vue de l'indépendance judiciaire et, d'ailleurs, de celui d'un traitement adéquat, que de laisser à l'exécutif le soin de régler la question seul, conformément à une autorisation législative générale. Dans le cas des traitements des juges de cour provinciale en Ontario, le rôle assigné à l'Ontario Provincial Courts Committee donne l'assurance qu'on veillera dûment à ce que les traitements des juges soient suffisants, quoique je n'estime pas que l'existence de ce comité soit essentielle à la sécurité de traitement pour les fins de l'al. 11*d*). L'essentiel, à mon avis, est que le droit du juge de cour provinciale à un traitement soit prévu par la loi et qu'en aucune manière l'exécutif ne puisse empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance du juge pris individuellement. Faire en sorte que les traitements des juges grèvent le Fonds du revenu consolidé, plutôt que d'avoir à les inclure dans les affectations annuelles de crédit est, je suppose, une mesure de sûreté plus grande théoriquement mais, en pratique, il est impossible que le corps législatif refuse de voter l'affectation de crédit annuelle dans le but de tenter d'exercer un contrôle ou d'influer sur une catégorie de juges dans son ensemble. Pour ces motifs, je suis d'avis qu'en vertu des dispositions législatives qui s'appliquaient lorsque le juge Sharpe a décliné compétence et qui s'appliquent aujourd'hui, on peut raisonnablement considérer que les juges de cour provinciale jouissent de la

essential security of salary required for independence within the meaning of s. 11(*d*).

Although at the time Sharpe J. declined jurisdiction s. 34(1) of the *Provincial Courts Act* empowered the Lieutenant Governor in Council to make provision by regulation for the pensions of provincial court judges, no such regulation had been adopted. The right to pension enjoyed by provincial court judges was that provided for members of the public service by the *Public Service Superannuation Act*, R.S.O. 1980, c. 419, which was made applicable by s. 26 to every full time provincial judge. It was not until May 25, 1984 that Ontario Regulation 332/84 under the *Provincial Courts Act* was adopted making special provision for the pensions of provincial court judges.

The chief objection to the provision for pension which applied when Sharpe J. declined jurisdiction was, as I understood the argument, that it treated provincial court judges in the same way as civil servants. Indeed, the same objection was made to the provision for other benefits of a financial nature, such as sick leave with pay and group insurance benefits of various kinds. The provisions which governed these benefits in Ontario Regulation 881, under the *Public Service Act* were made applicable to provincial court judges by s. 7 of Ontario Regulation 811, under the *Provincial Courts Act*. It was not until May 25, 1984 that Ontario Regulation 332/84, to which reference has been made, made special provision for such benefits in the case of provincial court judges, although some of the provisions in Ontario Regulation 881, that had been made applicable to provincial court judges continued to apply to them.

In my opinion this objection to the provisions for pension and other financial benefits which were applicable to provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction does not touch an essential condition of the independence required by s. 11(*d*). The provisions established a right to pension and other benefits which could not be

sécurité de traitement essentielle pour être indépendants au sens de l'al. 11*d*).

Bien que, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, le par. 34(1) de la *Loi sur les cours provinciales* habilitait le lieutenant-gouverneur en conseil à pourvoir par règlement aux pensions des juges de cour provinciale, aucun règlement de ce genre n'a été adopté. Le droit à une pension, dont jouissent les juges de cour provinciale, était celui prévu pour les fonctionnaires par la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.O. 1980, chap. 419, rendue applicable, en vertu de son art. 26, à tout juge de cour provinciale à plein temps. Ce n'est que le 25 mai 1984 que le Règlement de l'Ontario 332/84, adopté en vertu de la *Loi sur les cours provinciales*, a prévu par une disposition spéciale des pensions pour les juges de cour provinciale.

La principale objection apportée à la disposition sur la pension qui s'appliquait lorsque le juge Sharpe a décliné compétence était, si j'ai bien compris l'argument, qu'elle traitait les juges de cour provinciale comme des fonctionnaires. D'ailleurs, la même objection a été apportée à la disposition régissant d'autres avantages de nature financière, comme les congés de maladie payés et les indemnités d'assurance-groupe de divers genres. Les dispositions qui régissent ces avantages dans le Règlement de l'Ontario 881, pris en application de la *Loi sur la fonction publique*, ont été rendues applicables aux juges de cour provinciale par l'art. 7 du Règlement de l'Ontario 811, pris en application de la *Loi sur les cours provinciales*. Ce n'est que le 25 mai 1984 que le Règlement de l'Ontario 332/84, déjà mentionné, a prévu spécialement ces avantages dans le cas des juges de cour provinciale, bien que certaines des dispositions du Règlement de l'Ontario 881, qui avaient été étendues aux juges de cour provinciale, aient continué de leur être applicables.

À mon avis, cette objection apportée aux dispositions relatives à la pension et aux autres avantages financiers, qui étaient applicables aux juges de cour provinciale à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, ne touche pas une condition essentielle de l'indépendance requise par l'al. 11*d*). Ces dispositions créent un droit à une pension et à

interfered with by the Executive on a discretionary or arbitrary basis. That, as I have indicated, is the essential requirement for purposes of s. 11(*d*). Making the provisions governing civil servants applicable to the provincial court judges did not purport to characterize provincial judges as civil servants or increase the discretionary control of the Executive over the judges. It may well be preferable that the pensions and other financial benefits of judges should be given special and separate treatment in the law, as they now are, because of the special position and requirements of judges in this respect, but the application of the civil standards to provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction did not, for the reasons I have indicated, affect their essential security in respect of pensions and benefits.

VI

The third essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) is in my opinion the institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function. The degree to which the judiciary should ideally have control over the administration of the courts is a major issue with respect to judicial independence today. Howland C.J.O. drew a distinction, for purposes of the issues in the appeal, between adjudicative independence and administrative independence, which is reflected in the following passages from his reasons for judgment at pp. 432-33:

> When considering the independence of the judiciary, it is necessary to draw a careful distinction between independent adjudication and independent administration. It is independent adjudication about which the Court is concerned in this appeal. The position of the judiciary under the English and Canadian Constitutions is quite different from that under the American Constitution. In the United States the federal judiciary is a separate branch which includes judicial administration. While the report of Chief Justice Jules Deschênes, "Masters in their Own House", September, 1981, recommended the independent judicial administration of the courts, the Canadian Judicial Council, in Septem-

d'autres avantages qui ne peut pas faire l'objet d'une atteinte discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif. C'est là, comme je l'ai dit, l'exigence essentielle pour les fins de l'al. 11*d*). Rendre applicables aux juges de cour provinciale les dispositions régissant les fonctionnaires n'avait pas pour but de qualifier de fonctionnaires les juges de cour provinciale, ni d'accroître le contrôle discrétionnaire de l'exécutif sur les juges. Il est sans doute préférable que les pensions et autres avantages financiers des juges reçoivent un traitement spécial et distinct dans la loi, comme c'est maintenant le cas, vu la situation et les exigences spéciales des juges à cet égard, mais l'application de normes de la Fonction publique aux juges de cour provinciale à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence n'a pas, pour les raisons que j'ai données, affecté leur sécurité essentielle en matière de pensions et d'avantages.

VI

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) est, à mon avis, l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Le degré de contrôle que le pouvoir judiciaire devrait idéalement exercer sur l'administration des tribunaux est un point majeur de l'indépendance judiciaire aujourd'hui. Le juge en chef Howland a fait la distinction, pour les fins des questions visées par l'appel, entre l'indépendance en matière de décisions et l'indépendance en matière d'administration, qu'on trouve dans les passages suivants de ses motifs de jugement aux pp. 432 et 433:

> [TRADUCTION] Lorsqu'on étudie l'indépendance du pouvoir judiciaire, il est nécessaire de distinguer soigneusement entre l'indépendance en matière de décisions et l'indépendance en matière d'administration. C'est l'indépendance en matière de décisions qui intéresse la cour dans le présent appel. La situation du pouvoir judiciaire sous le régime des constitutions anglaise et canadienne est fort différente de celle sous le régime de la constitution américaine. Aux États-Unis, la magistrature fédérale est un pouvoir distinct qui comprend l'administration judiciaire. Si le rapport du juge en chef Jules Deschênes, «Maîtres chez eux», en date de septembre 1981, a recommandé que l'administration

ber, 1982, only approved of the first two stages of consultation and decision sharing between the Executive and the Judiciary and was not prepared to approve at that time of the third stage of independent judicial administration.

In Ontario, the primary role of the judiciary is adjudication. The Executive on the other hand is responsible for providing the court rooms and the court staff. The assignment of judges, the sittings of the court, and the court lists are all matters for the judiciary. The Executive must not interfere with, or attempt to influence the adjudicative function of the judiciary. However, there must necessarily be reasonable management constraints. At times there may be a fine line between interference with adjudication and proper management controls. The heads of the judiciary have to work closely with the representatives of the Executive unless the judiciary is given full responsibility for judicial administration.

In his conclusions Howland C.J.O. observed at p. 443:

> On the hearing of this appeal, no submission was made that the Attorney General in his role as prosecutor interfered in any way with the sittings of the court, its lists, or the process of adjudication.

Judicial control over the matters referred to by Howland C.J.O.—assignment of judges, sittings of the court, and court lists—as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions, has generally been considered the essential or minimum requirement for institutional or "collective" independence. See Lederman, "The Independence of the Judiciary" in *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), pp. 9-10; Deschênes, *Masters in their own house*, pp. 81 and 124.

As the reasons of Howland C.J.O. indicate, however, the claim for greater administrative autonomy or independence for the courts goes considerably beyond these matters. The insistence is chiefly on a stronger or more independent role in the financial aspects of court administration—budgetary preparation and presentation and allo-

judiciaire des tribunaux soit indépendante, le Conseil canadien de la magistrature, en septembre 1982, n'a approuvé que les deux premiers stades, ceux de la consultation et du partage des décisions entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, n'étant pas prêt à approuver à cette époque le troisième stade, celui d'une administration judiciaire indépendante.

En Ontario, le rôle premier du pouvoir judiciaire est de rendre des décisions. L'exécutif, d'autre part, a la responsabilité de fournir les salles d'audience et le personnel judiciaire. L'assignation des juges à une cause, les séances de la cour et son rôle relèvent tous du pouvoir judiciaire. L'exécutif ne doit pas s'immiscer dans la fonction décisionnelle du pouvoir judiciaire ni tenter de l'influencer. Toutefois, il doit nécessairement y avoir des contraintes raisonnables de gestion. Parfois la démarcation entre l'immixtion dans la fonction décisionnelle et les contrôles adéquats de gestion est ténue. Les responsables du pouvoir judiciaire doivent collaborer étroitement avec les représentants de l'exécutif à moins que le pouvoir judiciaire ne se voie conférer l'entière responsabilité de l'administration judiciaire.

Dans ses conclusions, le juge en chef Howland souligne à la p. 443:

> [TRADUCTION] À l'audition de l'appel, on n'a pas prétendu que le procureur général, dans son rôle de poursuivant, s'est immiscé de quelque manière dans les séances de la cour, dans la confection du rôle ou dans le processus décisionnel.

Le contrôle judiciaire sur les questions mentionnées par le juge en chef Howland, savoir l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions, a généralement été considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l'indépendance institutionnelle ou «collective». Voir Lederman, «The Independence of the Judiciary», dans *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), aux pp. 9 et 10; Deschênes, *Maîtres chez eux*, aux pp. 83, 84 et 130.

Cependant, comme l'indiquent les motifs du juge en chef Howland, la demande d'une plus grande autonomie ou indépendance administrative pour les tribunaux va beaucoup plus loin que cela. On insiste surtout sur un rôle plus important et plus autonome dans les aspects financiers de l'administration d'un tribunal, dont la préparation du

cation of expenditure—and in the personnel aspects of administration—the recruitment, classification, promotion, remuneration, and supervision of the necessary support staff. Probably the fullest exposition of the recommended enlargement of administrative autonomy or independence for the courts is to be found in the Deschênes report, with its three stage proposal for realization referred to by Howland C.J.O. consisting of consultation, decision sharing and independence. Strong support for the Deschênes recommendations in this area was recently expressed in the report of the Canadian Bar Association's Committee on judicial independence, which, while noting the reservations referred to by Howland C.J.O. concerning the third stage of full administrative autonomy or independence, recommended that the first two stages of consultation and decision sharing be implemented as soon as possible. The desirability of greater administrative independence, particularly with respect to financial and personnel matters, has also been the subject of important public addresses by leaders of the judiciary. In an address entitled "Some Observations on Judicial Independence" in 1980 the late Chief Justice Laskin had this to say on the subject:

> Coming now to other elements which I regard as desirable supports for judicial independence, I count among them independence in budgeting and in expenditure of an approved budget, and independence in administration, covering not only the operation of the Courts but also the appointment and supervision of the supporting staff. Budget independence does not mean that Judges should be allowed to fix their own salaries; it means simply that the budget should not be part of any departmental budget but should be separately presented and dealt with. I do not, of course, preclude its presentation by a responsible Minister, but he should do this as a conduit, and yet as one able to support the budget after its preparation under the direction of the Chief Justice or Chief Judge and the chief administrative officer of the Court. So, too, should the Court, through its Chief Justice or Chief Judge and chief administrative officer, have supervision and direction of the staff of the Court

budget et la présentation et la répartition des dépenses, et dans les aspects de l'administration qui concernent le personnel, comme le recrutement, la classification, la promotion, la rémunération et la supervision du personnel de soutien nécessaire. Probablement l'exposé le plus complet de l'élargissement recommandé de l'autonomie ou de l'indépendance administrative des tribunaux se trouve dans le rapport Deschênes, et sa proposition en trois stades de réalisation, que mentionne le juge en chef Howland, comprenant la consultation, la participation et l'indépendance. Les recommandations Deschênes dans ce domaine ont récemment reçu l'appui, non négligeable, du rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur l'indépendance de la magistrature qui, tout en prenant note des réserves que mentionne le juge en chef Howland concernant le troisième stade, celui de l'indépendance ou de l'autonomie administrative totale, a recommandé que les deux premiers stades de la consultation et de la participation soient mis en œuvre dès que possible. Le caractère souhaitable d'une plus grande indépendance administrative, particulièrement dans les domaines des finances et du personnel, a aussi fait l'objet d'allocutions publiques importantes de la part des leaders du pouvoir judiciaire. Dans un discours intitulé [TRADUCTION] «Quelques observations sur l'indépendance judiciaire», en 1980, feu le juge en chef Laskin avait eu ceci à dire à ce sujet:

> [TRADUCTION] Pour en venir maintenant aux autres éléments que je considère comme souhaitables pour consolider l'indépendance judiciaire, j'y inclus l'indépendance dans la confection et dans les dépenses d'un budget approuvé, et l'indépendance dans l'administration, s'étendant non seulement au fonctionnement des tribunaux, mais aussi à la nomination et à la supervision du personnel de soutien. L'indépendance budgétaire ne signifie pas que les juges devraient être autorisés à fixer leur propre traitement; cela signifie simplement que le budget ne devrait faire partie d'aucun budget ministériel, mais qu'il devrait être présenté et traité séparément. Je ne m'oppose pas, bien entendu, à sa présentation par un ministre responsable, mais il devrait le faire comme intermédiaire, tout en étant en position de l'appuyer, après qu'il a été préparé sous la direction du juge en chef, ou du premier juge, et de l'administrateur en chef du tribunal. De même aussi, la cour, par son juge en chef, ou premier juge, et par l'administrateur en chef, devrait être chargée de la supervision et de la direction

and of the various supporting services such as the library and the Court's law reports.

The present Chief Justice of Canada, in his recent address to the annual meeting of the Canadian Bar Association, referred with approval to this statement of Laskin C.J. and said that "Preparation of judicial budgets and distribution of allocated resources should be under the control of the Chief Justices of the various courts, not the Ministers of Justice" and "Control over finance and administration must be accompanied by control over the adequacy and direction of support staff".

It is not entirely clear as to the extent to which the issue of institutional independence is actually raised by the various objections to the status of provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction. As I understood the argument, the chief objection which could be said to relate to institutional independence was the extent to which the judges were treated as civil servants for purposes of pension and other financial benefits, such as group insurance and sick leave, and the control exercised by the Executive over such discretionary benefits or advantages as post-retirement reappointment, leave of absence with or without pay and the right to engage in extra-judicial employment. The contention was that the treatment of these matters and the executive control over them were calculated to make the Court appear as a branch of the Executive and the judges as civil servants. This impression, it was said, was reinforced by the manner in which the Court and its judges were associated with the Ministry of the Attorney General in printed material intended for public information. Dependence on the Executive for discretionary benefits or advantages was also said to affect the reality and the perception of the individual independence of the judges, an issue which must be considered separately from the question of institutional independence.

Although the increased measure of administrative autonomy or independence that is being recommended for the courts, or some degree of it,

de son personnel et des divers services de soutien, tels la bibliothèque et les recueils de jurisprudence de la cour.

L'actuel Juge en chef du Canada, dans un récent discours à l'assemblée annuelle de l'Association du Barreau canadien, s'est référé à ce qu'avait dit le juge en chef Laskin, l'approuvant et disant que [TRADUCTION] «La préparation des budgets judiciaires et la répartition des ressources allouées devraient être sous le contrôle des juges en chef des divers tribunaux, et non des ministres de la justice» et [TRADUCTION] «Le contrôle sur les finances et l'administration doit être assorti du contrôle sur la compétence et la direction du personnel de soutien.»

On ne voit pas tout à fait clairement dans quelle mesure la question de l'indépendance constitutionnelle est vraiment posée par les diverses objections apportées au statut des juges de cour provinciale de l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence. Si je comprends bien l'argument, l'objection principale qui serait apportée en matière d'indépendance institutionnelle aurait trait à la mesure dans laquelle les juges étaient considérés comme des fonctionnaires aux fins des pensions et d'autres avantages financiers, tels l'assurance-groupe, les congés de maladie et le contrôle qu'exerce l'exécutif sur des bénéfices ou avantages discrétionnaires comme les nouvelles nominations après l'âge de la retraite, les congés payés ou non payés et le droit de s'adonner à des activités extrajudiciaires. On a soutenu que la façon de traiter ces questions et le contrôle de l'exécutif sur celles-ci étaient conçus de manière à faire percevoir la cour comme un organe de l'exécutif et les juges, comme des fonctionnaires. Cette impression, a-t-on dit, était renforcée par la manière dont la cour et ses juges étaient associés au ministère du Procureur général dans les brochures destinées à informer le public. La dépendance envers l'exécutif dans le cas des bénéfices ou avantages discrétionnaires, a-t-on ajouté, influait sur l'indépendance véritable des juges, pris individuellement, et sur l'idée qu'on s'en faisait, un point qui doit être examiné indépendamment de la question de l'indépendance institutionnelle.

Si la plus grande autonomie ou indépendance administrative qu'il est recommandé d'accorder aux tribunaux, ou une partie de celle-ci, peut se

may well be highly desirable, it cannot in my opinion be regarded as essential for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. The essentials of institutional independence which may be reasonably perceived as sufficient for purposes of s. 11(*d*) must, I think, be those referred to by Howland C.J.O. They may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. To the extent that the distinction between administrative independence and adjudicative independence is intended to reflect that limitation, I can see no objection to it. It may be open to objection, however, in so far as the desirable or recommended degree of administrative autonomy or independence of the courts is concerned. In my opinion, the fact that certain financial benefits applicable to civil servants were also made applicable to provincial court judges, that the Provincial Court (Criminal Division) and its judges were shown in printed material as associated with the Ministry of the Attorney General and that the Executive exercised administrative control over certain discretionary benefits or advantages affecting the judges did not prevent the Provincial Court (Criminal Division) at the time Sharpe J. declined jurisdiction from being reasonably perceived as possessing the essential institutional independence required for purposes of s. 11(*d*).

VII

It is necessary now to consider the effect on the individual independence of provincial court judges of the control exercised by the Executive over certain discretionary benefits or advantages. I have referred to the provisions of the *Provincial Courts Act* and the *Courts of Justice Act, 1984* concerning post-retirement reappointment or continuation in office, which may be necessary to permit a judge to complete entitlement to pension. Objection was also taken to the provisions for leave of absence with or without pay and for permission to engage in extra-judicial employment. The provisions for leave of absence that were applicable to provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction were found in ss. 4 and 5 of Regulation 811 of the Revised Regulations of

révéler hautement souhaitable, elle ne saurait, à mon avis, être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Les aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'al. 11*d*) doivent, je pense, se limiter à ceux mentionnés par le juge en chef Howland. On peut les résumer comme étant le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Dans la mesure où la distinction entre l'indépendance dans l'administration et l'indépendance dans les décisions se veut le reflet de cette limitation, je n'y vois aucune objection. On peut s'y opposer toutefois dans la mesure où le degré souhaitable ou recommandé d'indépendance ou d'autonomie administrative des tribunaux est concerné. À mon avis, le fait que certains avantages financiers applicables aux fonctionnaires soient aussi applicables aux juges de cour provinciale, que la Cour provinciale (Division criminelle) et ses juges soient, dans des brochures, associés au ministère du Procureur général, et que l'exécutif exerce un contrôle administratif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires touchant les juges, n'empêchait pas la Cour provinciale (Division criminelle), à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, d'être raisonnablement perçue comme possédant l'indépendance institutionnelle essentielle pour les fins de l'al. 11*d*).

VII

Il est maintenant nécessaire d'examiner l'effet qu'a, sur l'indépendance individuelle des juges de cour provinciale, le contrôle exercé par l'exécutif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires. J'ai mentionné les dispositions de la *Loi sur les cours provinciales* et de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, concernant les nouvelles nominations ou le maintien des juges dans leur charge après l'âge de la retraite, qui peuvent se révéler nécessaires pour permettre à un juge d'être admissible à une pension. On s'est aussi opposé aux dispositions concernant les congés payés ou non payés et l'autorisation de s'adonner à des activités extrajudiciaires. Les dispositions portant sur les congés qui s'appliquaient aux juges de cour provinciale, à l'époque où le juge Sharpe a décliné

Ontario, 1980, made under the *Provincial Courts Act*, and in ss. 75 and 76 of Regulation 881 of the Revised Regulations of Ontario, 1980, made under the *Public Service Act*. Sections 4 and 5 of Regulation 811 provide that the Attorney General, upon the recommendation of the chief judge of the provincial courts, may grant to a judge leave of absence without pay and without the accumulation of sick leave credits for a period up to three years, and that the Lieutenant Governor in Council, upon the recommendation of the Attorney General, may grant special leave of absence with pay to a judge for special or compassionate purposes for a period not exceeding one year. Sections 75(1) and 76(1) of Regulation 881, which were made applicable to provincial court judges by s. 7 of Regulation 811, provided that a deputy minister could grant to an employee in his ministry leave of absence with pay for a period of not more than one year for the purpose of undertaking employment under the auspices of the Government of Canada or other public agency and leave of absence without pay and without accumulation of credits for a period of not more than one year for the purpose of undertaking employment under the auspices of the Government of Canada or other public agency, or by a public or private corporation. A leave of absence granted under s. 75 or s. 76 of Regulation 881 could be renewed from year to year. By s. 32(3) of Ontario Regulation 332/84, made on May 25, 1984, the Chief Judge of the Provincial Court (Criminal Division) was given the authority, in place of the deputy minister, to grant leave of absence to provincial court judges under ss. 75 and 76 of Regulation 881. The provision concerning permission to engage in extra-judicial employment at the time Sharpe J. declined jurisdiction was s. 12 of the *Provincial Courts Act*, which read as follows:

12.—(1) Subject to subsection (2), unless authorized by the Lieutenant Governor in Council, a judge shall not practise or actively engage in any business, trade or occupation but shall devote his whole time to the performance of his duties as a judge.

compétence, se retrouvent aux art. 4 et 5 du règlement 811 des Règlements refondus de l'Ontario de 1980, pris en application de la *Loi sur les cours provinciales*, et aux art. 75 et 76 du règlement 881 des Règlements refondus de l'Ontario de 1980, pris en application de la *Loi sur la fonction publique*. Les articles 4 et 5 du règlement 811 prévoient que le procureur général, sur la recommandation du juge en chef des cours provinciales, peut accorder à un juge un congé, non payé et sans crédit de congés de maladie, pour une période pouvant aller jusqu'à trois ans, et que le lieutenant-gouverneur en conseil, sur la recommandation du procureur général, peut accorder un congé payé spécial à un juge, pour des raisons humanitaires ou spéciales, pour une durée maximale d'un an. Les paragraphes 75(1) et 76(1) du règlement 881, rendus applicables aux juges de cour provinciale par l'art. 7 du règlement 811, prévoient qu'un sous-ministre peut accorder à un employé de son ministère un congé payé d'une durée maximale d'un an, pour lui permettre de travailler sous les auspices du gouvernement du Canada ou d'un autre organisme public, et un congé, non payé et sans crédit de congés de maladie, d'une durée maximale d'un an, pour lui permettre de travailler sous les auspices du gouvernement du Canada ou d'un autre organisme public ou d'une société publique ou privée. Un congé accordé en vertu des art. 75 ou 76 du règlement 881 peut être renouvelé d'année en année. Selon le par. 32(3) du Règlement de l'Ontario 332/84, pris le 25 mai 1984, le juge en chef de la Cour provinciale (Division criminelle) a reçu le pouvoir, en lieu et place du sous-ministre, d'accorder un congé aux juges de cour provinciale en vertu des art. 75 et 76 du règlement 881. La disposition concernant l'autorisation de s'adonner à une activité extrajudiciaire, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, était l'art. 12 de la *Loi sur les cours provinciales*, dont voici le texte:

[TRADUCTION] **12.**—(1) Sous réserve du paragraphe (2), à moins d'une autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil, un juge ne doit s'adonner à aucun commerce, métier ou occupation, ni y participer activement, mais doit consacrer tout son temps à l'exercice de ses fonctions de juge.

(2) A judge, with the previous consent of the Minister, may act as arbitrator, conciliator or member of a police commission.

The provision with respect to extra-judicial employment of provincial judges in the *Courts of Justice Act, 1984* is s. 53, which came into force on January 1, 1985 and reads as follows:

53.—(1) A provincial judge shall devote his or her whole time to the performance of his or her duties as a judge, except as authorized by the Lieutenant Governor in Council.

(2) Notwithstanding subsection (1), a provincial judge who, before the coming into force of this Part, had the consent of the Attorney General to act as an arbitrator or conciliator may continue to so act.

There are similar provisions respecting extra-judicial employment in the provincial courts legislation of the other provinces. In some cases it is specified that a judge shall not receive any additional remuneration for such employment.

While it may well be desirable that such discretionary benefits of advantages, to the extent that they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, as recommended by the Deschênes report and others, I do not think that their control by the Executive touches what must be considered to be one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter*. In so far as the subjective aspect is concerned, I agree with the Court of Appeal that it would not be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.

For the foregoing reasons I am of the opinion that at the time he declined jurisdiction on December 16, 1982 Sharpe J. sitting as the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Charter*. The same is true in my opinion of all the judges of the Court since the amendment in 1983 to s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* removed the objection to the nature of the tenure under a post-retirement appointment or continuation in office. Accordingly I would dismiss the appeal and

(2) Un juge peut, après avoir reçu l'autorisation du Ministre, agir comme arbitre, conciliateur ou membre d'une commission de police.

La disposition concernant les emplois extrajudiciaires des juges provinciaux dans la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* est l'art. 53, entré en vigueur le 1er janvier 1985, dont voici le texte:

53.—(1) Le juge d'une cour provinciale se consacre à ses fonctions à l'exclusion de toutes autres, sauf avec l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil.

(2) Par dérogation au par. (1), le juge qui, avant l'entrée en vigueur de la présente partie, avait l'autorisation du procureur général pour agir à titre d'arbitre ou de conciliateur peut continuer d'occuper ces fonctions.

Il y a des dispositions semblables concernant les activités extrajudiciaires dans la législation des autres provinces sur les cours provinciales. Dans certains cas, il est spécifié qu'un juge ne touchera aucune rémunération additionnelle pour une telle activité.

S'il peut être souhaitable que ces bénéfices ou avantages discrétionnaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif, comme le rapport Deschênes et d'autres l'on recommandé, je ne pense pas que leur contrôle par l'exécutif touche à ce qui doit être considéré comme l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, je conviens avec la Cour d'appel qu'il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de cour provinciale, influencé par l'éventuelle volonté d'obtenir l'un de ces bénéfices ou avantages, soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'à l'époque où il a décliné compétence, soit le 16 décembre 1982, le juge Sharpe siégeant en Cour provinciale (Division criminelle) constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*. On peut dire la même chose, selon moi, de tous les juges de la cour puisque la modification apportée en 1983 au par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales* a fait disparaître l'objection à la nature de la charge par suite d'une nomination après l'âge de la retraite ou du maintien en poste.

answer the constitutional question as follows: A judge of the Provincial Court (Criminal Division) of Ontario is an independent tribunal within the meaning of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Noel Bates, Burlington.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest and Angeline Thibault, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Solicitor for the interveners The Provincial Court Judges Association (Criminal Division) and Ontario Family Court Judges Association: Morris Manning, Toronto.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi à la question constitutionnelle: Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario constitue un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Noel Bates, Burlington.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal A. Forest et Angeline Thibault, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Procureur des intervenants l'Association des juges des Cours provinciales (Division criminelle) et Ontario Family Court Judges Association: Morris Manning, Toronto.

Gilbert Morier and Raymond Boily *Appellants*;

and

Gilles Rivard *Respondent*;

and

Commission de police du Québec, Attorney General of the Province of Quebec, Quebec Official Publisher and Chief Librarian of the Bibliothèque nationale du Québec *Mis en cause.*

File No.: 17896.

1985: May 21; 1985: December 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Judges — Immunity — Provincial commission of inquiry — Action for damages against two members of Commission de police du Québec for acts committed in the course of their duties — Commissioners protected by immunity of superior court judges — Provincial jurisdiction — Immunity absolute — Action for damages dismissed by motion to dismiss — Police Act, R.S.Q., c. P-13, ss. 20, 22, 34.3, 35 — Act respecting public inquiry commissions, R.S.Q., c. C-37, s. 16 — Code of Civil Procedure, art. 165(4).

Appellants, who are additional members of the Commission de police du Québec, conducted an inquiry into the activities of certain persons in the business world and submitted a report to the Attorney General. Following publication of this report, respondent brought a twofold action against appellants and the Commission itself. The first asked that the report and the evidence obtained be declared null and void, and the second, which is the subject of the appeal at bar, asked that the Commission and the appellants be ordered to pay the respondent exemplary damages in accordance with s. 49 of the *Charter of human rights and freedoms*. Respondent alleged that appellants acted without jurisdiction and contravened the rules of natural justice by failing to comply with the provisions of the *Police Act* and the *Charter of human rights and freedoms*. He alleged principally that, contrary to s. 34.3 of the *Police Act*, appellants censured his conduct without informing him

Gilbert Morier et Raymond Boily *Appelants*;

et

Gilles Rivard *Intimé*;

et

Commission de police du Québec, le procureur général de la province de Québec, l'Éditeur officiel du Québec et le Conservateur en chef de la bibliothèque nationale du Québec *Mis en cause.*

N° du greffe: 17896.

1985: 21 mai; 1985: 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Juges — Immunité — Commission d'enquête provinciale — Poursuite en dommages contre deux commissaires de la Commission de police du Québec pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions — Commissaires bénéficiant de l'immunité des juges de la Cour supérieure — Compétence provinciale — Immunité absolue — Recours en dommages rejeté au moyen d'une requête en irrecevabilité — Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 20, 22, 34.3, 35 — Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., chap. C-37, art. 16 — Code de procédure civile, art. 165(4).

Les appelants, membres additionnels de la Commission de police du Québec, ont fait une enquête sur les activités criminelles de certaines personnes du monde des affaires et ont présenté un rapport au procureur général. À la suite de la publication de ce rapport, l'intimé a intenté un double recours contre les appelants et la Commission elle-même. Le premier vise à faire annuler le rapport et la preuve recueillie, le deuxième, qui fait l'objet du présent pourvoi, à faire condamner la Commission et les appelants à lui payer des dommages exemplaires conformément à l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'intimé allègue que les appelants ont agi sans juridiction en ne respectant pas les règles de justice naturelle et en ne se conformant pas aux dispositions de la *Loi de police* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il allègue principalement que, contrairement à l'art. 34.3 de la *Loi de police*, les appelants ont blâmé sa conduite sans l'avoir informé

of the facts alleged against him or permitting him to be heard on the subject.

Citing the immunity conferred on them by s. 22 of the *Police Act*, both appellants filed a motion to dismiss. Section 22 provides that the Commission and each of its members are vested with the powers and immunity of a commissioner appointed under the *Act respecting public inquiry commissions*. Section 16 of the Act provides that "The commissioners shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty". The Superior Court found that the immunity of appellants was absolute, allowed the motions and dismissed the action for damages. The Court of Appeal reversed the judgment on the ground that the immunity was not absolute but depended largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he has that he lacked jurisdiction.

Held (Wilson and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.: It is possible that the action to quash the report of the Commission de police and the evidence obtained is valid if the allegations made are proven, but these allegations do not support an action in damages against appellants. Under s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, appellants are vested with the same immunity as a judge of the Superior Court "for any act done or omitted in the execution of their duty". The phrase "in the execution of their duty" means the execution of the duty imposed by that Act on commissioners, and the duty referred to is that of holding an inquiry and submitting a report. Unlike the legislation applicable in other jurisdictions, this section makes no distinction depending on whether the act done or omitted was done or omitted without jurisdiction or in excess of jurisdiction. There was no question in the case at bar that appellants had jurisdiction to hold an inquiry and submit a report. They accordingly enjoy the absolute immunity of superior court judges, and appellants were correct to proceed by a motion to dismiss respondent's action for damages.

Per Wilson and La Forest JJ., *dissenting*: Under s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, commissioners have the same immunity as superior court judges for any act done or omitted in the execution of their duty. What must be considered, therefore, is the duty of the commissioners under their enabling Act. There is no doubt in the case at bar that under s. 35 of the *Police Act*, the Commission has a duty to submit a

des faits qu'on lui reprochait et sans lui avoir permis d'être entendu à ce sujet.

Invoquant l'immunité que leur confère l'art. 22 de la *Loi de police*, les appelants ont tous deux présenté une requête en irrecevabilité. L'article 22 prévoit que la Commission ainsi que chacun de ses membres sont investis des pouvoirs et de l'immunité d'un commissaire nommé en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*. L'article 16 de cette loi prescrit que «Les commissaires jouissent de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs». Concluant à l'immunité absolue des appelants, la Cour supérieure a accueilli les requêtes et rejeté le recours en dommages. La Cour d'appel a infirmé le jugement au motif que l'immunité ne serait pas absolue mais dépendrait grandement de l'*ultra vires* de l'acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l'absence de sa compétence.

Arrêt (les juges Wilson et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain: Il est possible que la demande d'annulation du rapport de la Commission de police et de la preuve recueillie soit fondée si la preuve des allégations est faite mais ces allégations ne donnent pas ouverture à un recours en dommages contre les appelants. En vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, les appelants sont investis de la même immunité qu'un juge de la Cour supérieure «pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs». L'expression «dans l'exécution de leurs devoirs» s'entend des devoirs que cette loi impose aux commissaires et ces devoirs consistent à faire enquête et à remettre un rapport. Cet article, contrairement à la législation qui s'applique dans d'autres juridictions, ne fait aucune distinction selon que l'acte en cause est fait ou omis sans compétence ou en excès de compétence. En l'espèce, il est incontestable que les appelants avaient compétence pour enquêter et pour faire rapport. Ils jouissent donc de l'immunité absolue des juges de la Cour supérieure et les appelants étaient bien fondés de procéder par voie de requête en irrecevabilité pour faire rejeter le recours en dommages de l'intimé.

Les juges Wilson et La Forest, *dissidents*: En vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, les commissaires jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs. Il faut donc examiner les devoirs des commissaires en vertu de leur loi constituante. Il ne fait pas de doute en l'espèce qu'en vertu de l'art. 35 de la *Loi de police*, la Commission a le devoir

report to the Attorney General. However, the Act also clearly indicates in s. 34.3 that the report "shall not ... censure the conduct of a person ... unless it has informed him of the facts alleged against him and has permitted him to be heard on that subject". Far from submitting a report in the execution of their duty, the commissioners, if the allegation against them is true, did what they had a duty under the Act not to do. This is not simply a matter of an unimportant procedural omission, but of an irregularity that is both obvious and serious. Accordingly, if respondent's conduct was censured without complying with the requirements of s. 34.3, it is far from certain that the commissioners acted in the exercise of their duty for the purposes of s. 16. The motions to dismiss should therefore be dismissed.

Cases Cited

By the majority

McC v. Mullan, [1984] 3 All E.R. 908; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, considered; *Trapp v. Mackie*, [1979] 1 All E.R. 489; *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431; *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Floyd and Barker* (1607), 12 Co. Rep. 23; *O'Connor v. Waldron*, [1935] A.C. 76; *Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *McGillivray v. Kimber* (1915), 52 S.C.R. 146; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Haggard v. Pélicier Frères*, [1892] A.C. 61; *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *Stark v. Auerbach* (1979), 98 D.L.R. (3d) 583; *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197; *Ringrose v. Stevenson* (1982), 35 A.R. 62; *Schwartz v. Smith* (1964), 45 D.L.R. (2d) 316; *Gabriel v. Langlois*, [1973] C.S. 659; *Bengle v. Weir* (1929), 67 C.S. 289; *Foran v. Tatangello* (1976), 14 O.R. (2d) 91, referred to.

By the minority

McC v. Mullan, [1984] 3 All E.R. 908; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley*, [1962] O.R. 872; *Marshalsea Case* (1612), 10 Co. Rep. 68b, 77 E.R. 1027.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting public inquiry commissions, R.S.Q., c. C-37, ss. 1-20.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.
Code of Civil Procedure, arts. 33, 165(4).

de présenter un rapport au procureur général. Toutefois, la Loi indique aussi clairement à l'art. 34.3 que le rapport «ne peut ... blâmer la conduite d'une personne ... à moins de l'avoir informée des faits qu'on lui reproche et de lui avoir permis d'être entendue». Loin d'avoir fait rapport dans l'exécution de leurs devoirs, les commissaires, si ce qu'on leur reproche est vrai, ont fait ce que la Loi leur impose le devoir de ne pas faire. Il ne s'agit pas ici d'une simple omission de procédure sans importance mais d'une irrégularité à la fois évidente et grave. En conséquence, si la conduite de l'intimé a été blâmée sans que les exigences de l'art. 34.3 n'aient été respectées, il est loin d'être certain que les commissaires ont agi dans l'exercice de leurs devoirs pour les fins de l'art. 16. Les requêtes en irrecevabilité doivent donc être rejetées.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts examinés: *McC v. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; arrêts mentionnés: *Trapp v. Mackie*, [1979] 1 All E.R. 489; *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431; *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Floyd and Barker* (1607), 12 Co. Rep. 23; *O'Connor v. Waldron*, [1935] A.C. 76; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *McGillivray v. Kimber* (1915), 52 R.C.S. 146; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Haggard v. Pélicier Frères*, [1892] A.C. 61; *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *Stark v. Auerbach* (1979), 98 D.L.R. (3d) 583; *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197; *Ringrose v. Stevenson* (1982), 35 A.R. 62; *Schwartz v. Smith* (1964), 45 D.L.R. (2d) 316; *Gabriel c. Langlois*, [1973] C.S. 659; *Bengle v. Weir* (1929), 67 C.S. 289; *Foran v. Tatangello* (1976), 14 O.R. (2d) 91.

Citée par la minorité

McC v. Mullan, [1984] 3 All E.R. 908; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley*, [1962] O.R. 872; *Marshalsea Case* (1612), 10 Co. Rep. 68b, 77 E.R. 1027.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 49.
Code de procédure civile, art. 33, 165(4).
Justices' and Magistrates' Protection Act, R.S.N.S. 1967, chap. 157, art. 2.

Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11, s. 98.
Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13.
Justices' and Magistrates' Protection Act, R.S.N.S. 1967, c. 157, s. 2.
Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964, s. 15.
Magistrate's Privileges Act, R.S.Q., c. P-24, s. 1.
Police Act, R.S.Q., c. P-13, ss. 20, 21, 22, 34.3, 35.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 37.
Provincial Court Act, 1978, 1978 (Sask.), c. 42, s. 23.
Provincial Court Judges Act, 1981 (Alta.), c. P-20.1, s. 16(1).

Authors Cited

Brun, H. et G. Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 1, London, Butterworths, 1973.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 334, [1983] R.D.J. 514, which reversed a judgment of the Superior Court. Appeal allowed, Wilson and La Forest JJ. dissenting.

Georges Emery, Q.C., for the appellant Boily.

Michel Décary, for the appellant Morier.

Pierre Lemieux and *André Gaudreau*, for the mis en cause the Attorney General of Quebec.

Guy Pepin, Q.C., and *Isabelle Geoffrey*, for the respondent.

English version of the judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ. delivered by

CHOUINARD J.—Respondent, a practising lawyer for over twenty years, alleges that his conduct was censured in a report by the Commission de police to the Attorney General of Quebec. This report was titled [TRANSLATION] "Crime in certain business circles in Québec".

Following the publication of this report respondent brought a twofold action against appellants, additional members of the Commission and signatories of the report, and the Commission itself.

Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 20, 21, 22, 34.3, 35.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11, art. 98.
Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., chap. C-37, art. 1 à 20.
Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13.
Loi sur les privilèges des magistrats, L.R.Q., chap. P-24, art. 1.
Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964, art. 15.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, chap. 341, art. 37.
Provincial Court Act, 1978, 1978 (Sask.), chap. 42, art. 23.
Provincial Court Judges Act, 1981 (Alb.), chap. P-20.1, art. 16(1).

Doctrine citée

Brun, H. et G. Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 1, London, Butterworths, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 334, [1983] R.D.J. 514, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli, les juges Wilson et La Forest sont dissidents.

Georges Emery, c.r., pour l'appelant Boily.

Michel Décary, pour l'appelant Morier.

Pierre Lemieux et *André Gaudreau*, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

Guy Pepin, c.r., et *Isabelle Geoffrey*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'intimé, un avocat en exercice depuis plus de 20 ans, allègue que sa conduite a été blâmée dans un rapport de la Commission de police au procureur général du Québec. Ce rapport est intitulé «La criminalité dans certains milieux d'affaires, à Québec».

À la suite de la publication de ce rapport, l'intimé a intenté un double recours contre les appelants, membres additionnels de la Commission et signataires du rapport, et la Commission elle-même.

Respondent's two actions were joined in one. In the first, in the form of a direct action in nullity based on art. 33 *C.C.P.*, respondent asked that the report in question be declared null and void together with any evidence obtained in preparing it. Alternatively, he asked that the Court declare null and void the part of the report which mentions him and any evidence relating to the bankruptcy of Terreau & Racine Ltée.

In the second action, respondent asked that the Commission and appellants be jointly and severally ordered to pay him the sum of $250,000 as exemplary damages, in accordance with s. 49 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Section 49 provides:

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

Inter alia, respondent charged appellants with using in their report evidence obtained in a previous inquiry at which appellant Boily was present, but not appellant Morier. Respondent further alleged that appellants did not inform him of the facts alleged against him or permit him to be heard on the subject. Respondent was called as a witness at the initial inquiry, but was never informed as required by s. 34.3 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13:

34.3 The Commission shall not, in its reports, censure the conduct of a person or recommend that punitive action be taken against him unless it has informed him of the facts alleged against him and has permitted him to be heard on that subject.

That obligation ceases if that person has been invited to appear before the Commission within a reasonable time and he has refused or neglected to do so. That invitation shall be served in the same manner as a summons under the Code of Civil Procedure.

The respondent alleged many other facts. The principal allegations of his statement of claim are as follows:

Les deux recours de l'intimé sont joints dans une même action. Par le premier recours, de la nature d'une action directe en nullité fondée sur l'art. 33 *C.p.c.*, l'intimé demande que le rapport en question soit déclaré nul et non avenu de même que toute la preuve recueillie en vue de sa préparation. Subsidiairement, il demande que soient déclarés nulles et non avenues la partie du rapport où il est fait mention de lui ainsi que toute la preuve relative à la faillite de Terreau & Racine Ltée.

Par le second recours, l'intimé demande que la Commission et les appelants soient condamnés conjointement et solidairement à lui payer la somme de 250 000 $ à titre de dommages exemplaires, conformément au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12. L'article 49 dispose:

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Entre autres choses, l'intimé reproche aux appelants d'avoir utilisé, pour les fins de leur rapport, la preuve recueillie à l'occasion d'une première enquête à laquelle était présent l'appelant Boily mais non l'appelant Morier. L'intimé allègue en outre que les appelants ne l'ont pas informé des faits qui lui étaient reprochés et ne lui ont pas permis d'être entendu à ce sujet. L'intimé fut appelé comme témoin lors de la première enquête, mais ne fut jamais avisé comme l'exige l'art. 34.3 de la *Loi de police*, L.R.Q., chap. P-13:

34.3 La Commission ne peut, dans ses rapports, blâmer la conduite d'une personne ou recommander que des sanctions soient prises contre elle, à moins de l'avoir informée des faits qu'on lui reproche et de lui avoir permis d'être entendue à ce sujet.

Cette obligation cesse si cette personne a été invitée à se présenter devant la Commission dans un délai raisonnable et si elle a refusé ou négligé de le faire. Cette invitation est signifiée de la même façon qu'une assignation en vertu du Code de procédure civile.

L'intimé allègue encore bien d'autres faits. Voici du reste les principales allégations de la déclaration:

[TRANSLATION]

4. As will be explained below, defendants acted without jurisdiction and/or exceeded the jurisdiction they claimed to have, in particular in that:

4.1 they contravened the Act and the audi alteram partem rule of natural justice;

4.2 defendants failed to comply with s. 34.3 of the Police Act where plaintiff is concerned;

4.3 defendants acted in a discriminatory manner toward plaintiff;

4.4 defendants contravened the provisions of the Charter of human rights and freedoms;

4.5 defendant Gilbert Morier could not sign the report relating to plaintiff and Terreau & Racine Ltée, since he did not hear the evidence;

4.6 the quorum of two in the matter of Terreau & Racine Ltée, as required by the Act, was not observed by defendant Gilbert Morier;

4.7 defendants knowingly committed a fraud on the law;

. . .

23. As appears from the said report (P-9), one full section is devoted to the matter of the bankruptcy of Terreau & Racine Ltée, and plaintiff's name is mentioned several times;

24. Additionally, the said report of November 27, 1980 (P-9), following the second inquiry, contains quotations from the testimony of plaintiff at the first inquiry before a different panel, especially in the portion dealing with the matter of Terreau & Racine Ltée;

25. This being so, as plaintiff did not testify on this matter before the panel presided over by Gilbert Morier J., plaintiff's testimony on the matter of the bankruptcy of Terreau & Racine Ltée was evidence aliunde and hearsay;

26. Plaintiff was very harshly censured by the Commission and by its members Gilbert Morier and Raymond Boily, both in the report and in the recommendations;

27. Contrary to the rules of natural justice and the Charter of human rights and freedoms, and s. 34 of the Police Act, plaintiff has never been heard and has never been given an opportunity to be heard on the matter of the bankruptcy of Terreau & Racine Ltée by the panel consisting of Morier and Boily JJ.;

4. Tel qu'il sera ci-après expliqué, les défendeurs ont agi sans juridiction et/ou ont excédé la juridiction qu'ils prétendaient avoir, notamment en ce que:

4.1 ils ont violé la Loi et la règle de justice naturelle audi alteram partem;

4.2 les défendeurs ont omis de se conformer à l'article 34.3 de la Loi de police quant au demandeur;

4.3 les défendeurs ont agi d'une façon discriminatoire envers le demandeur;

4.4 les défendeurs ont violé les dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne;

4.5 le défendeur, Gilbert Morier, ne pouvait signer le rapport relativement au demandeur et au sujet de Terreau & Racine Ltée vu qu'il n'a pas entendu les témoignages;

4.6 le quorum de deux relativement au dossier de Terreau & Racine Ltée, tel que stipulé à la loi, n'a pas été observé par le défendeur Gilbert Morier;

4.7 les défendeurs ont sciemment commis une fraude à la loi;

. . .

23. Tel qu'il appert dudit rapport (P-9), une partie complète est consacrée à l'affaire de la faillite de Terreau & Racine Ltée et le nom du demandeur y est mentionné à plusieurs reprises;

24. De plus, ledit rapport du 27 novembre 1980 (P-9) qui faisait suite à la deuxième enquête, comporte des citations du témoignage du demandeur rendu lors de la première enquête devant un banc différent, notamment dans le chapitre portant sur l'affaire de Terreau & Racine Ltée;

25. Ce faisant, comme le demandeur n'avait pas témoigné sur cette question devant le banc présidé par le juge Gilbert Morier, le témoignage du demandeur portant sur l'affaire de la faillite de Terreau & Racine Ltée constituait une preuve hors instance et du ouï-dire;

26. Le demandeur a été très sévèrement blâmé par la Commission et par les commissaires Gilbert Morier et Raymond Boily tant dans le rapport qu'au chapitre des recommandations;

27. Or, le demandeur n'a jamais été entendu et n'a jamais eu l'occasion d'être entendu sur la question de la faillite de Terreau & Racine Ltée, par le banc formé des commissaires Morier et Boily le tout contrairement aux règles de la justice naturelle et à la Charte des droits et libertés de la personne et à l'article 34 de la Loi de police;

28. Without limiting the generality of the foregoing, Morier and Boily JJ., in their report of November 27, 1980 (P-9), censured plaintiff without informing him of the facts alleged against him and without inviting him to be heard on the subject, contrary to s. 34.3 of the *Police Act* . . .

. . .

31.4 Defendants exceeded their mandate by making the arousing of public opinion their objective, whereas their mandate was limited to submitting a report to the Attorney General, as can be seen from the following extracts from the said report:

p. 2 "The significance of an inquiry such as the one we have conducted appears in the Act: informing the Government by a report on any aspect of crime and also arousing public opinion concerning the misdeeds of organized crime."

p. 3 "We have chosen in our report to set forth all the salient facts presented to us, without limitation, in order to inform the Attorney General and the public as fully as possible, in the hope that the appropriate legal action will thus be taken more quickly."

. . .

31.10 In doing so, defendants were seriously remiss in their duty to act fairly, by their unfair, wrongful, discriminatory and inequitable treatment of plaintiff, since as will be demonstrated at the hearing the notices required by s. 34.3 were sent to other persons who were called to testify at the inquiry held pursuant to Order in Council 3458-79 (P-4);

These allegations were made in support of both the action to quash the report and the evidence obtained and the action for damages.

However, the appeal relates only to the latter action. Additionally, the Commission de police, which was also a defendant in the action for damages, is not a party to the appeal.

This is explained by the fact that, before responding to the action, each of the appellants filed a motion to dismiss, citing the immunity conferred by s. 22 of the *Police Act*:

22. For the purposes of an inquiry held by it under this act or any other act, the Commission, each of its members and every person authorized by it to make an inquiry are vested with the powers and immunity of a

28. Sans limiter la portée générale des termes qui précèdent, les commissaires Morier et Boily dans leur rapport du 27 novembre 1980 (P-9), ont blâmé le demandeur sans l'avoir informé des faits qu'on lui reprochait et sans l'avoir invité à être entendu à ce sujet, le tout contrairement à l'article 34.3 de la Loi de police . . .

. . .

31.4 La défenderesse et les défendeurs ont excédé leur mandat en se donnant comme but de sensibiliser l'opinion publique alors que leur mandat se limitait à faire rapport au Procureur Général, le tout tel qu'il appert des extraits dudit rapport:

p. 2 «L'intérêt d'une enquête comme celle que nous avons tenue apparaît dans la loi: informer le Gouvernement par un rapport sur un aspect de la criminalité, et aussi sensibiliser le public sur les méfaits du crime organisé.»

p. 3 «Nous avons choisi d'exposer dans notre rapport tous les faits importants dont nous avons été saisis, sans restriction, afin d'informer le procureur général et de renseigner le public de la façon la plus adéquate possible en formulant le vœu que l'action judiciaire appropriée interviendra ainsi plus rapidement.»

. . .

31.10 Ce faisant, la défenderesse et les défendeurs ont manqué gravement à leur devoir d'agir équitablement (duty to act fairly), en traitant le demandeur de façon injuste, abusive, discriminatoire et inéquitable puisque, tel qu'il sera démontré à l'enquête, des avis exigés à l'article 34.3 ont été envoyés à d'autres personnes appelées à témoigner lors de l'enquête tenue en vertu de l'Arrêté en Conseil 3458-79 (P-4);

Ces allégations sont avancées au soutien tant du recours en nullité du rapport et de la preuve recueillie que du recours en dommages.

Seul ce dernier recours toutefois fait l'objet du pourvoi. Par ailleurs, la Commission de police également visée par le recours en dommages n'est pas partie au pourvoi.

Ceci s'explique du fait qu'avant de plaider à l'action chacun des appelants a présenté une requête en irrecevabilité invoquant l'immunité que lui confère l'art. 22 de la *Loi de police*:

22. Aux fins d'une enquête qu'elle tient en vertu de la présente loi ou de toute autre loi, la Commission ainsi que chacun de ses membres et toute personne autorisée par elle à faire enquête sont investis des pouvoirs et de

commissioner appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37).

Section 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, R.S.Q., c. C-37, provides:

16. The Commissioners shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty.

Judgments of Superior Court and Court of Appeal

The Superior Court judge found that appellants had absolute immunity and allowed the motions to dismiss, dismissed respondent's action for damages against appellants and found that the relevant paragraphs of the allegations and conclusions of the statement of claim could not be set up against appellants.

In a unanimous judgment, *Rivard v. Morier*, [1983] C.A. 334, the Court of Appeal reversed the Superior Court and dismissed the motions to dismiss on the following grounds (at p. 335):

[TRANSLATION] The immunity of superior court judges is not defined by law. Judicial attitudes to its scope have evolved: see *Sirros* v. *Moore*, [1975] Q.B. 118 (U.K.) The immunity does not seem to be absolute but to depend largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he has that he lacked jurisdiction.

It is difficult to assess the concepts of jurisdiction and knowledge in the abstract: it is usually preferable to look at the exact circumstances of a case before arriving at a decision.

This is so in the case at bar: appellant alleged that respondents began an inquiry without publishing notices and that they censured his conduct without giving him an opportunity to defend himself, contrary to the specific provisions of the Act under which they held their mandate.

The evidence presented of these allegations will be more or less circumstantial. If certain circumstances were proven, a judge could conclude that the immunity enjoyed by respondents was not a bar to appellant's action.

At this stage of the proceedings, appellant should be given the benefit of the doubt.

l'immunité d'un commissaire nommé en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37).

L'article 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., chap. C-37, édicte:

16. Les commissaires jouissent de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs.

Le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel

Concluant à l'immunité absolue des appelants, le juge de la Cour supérieure a accueilli les requêtes en irrecevabilité, rejeté le recours en dommages de l'intimé contre les appelants tout en déclarant inopposables à ces derniers les paragraphes pertinents des allégations et des conclusions de la déclaration.

Par un arrêt unanime, *Rivard c. Morier*, [1983] C.A. 334, la Cour d'appel a infirmé la Cour supérieure et rejeté les requêtes en irrecevabilité pour les motifs suivants (à la p. 335):

L'immunité des juges de la Cour supérieure n'est pas définie par la loi. La jurisprudence quant à son étendue a évolué. Voir *Sirros* c. *Moore*, [1975] Q.B. 118 (R.-U.). L'immunité ne serait pas absolue mais dépendrait grandement de l'*ultra vires* de l'acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l'absence de sa compétence.

Or la notion de compétence et le concept de connaissance s'évaluent difficilement dans l'abstrait: la plupart du temps il vaut mieux voir les circonstances exactes d'une affaire avant de pouvoir statuer.

C'est le cas dans la présente cause: l'appelant a allégué que les intimés ont commencé une enquête sans publier d'avis et qu'ils ont blâmé sa conduite sans lui avoir donné l'occasion de se disculper et ceci contrairement aux dispositions spécifiques de la loi en vertu de laquelle ils détenaient leur mandat.

La preuve qui sera faite de ces allégations sera plus ou moins circonstanciée. Si certaines circonstances étaient prouvées, un juge pourrait en arriver à la conclusion que l'immunité dont jouissaient les intimés ne constituait pas une fin de non-recevoir à l'action de l'appelant.

À ce stade des procédures, il y a lieu d'accorder le bénéfice du doute à l'appelant.

In short, I am unable to conclude that the allegations of appellant's action do not establish a right against respondents.

Position of Appellants

According to appellants, the question presented by the appeal is the following: [TRANSLATION] "Is the immunity of superior court judges absolute?"

They summarized their position as follows:

[TRANSLATION] Appellants answer this question in the affirmative and submit that:

A [Commissioners] enjoy the immunity of superior court judges;

B The immunity of superior court judges is absolute;

C As the immunity of the [commissioners] is absolute, any action for damages based on an unlawful invasion of a personal right is inadmissible in law.

Position of Attorney General of Quebec

The mis en cause Attorney General of Quebec intervened in support of appellants.

His submission dealt with the following two points:

[TRANSLATION]

1. For which acts do commissioners appointed under the *Police Act* (R.S.Q., c. P-13) enjoy the immunity of superior court judges?
2. Is the immunity of superior court judges from civil suit absolute?

The Attorney General submitted that:

[TRANSLATION]

1. Commissioners appointed under the *Police Act* (R.S.Q., c. P-13) enjoy the same immunity as superior court judges for any act relating to the performance of their inquiry functions;
2. the immunity of superior court judges from civil suit is absolute;
3. the action against appellants for damages is inadmissible in law.

Position of Respondent

Respondent placed the discussion on a completely different level. He stated the points at issue as follows:

[TRANSLATION] In their submission, appellants discussed the point at issue as being concerned with the

Bref, je ne peux me convaincre que les allégations de l'action de l'appelant ne font pas voir un droit contre les intimés.

La position des appelants

Selon les appelants la question que pose ce pourvoi est la suivante: «L'immunité des juges de la Cour supérieure est-elle absolue?»

Ils résument ainsi leur position:

À cette question, les appelants répondent par l'affirmative et soumettent que:

A Les [commissaires] jouissent de l'immunité des juges de la Cour Supérieure;

B L'immunité des juges de la Cour Supérieure est absolue;

C L'immunité des [commissaires] étant absolue, toute demande pour dommages fondée sur une atteinte illicite à un droit personnel est irrecevable en droit.

La position du procureur général du Québec

Le procureur général du Québec, mis en cause, intervient au soutien des appelants.

Son exposé porte sur les deux points suivants:

1. pour quels actes les commissaires nommés en vertu de la *Loi de police* (L.R.Q., c. P-13) bénéficient-ils de l'immunité des juges de la Cour supérieure?;
2. l'immunité de poursuite civile des juges de la Cour supérieure est-elle absolue?

Le procureur général soumet que:

1. les commissaires nommés en vertu de la *Loi de police* (L.R.Q., c. P-13) jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure pour tout acte relatif à l'accomplissement de leurs devoirs d'enquête;
2. l'immunité de poursuite civile des juges de la Cour supérieure est absolue;
3. l'action en dommages instituée contre les appelants est irrecevable en droit.

La position de l'intimé

L'intimé place le débat sur un tout autre plan. Voici comment il énonce les questions en litige:

Dans leur mémoire, les appelants présentent la question en litige comme portant sur le caractère absolu ou

absolute or relative nature of the immunity of superior court judges from an action at law.

Respondent submits that the point at issue is not as presented by appellants. The Commission de police du Québec is not a superior court of record, it is simply an administrative body, and persons acting as members of that body have the status of public officers, not judges. The immunity of superior court judges is an abstract matter governed by rules fixed by the common law of the United Kingdom, which do not differ in Canada and Quebec (H. Patrick Glenn, *La responsabilité des juges*, (1983) 28 McGill L.J. 228). The action at bar in nullity and for exemplary damages is brought in particular against appellants Morier and Boily in their capacity as public officers or members of the Commission de police, and not as superior court judges.

The position of respondent Rivard is that the case at bar is essentially a question of the personal liability of public officers who are members of an administrative body, and raises the question of the interpretation of Quebec statutes which amend the common law on the personal liability of public officers, by conferring on them, in certain circumstances and for certain purposes, the powers and immunities of a superior court judge. In particular, the question is whether appellants Morier and Boily, conducting an inquiry and preparing a report as members of the Commission de police, enjoy the immunities of a superior court judge for all legal purposes and throughout the duration of their mandate, including the making of such statements and censures as they may include in the report of the inquiry, which they submit to the Attorney General and which is then published and broadcast.

In respondent's submission, the case is not concerned with the nature of the immunity of superior court judges, but its scope, in light of the interpretation that must be given to Quebec statutes when they extend that immunity and those powers in part to public officers with differing status and training.

Respondent stated two propositions, which he then developed by dividing them into several sub-propositions. The two propositions are as follows:

[TRANSLATION] 1. At common law, a public officer empowered to conduct an inquiry and make a report in accordance with the law is liable in tort, or for fault, like any person of full age and capacity, in particular for statements or conclusions contained in such a report and acts committed without authority or in breach of the law.

relatif de l'immunité des juges d'une cour supérieure en cas de poursuite en justice.

Or l'intimé soumet que la question en litige n'est pas celle que les appelants soulèvent. La Commission de Police du Québec n'est pas une cour supérieure de justice, c'est un simple organisme administratif et les personnes qui agissent comme membres de cet organisme ont alors le statut d'agents publics et non celui de juges. L'immunité des juges de la Cour supérieure est une question abstraite régie par des règles déjà fixées par le droit commun au Royaume-Uni et qui ne sont pas différentes au Canada et au Québec (H. Patrick Glenn, *La responsabilité des juges*, (1983) 28 McGill L.J. 228). La présente action en nullité et en dommages exemplaires est dirigée notamment contre les appelants Morier et Boily en leur qualité d'agents publics ou de membres de la Commission de Police, et non en tant que juges d'une Cour supérieure.

La position de l'intimé Rivard est que le présent litige s'analyse essentiellement comme un problème de responsabilité personnelle des agents publics membres d'un organisme administratif et pose le problème de l'interprétation des lois du Québec modifiant le droit commun de la responsabilité personnelle des agents publics, en leur conférant, en certaines circonstances et à certaines fins, les pouvoirs ainsi que les immunités d'un juge de la Cour supérieure. Plus précisément, il s'agit de déterminer si les appelants Morier et Boily, faisant enquête et rapport en qualité de membres de la Commission de Police, bénéficient des immunités d'un juge de la Cour supérieure à toutes fins que de droit et à toutes les étapes de l'exercice de ce mandat, y compris à l'égard des propos et des blâmes qu'ils tiennent dans le rapport d'enquête qu'ils soumettent au Procureur général et qui est ensuite publié et diffusé.

Le litige ne porte pas, selon l'intimé, sur la nature de l'immunité des juges de la Cour supérieure, mais sur son champ d'application, eu égard à l'interprétation à donner aux lois du Québec lorsqu'elles étendent cette immunité ainsi que ces pouvoirs en partie à des agents publics de statut et de formation variables.

L'intimé formule deux propositions qu'il développe ensuite en les scindant en plusieurs sous-propositions. Ces deux propositions sont:

1. Selon le droit commun, l'agent public habilité à faire enquête et à faire rapport en vertu de la loi est responsable «in tort» ou pour faute comme tout particulier majeur et capable, notamment pour les propos ou conclusions contenus dans tel rapport d'enquête et les actes commis sans autorité ou en violation de la loi.

2. The laws of the Province of Quebec do not confer on the Commission de police du Québec, investigating certain aspects of crime, the attributes of a court of record at all stages of such inquiries; in submitting a report to the Attorney General, appellants acted as public officers and not by virtue of their powers as superior court judges, and they are accordingly not shielded by the special system of immunity enjoyed by superior court judges.

In support of his first proposition, respondent argued that:

[TRANSLATION] 1.1 At common law, a public officer enjoys no immunity in principle, and is fully liable in tort, or for fault, when he acts without authority or in breach of the law.

Respondent cited the following cases:

—*McGillivray v. Kimber* (1915), 52 S.C.R. 146 (especially at p. 168, Duff J.);

—*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 (especially at pp. 141-42, Rand J.);

—*Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474.

However, none of these cases dealt with the interpretation of legislation similar to that applicable in the case at bar.

Respondent further submitted that:

[TRANSLATION] 1.2 At common law, a public officer acting under the law ... benefited from the same immunities as judges of courts of record when he acted as a court and was vested with the attributes of a court of record.

Respondent went on:

[TRANSLATION] However, though vested with quasi-judicial powers, administrative bodies are not on an equal footing with courts of record.

Respondent concluded this heading with the following:

[TRANSLATION] Despite these fundamental differences the courts have, for reasons of the public interest, extended the protection of the immunities enjoyed by judges of courts of record to members of administrative bodies, not in all circumstances or for all legal purposes, but only in certain specific situations, such as when they are performing the functions of a court of record under

2. Les lois de la province de Québec ne confèrent pas à la Commission de Police du Québec enquêtant sur certains aspects de la criminalité, les attributs d'une cour de justice, à toutes les étapes de ces enquêtes; et en faisant rapport au Procureur général, les appelants agissaient comme agents publics et non en vertu de leurs pouvoirs de juges de la Cour supérieure et ils ne sont pas alors protégés par le régime spécial d'immunité des juges de la Cour supérieure.

À l'appui de sa première proposition l'intimé fait valoir en premier lieu que:

1.1 Selon le droit commun, un agent public ne bénéficie d'aucune immunité de principe et il est pleinement responsable «in tort» ou pour faute lorsqu'il agit sans autorité ou en violation de la loi.

L'intimé cite les arrêts suivants:

—*McGillivray v. Kimber* (1915), 52 R.C.S. 146 (notamment à la p. 168, le juge Duff);

—*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (notamment aux pp. 141 et 142, le juge Rand);

—*Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474.

Cependant aucune de ces affaires ne portait sur l'interprétation de dispositions législatives semblables à celles applicables en l'espèce.

L'intimé soumet par ailleurs que:

1.2 Selon le droit commun, un agent public agissant en vertu de la loi ... bénéficie des mêmes immunités que [l]es juges des cours de justice lorsqu'il agit comme tribunal et est investi des attributs d'une cour de justice.

L'intimé ajoute:

Mais, les organismes administratifs, même investis de pouvoirs quasi-judiciaires, ne sont pas sur un pied d'égalité avec les cours de justice.

L'intimé conclut cette rubrique par ce passage:

Malgré ces différences fondamentales, la jurisprudence a étendu, pour des raisons d'intérêt public, le régime des immunités dont bénéficient les juges des cours de justice, aux membres des organismes administratifs, non pas en toutes circonstances ou à toutes fins que de droit, mais uniquement en certaines situations précises, savoir lorsqu'ils exercent en vertu de la loi les

a statute, in short when they are acting as a court or acting by authority as does a court of record.

In support of these various statements, respondent cited several cases including *Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, and *O'Connor v. Waldron*, [1935] A.C. 76.

In the *Canadian Broadcasting Corporation* case, this Court held that the Commission de police did not have the power to punish someone for contempt of court not committed in its presence. The Court had to interpret s. 7 of the *Public Inquiry Commission Act*, which reads:

> **7.** A majority of the commissioners must attend and preside at the hearing of witnesses, and they, or a majority of them, shall have, with respect to the proceedings upon the hearing, all the powers of a judge of the Superior Court in term.

Beetz J., speaking for the majority, wrote at pp. 642-43:

> However, the legislature did not intend to confer all the powers of a judge of the Superior Court on the Police Commission, only those concerning the procedure for the examination of witnesses.

That case concerned the powers of commissioners to examine witnesses, not their immunity for an act done or omitted in the course of their duties. In my view, it is not applicable in the case at bar.

In *O'Connor v. Waldron*, the Privy Council held that a commission conducting an inquiry under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, enjoyed no immunity against an action in tort on account of defamatory statements made during the inquiry. Section 22 of the Act conferred on the commissioners the powers of a superior court for the hearing of evidence, but once again there was no mention anywhere of an immunity, nor was there any such mention in the *Inquiries Act*, R.S.C. 1927, c. 99, applicable to combines investigations.

In his second proposition, respondent argued that in preparing their report appellants acted as

attributs d'une cour de justice, bref lorsqu'ils agissent comme tribunal ou posent des actes d'autorité comme le fait une cour de justice.

À l'appui de ces divers énoncés l'intimé cite plusieurs arrêts, notamment: *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, et *O'Connor v. Waldron*, [1935] A.C. 76.

Dans l'affaire de la *Société Radio-Canada*, cette Cour a décidé que la Commission de police n'avait pas le pouvoir de punir quelqu'un à la suite d'outrage au tribunal commis hors sa présence. Il s'agissait d'interpréter l'art. 7 de la *Loi sur les commissions d'enquête* que voici:

> **7.** La majorité des commissaires doit assister et présider à l'examen des témoins, et les commissaires ont, ou la majorité d'entre eux, en ce qui concerne les procédures de cet examen, tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme.

Le juge Beetz dans ses motifs majoritaires écrit aux pp. 642 et 643:

> Mais ce ne sont pas tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure que le législateur a voulu conférer à la Commission de police mais seulement ceux qui concernent les procédures de l'examen des témoins.

Il s'agissait des pouvoirs des commissaires en ce qui concerne l'examen des témoins et non de leur immunité pour un acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs. À mon avis, cet arrêt n'a aucune application en l'espèce.

Dans *O'Connor v. Waldron*, il fut décidé par le Conseil privé qu'une commission faisant enquête en vertu de la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, chap. 26, ne jouissait pas d'immunité contre une poursuite en responsabilité à raison de propos diffamatoires tenus au cours de l'enquête. L'article 22 de cette loi conférait aux commissaires enquêteurs les pouvoirs d'une Cour supérieure pour l'administration de la preuve mais, encore une fois, nulle part était-il question d'immunité, pas plus d'ailleurs que dans la *Loi des enquêtes*, S.R.C. 1927, chap. 99, applicable aux enquêtes sur les coalitions.

Par sa deuxième proposition, l'intimé fait valoir que les appelants, en faisant rapport, ont agi

public officers, and that they accordingly were not shielded by the immunity of superior court judges.

Respondent broke down this proposition into three parts:

[TRANSLATION]

—The statutes of Quebec do not confer on the Commission de police du Québec in its investigation of certain aspects of crime the attributes of a court of record at all stages of such inquiries, and in particular that of filing their report.

—Section 16 of the *Police Act* amends the common law by creating a general system of relative immunity only for the members and staff of the Commission de police, protecting all official acts from legal actions for damages.

—Section 22 of the *Police Act* cannot be interpreted as conferring on appellants the special immunity of superior court judges at all stages of their inquiries, and in preparing a report appellants acted as ordinary public officers, not in the exercise of their special powers as superior court judges, and so are not shielded by the special immunity of superior court judges.

Respondent again referred to the common law. He cited *O'Connor v. Waldron*, *supra*, and the decision of the House of Lords in *Trapp v. Mackie*, [1979] 1 All E.R. 489.

In the latter case, Lord Diplock suggested four criteria for determining whether a body is sufficiently similar to a court of record for witnesses called to appear before it to enjoy an absolute immunity. At page 492, he wrote:

So, to decide whether a tribunal acts in a manner similar to courts of justice and thus is of such a kind as will attract absolute, as distinct from qualified, privilege for witnesses when they give testimony before it, one must consider first, under what authority the tribunal acts, secondly, the nature of the question into which it is its duty to inquire, thirdly, the procedure adopted by it in carrying out the inquiry and, fourthly, the legal consequences of the conclusion reached by the tribunal as a result of the inquiry.

comme agents publics et qu'en conséquence, ils ne sont pas protégés par l'immunité des juges de la Cour supérieure.

L'intimé décompose la proposition en trois énoncés que voici:

—Les lois du Québec ne confèrent pas à la Commission de Police du Québec enquêtant sur certains aspects de la criminalité les attributs d'une cour de justice à toutes les étapes de telles enquêtes et notamment à l'étape de la présentation du rapport d'enquête.

—L'article 16 de la *Loi de Police* modifie le droit commun en établissant au bénéfice des membres et du personnel de la Commission de Police un régime général d'immunité relative seulement protégeant tous les actes officiels en cas de poursuite en justice en dommages-intérêts.

—L'article 22 de la *Loi de Police* ne peut s'interpréter comme conférant aux appelants l'immunité spéciale des juges de la Cour supérieure à toutes les étapes de leurs enquêtes et en faisant rapport, les appelants agissaient comme agents publics ordinaires et non dans l'exercice de leurs pouvoirs spéciaux de juges de la Cour supérieure et ne sont donc pas alors protégés par l'immunité spéciale des juges de la Cour supérieure.

L'intimé fait de nouveau appel à la *common law*. Il cite *O'Connor v. Waldron*, précité, puis l'arrêt de la Chambre des lords *Trapp v. Mackie*, [1979] 1 All E.R. 489.

Dans ce dernier arrêt, lord Diplock propose quatre critères pour déterminer si un organisme est suffisamment apparenté à une cour de justice pour que les témoins appelés à comparaître devant lui puissent jouir d'une immunité absolue. Il écrit à la p. 492:

[TRADUCTION] Donc, pour décider si un tribunal agit d'une manière semblable aux cours de justice et appartient à la catégorie qui confère aux témoins qui y déposent une immunité absolue, par opposition à une immunité relative, il faut premièrement examiner en vertu de quelle autorité le tribunal agit, deuxièmement la nature des questions sur lesquelles il est chargé de faire enquête, troisièmement la procédure adoptée pour mener l'enquête, et quatrièmement les conséquences juridiques de la conclusion à laquelle le tribunal est arrivé par suite de son enquête.

Applying these criteria to the Commission de police conducting an inquiry into certain aspects of crime, as in the case at bar, respondent concluded that the Commission has only the first in common with courts of record, and that therefore the Commission and its members do not enjoy an absolute immunity.

However, it must be pointed out that no legislation corresponding to the provisions of the *Police Act* and the *Act respecting public inquiry commissions* was at issue in this decision by the House of Lords, which in my opinion does not apply in the case at bar.

The first statement made by respondent under his second proposition suggested that the Commission de police, when it is investigating crime, is clothed with the attributes of a court of record for the conduct of the inquiry only. It does not have such attributes in the presentation of its report. It is from this premise that respondent went on to make two further statements. Fundamentally, he argued, the Commission and its members enjoy the immunity of superior court judges for the examination of witnesses only, not in relation to the report.

Respondent argued that since in s. 22 of the *Police Act* the words "powers" and "immunity" are used together, when they are found in the *Act respecting public inquiry commissions* they must be subject to the same limiting interpretation. In *Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission*, *supra*, this Court held that the *Public Inquiry Commission Act* did not confer all the powers of a superior court judge on the Commission de police, only those relating to the proceedings for examining witnesses, and that therefore the Commission did not have the power to punish for contempt of court not committed in its presence. Similarly, respondent submitted, the Commission de police and its members only enjoy the immunity of superior court judges for proceedings relating to the examination of witnesses.

In my opinion, this conclusion is untenable in light of the applicable legislation. Only if it were correct would it be necessary to examine more

Appliquant ces critères à la Commission de police menant une enquête sur certains aspects de la criminalité comme en l'espèce, l'intimé conclut que la Commission ne partage que le premier avec les cours de justice et que, partant, la Commission et ses membres ne jouissent pas d'une immunité absolue.

Mais, il faut le préciser, aucun texte législatif correspondant aux dispositions de la *Loi de police* et de la *Loi sur les commissions d'enquête* n'était en cause dans cet arrêt de la Chambre des lords qui, à mon avis, ne s'applique pas en l'espèce.

Le premier énoncé de l'intimé sous sa deuxième proposition porte que la Commission de police, lorsqu'elle enquête sur la criminalité, n'est revêtue des attributs d'une cour de justice que pour la conduite de l'enquête. Elle ne le serait pas pour la présentation de son rapport. C'est en partant de cette prémisse que l'intimé passe au deux autres énoncés. Fondamentalement, la Commission et ses membres jouiraient de l'immunité des juges de la Cour supérieure en ce qui touche l'examen des témoins seulement mais non en ce qui touche le rapport.

Puisque, prétend l'intimé, dans l'art. 22 de la *Loi de police* les mots «pouvoirs» et «immunité» sont accolés, quand on les retrouve dans la *Loi sur les commissions d'enquête* ils doivent être sujets à la même interprétation restrictive. Cette Cour dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, précité, a jugé que ce n'était pas tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure que la *Loi sur les commissions d'enquête* conférait à la Commission de police, mais seulement ceux qui se rapportent aux procédures de l'examen des témoins, et qu'en conséquence la Commission n'avait pas le pouvoir de punir pour outrage au tribunal commis hors sa présence. De même, soumet l'intimé, la Commission de police et ses membres ne jouissent de l'immunité des juges de la Cour supérieure qu'en ce qui concerne les procédures de l'examen des témoins.

À la lumière des textes de loi pertinents cette conclusion, à mon avis, ne tient pas. Ce n'est que si elle était bien fondée qu'il serait nécessaire d'exa-

closely the second and third statements made by respondent under his second proposition, and so this does not seem to be necessary.

Further, the arguments which respondent derived from the common law cannot be conclusive precisely because of the existence of legislation covering these matters, which must now be considered.

The *Police Act* and the *Act Respecting Public Inquiry Commissions*

One of the purposes of the *Police Act* is to create a Commission de police. This has various responsibilities, including the conducting of inquiries.

These are of three types:

[TRANSLATION]

—inquiries into certain aspects of crime requested by the government, under section 20;

—inquiries under the first two paragraphs of section 21, namely:

inquiries into the Sûreté du Québec, requested by the government;

inquiries into the conduct of a member of the Sûreté du Québec, requested by the Attorney General;

inquiries into a municipal police force, requested by the government or by the municipal council;

inquiries into the conduct of a member of a municipal police force, requested by the Attorney General or the municipal council;

inquiries into the conduct of a special constable, requested by the Attorney General, or the conduct of a special constable appointed by the mayor, requested by the municipal council;

inquiries into the Sûreté du Québec or a municipal police force, the conduct of a member of the Sûreté du Québec or a member of a municipal police force, or a special constable, initiated on its own motion or at the written request of a individual;

—inquiries under paragraph 3 of section 21, namely:

inquiries into the conduct of any person acting as a peace officer in Quebec, at the request of the Attorney General, on its own motion or at the substantiated request of an individual.

The inquiry in the case at bar is of the first type.

miner plus à fond le second et le troisième énoncé mis de l'avant par l'intimé sous sa deuxième proposition. Cela ne me paraît donc pas nécessaire.

D'autre part les arguments que l'intimé tire de la *common law* ne peuvent être déterminants vu précisément l'existence des textes de loi qui disposent de ces matières et qu'il faut maintenant examiner.

La *Loi de police* et la *Loi sur les commissions d'enquête*

La *Loi de police* a pour l'un de ses objets de créer une Commission de police. Celle-ci est chargée de diverses tâches dont celle de faire des enquêtes.

Elles sont de trois catégories:

—les enquêtes sur certains aspects de la criminalité commandées par le Gouvernement, en vertu de l'article 20;

—les enquêtes en vertu des deux premiers alinéas de l'article 21, savoir:

les enquêtes sur la Sûreté du Québec, commandées par le Gouvernement;

les enquêtes sur la conduite d'un membre de la Sûreté du Québec, commandées par le Procureur général;

les enquêtes sur un corps de police municipal, commandées par le Gouvernement ou par le conseil municipal intéressé;

les enquêtes sur la conduite d'un membre d'un corps de police municipal, commandées par le Procureur général ou le conseil municipal concerné;

les enquêtes sur la conduite d'un constable spécial, commandées par le Procureur général, ou sur la conduite d'un constable spécial, nommé par le maire, commandées par le conseil municipal;

les enquêtes sur la Sûreté du Québec ou un corps de police municipal, sur la conduite d'un membre de la Sûreté, d'un membre d'un corps de police municipal, ou d'un constable spécial, déclenchées de sa propre initiative ou sur demande écrite d'un citoyen;

—les enquêtes en vertu du troisième alinéa de l'article 21, savoir:

les enquêtes sur la conduite de toute personne agissant au Québec à titre d'agent de la paix, sur l'ordre du Procureur général, de sa propre initiative, ou sur demande motivée d'un citoyen.

L'enquête en l'espèce entre dans la première catégorie.

Section 20 provides:

20. The Commission shall make an inquiry, whenever requested to do so by the Government, respecting any aspect of crime which it indicates.

The Commission shall also make an inquiry into the activities of an organization or system, its ramifications and the persons involved, to the extent prescribed by the Government, whenever it has reason to believe that in the fight against organized crime or terrorism and subversion, it is in the public interest to order such an inquiry to be held.

I again reproduce s. 22:

22. For the purposes of an inquiry held by it under this act or any other act, the Commission, each of its members and every person authorized by it to make an inquiry are vested with the powers and immunity of a commissioner appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37).

Section 35 requires the Commission to submit a written report to the Attorney General after each inquiry:

35. When an inquiry has been made in accordance with the preceding sections, the Commission shall make a written report of its findings to the Attorney General; when the inquiry has been made at the request of a municipality, notice of its conclusions must also be given to the municipality; if the inquiry has been made at the request of a citizen, the Commission may also inform him of its conclusions and notify the interested municipality if expedient.

It is also necessary to again reproduce ss. 7 and 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*:

7. A majority of the commissioners must attend and preside at the hearing of witnesses, and they, or a majority of them, shall have, with respect to the proceedings upon the hearing, all the powers of a judge of the Superior Court in term.

16. The commissioners shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty.

These provisions seem to be clear and unambiguous as regards the immunity of the Commission de police and of its members. The fact that "powers" and "immunity" are used together in s. 22 of the *Police Act*, which refers to the *Act respecting public inquiry commissions*, could not in any way

L'article 20 stipule:

20. La Commission doit faire enquête, chaque fois que demande lui en est faite par le gouvernement, sur tout aspect de la criminalité qu'il indique.

La Commission doit aussi faire enquête sur les activités d'une organisation ou d'un réseau, ses ramifications et les personnes qui y concourent, dans la mesure qu'indique le gouvernement lorsque ce dernier a des raisons de croire que dans la lutte contre le crime organisé ou le terrorisme et la subversion, il est de l'intérêt public d'ordonner la tenue d'une telle enquête.

Je reproduis de nouveau l'art. 22:

22. Aux fins d'une enquête qu'elle tient en vertu de la présente loi ou de toute autre loi, la Commission ainsi que chacun de ses membres et toute personne autorisée par elle à faire enquête sont investis des pouvoirs et de l'immunité d'un commissaire nommé en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37).

L'article 35 oblige la Commission à soumettre un rapport écrit au procureur général à la suite de chaque enquête:

35. Lorsqu'une enquête a été faite conformément aux articles qui précèdent, la Commission est tenue de soumettre au procureur général un rapport écrit exposant les constatations qui ont été faites; lorsque l'enquête a été faite à la demande d'une municipalité, avis doit aussi être donné à la municipalité des conclusions de l'enquête; si l'enquête a été faite à la demande d'un citoyen, la Commission peut aussi l'aviser de ses conclusions, et aviser la municipalité intéressée s'il y a lieu.

Il convient aussi de reproduire de nouveau les art. 7 et 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*:

7. La majorité des commissaires doit assister et présider à l'examen des témoins, et les commissaires ont, ou la majorité d'entre eux, en ce qui concerne les procédures de cet examen, tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme.

16. Les commissaires jouissent de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs.

Ces textes, en ce qui concerne l'immunité de la Commission de police et de ses membres, me paraissent clairs et sans équivoque. Le fait que les «pouvoirs» et «l'immunité» soient accolés dans l'art. 22 de la *Loi de police* qui renvoie à la *Loi sur les commissions d'enquête*, ne saurait avoir une

influence the definition given of them in the latter Act. In it powers are defined in ss. 7 *et seq.* and immunity in s. 16.

The latter is quite clear. The immunity of commissioners is the same as that of superior court judges "for any act done or omitted in the execution of their duty".

In the context of the *Act respecting public inquiry commissions*, the phrase "in the execution of their duty" means a duty imposed by that Act.

The oath which commissioners are required by s. 2 to take indicates this expressly:

2. The commissioners so appointed shall, before acting, take the following oath of office before a judge of the Superior Court:

"I, A.B., do swear that I will exercise and perform the powers and duties vested in me by the provisions of the Act respecting public inquiry commissions (Revised Statutes of Québec, 1977, chapter C-37), according to the best of my knowledge and judgment. So help me God."

The duties which this Act imposes are the holding of an inquiry and the making of a report on the results of the inquiry and the evidence presented. This is stated in ss. 1 and 6:

1. Whenever the Gouvernement deems it expedient to cause inquiry to be made into and concerning any matter connected with the good government of Québec, the conduct of any part of the public business, the administration of justice or any matter of importance relating to public health, or to the welfare of the population, it may, by a commission issued to that effect, appoint one or more commissioners by whom such inquiry shall be conducted.

6. The commissioners may, by all such lawful means as they may think best fitted to discover the truth, inquire into the matters referred to them for investigation.

As soon as the inquiry is completed, they shall report the result, with all evidence taken during the inquiry, to the Gouvernement, who shall order such action to be taken in the matter as shall be warranted by the evidence and report.

There are only 20 sections in this Act.

influence quelconque sur la définition qu'en donne cette dernière loi. Dans celle-ci les pouvoirs sont définis aux art. 7 et suivants et l'immunité à l'art. 16.

Ce dernier est limpide. L'immunité des commissaires est la même que celle des juges de la Cour supérieure «pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs».

L'expression «l'exécution de leurs devoirs» s'entend, dans le contexte de la *Loi sur les commissions d'enquête*, des devoirs imposés par cette loi.

Le serment que les commissaires sont tenus de prêter aux termes de l'art. 2 l'indique de façon expresse:

2. Les commissaires ainsi nommés prêtent au préalable le serment suivant, devant un juge de la Cour supérieure:

«Je, A.B., jure que je remplirai les devoirs qui me sont imposés par les dispositions de la Loi sur les commissions d'enquête, (Lois refondues du Québec, 1977, chapitre C-37) au meilleur de ma connaissance et de mon jugement. Ainsi Dieu me soit en aide.»

Les devoirs que cette loi impose sont ceux de conduire une enquête et de faire un rapport du résultat de l'enquête et de la preuve reçue. Ce sont les art. 1 et 6 qui en disposent:

1. Lorsque le gouvernement juge à propos de faire faire une enquête sur quelque objet qui a trait au bon gouvernement du Québec, sur la gestion de quelque partie des affaires publiques, sur l'administration de la justice ou sur quelque matière importante se rattachant à la santé publique ou au bien-être de la population, il peut, par une commission émise à cette fin, nommer un ou plusieurs commissaires pour conduire cette enquête.

6. Afin de découvrir la vérité, les commissaires peuvent, par tous les moyens légaux qu'ils jugent les meilleurs, s'enquérir des choses dont l'investigation leur a été déférée.

Aussitôt l'enquête terminée, ils doivent faire un rapport du résultat de l'enquête et de la preuve reçue au gouvernement, qui ordonne l'adoption des mesures justifiées par la nature de la preuve et du rapport.

Cette loi ne comprend que 20 articles.

Section 3 provides for the appointment of a secretary and staff, and authorizes the commissioners to "incur such further expenses as may be necessary for the performance of their duties".

Under s. 4, it is the government that fixes the salaries of commissioners and staff.

Section 5 provides that, within a reasonable time after their appointment, commissioners shall hold meetings for the purposes of the inquiry, at the place where the necessary information is to be obtained. The section specifies the notices to be given and deals with adjournments.

Section 8 empowers the government to grant an indemnity to commissioners.

Section 9 deals with the summoning, appearance and swearing-in of witnesses.

Sections 10 and 11 deal with the failure to appear or to testify and the resulting contempt of court, as well as the immunity of witnesses for their testimony before a commission.

Section 12 relates to a refusal to produce documents.

Section 13 covers the expenses of witnesses.

Section 14 authorizes certain officials to hold specific inquiries *ex officio*.

Section 15 is concerned with inquiries into the use of public monies.

Section 17 is the usual type of privative clause.

Section 18 provides that any person may obtain copies of the evidence.

Section 19 reserves to the government the power to fix the date on which the work of a commission and its report are to be completed and the limitation of costs.

Finally, s. 20, added in 1982, excludes the statute from the ambit of ss. 2 and 7-15 of the *Constitution Act, 1982*.

Similarly, the duties which the *Police Act* imposes on the Commission concerning inquiries

L'article 3 pourvoit à la nomination d'un secrétaire et du personnel et autorise les commissaires à «faire les autres dépenses nécessaires à l'accomplissement de leurs devoirs».

Selon l'article 4, c'est le gouvernement qui fixe la rémunération des commissaires et du personnel.

L'article 5 stipule que les commissaires doivent, dans un délai raisonnable après leur nomination, avoir des réunions pour tenir l'enquête, à l'endroit où la preuve nécessaire peut être recueillie. L'article détermine les avis à donner et traite des ajournements.

L'article 8 permet au gouvernement d'accorder une indemnité aux commissaires.

L'article 9 dispose de l'assignation, de la comparution et de l'assermentation des témoins.

Les articles 10 et 11 ont trait au défaut de comparaître ou de témoigner et de l'outrage au tribunal qui en résulte ainsi que de l'immunité des témoins relative à leur témoignage devant la commission.

L'article 12 a trait au refus de produire des documents.

L'article 13 pourvoit aux frais des témoins.

L'article 14 autorise certains fonctionnaires à procéder d'office à des enquêtes particulières.

L'article 15 se rapporte aux enquêtes sur l'emploi des deniers publics.

L'article 17 est une clause privative rédigée en la forme habituelle.

L'article 18 stipule que toute personne peut obtenir des copies des témoignages.

L'article 19 réserve au gouvernement le pouvoir de fixer la date à laquelle les travaux et le rapport doivent être complétés et la limite des frais.

Enfin l'article 20, ajouté en 1982, soustrait la loi à l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pareillement les devoirs que la *Loi de police* impose à la Commission relativement aux enquê-

involve the holding of an inquiry and making of a report. The relevant provisions are to be found in Subdivision 3, titled "Inquiries", of Division II, and are contained in ss. 20-36. Sections 20 and 21, summarized above, each use the phrase "The commission shall make an inquiry ..."; and s. 35 expressly imposes on commissioners a duty to make a written report. It does not appear necessary to summarize here the other sections referred to elsewhere in this opinion, governing certain aspects of conduct of the inquiry, because so far as immunity is concerned s. 22 simply refers to s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, and it is that which must be analysed.

What has to be noted is that s. 16, which confers on commissioners the same immunity as is enjoyed by superior court judges "for any act done or omitted in the execution of their duty", makes no distinction depending on whether the commissioners exceed their jurisdiction.

This is not the case in other jurisdictions.

Section 15 of the *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964*, discussed below in *McC v. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908, reads as follows:

> No action shall succeed against any person by reason of any matter arising in the execution or purported execution of his office of resident magistrate or justice of the peace, unless the court before which the action is brought is satisfied that he acted without jurisdiction or in excess of jurisdiction.

It speaks, on the one hand, of "execution of his office", and on the other of the absence or excess of jurisdiction. The magistrate may be held liable if while in the execution of his office he acts without jurisdiction or in excess of his jurisdiction. This distinction is not to be found in s. 16.

All the provinces have adopted legislation conferring immunity on the judges or commissioners appointed by them. Some statutes make a distinction depending on whether the judge is acting within the limits of his jurisdiction, and others

tes, consistent à faire enquête et à remettre un rapport écrit. Les dispositions pertinentes se trouvent à la sous-section 3 intitulée «Enquêtes», de la section II, et comprennent les art. 20 à 36. Les articles 20 et 21 résumés plus haut emploient chacun l'expression «La Commission doit faire enquête ...». Et l'article 35 impose de façon expresse aux commissaires le devoir de faire un rapport écrit. Il ne me paraît pas nécessaire de résumer ici les autres articles dont il est question ailleurs dans cette opinion ou qui règlent certains aspects de la conduite de l'enquête parce qu'en ce qui concerne l'immunité l'art. 22 renvoie tout simplement à l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête* sur lequel doit porter l'analyse.

Ce qu'il importe de souligner c'est que l'art. 16 qui confère aux commissaires la même immunité que celle dont jouissent les juges de la Cour supérieure «pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs», ne fait aucune distinction selon que les commissaires excèdent ou non leur compétence.

Il en est autrement dans d'autres juridictions.

L'article 15 de la *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964*, dont il sera question plus loin dans l'arrêt *McC v. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908, est ainsi rédigé:

> [TRADUCTION] Aucune action n'est recevable contre une personne en raison de questions qui découlent de l'exécution réelle ou prétendue de ses fonctions de magistrat résident ou de juge de paix, à moins que la cour devant laquelle l'action est intentée soit convaincue qu'elle a agi sans compétence ou en excédant sa compétence.

Il est question d'une part, de «l'exécution ... de ses fonctions» et d'autre part, d'absence ou d'excès de compétence. Le magistrat pourra être tenu responsable si tout en étant dans l'exécution de sa fonction il agit sans compétence ou excède sa compétence. Cette distinction ne se retrouve pas à l'art. 16.

Toutes les provinces ont adopté une législation accordant une immunité aux juges ou aux commissaires qu'elles nomment. Certaines lois distinguent selon que le juge agit dans les limites de sa compé-

make no distinction. A few examples will suffice to illustrate this.

Section 16(1) of the *Provincial Court Judges Act*, 1981 (Alta.), c. P-20.1:

16(1) No action may be brought against a judge for any act done or omitted to be done in the execution of his duty or for any act done in a matter in which he has exceeded his jurisdiction unless it is proved that he acted maliciously and without reasonable and probable cause.

Section 37 of the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341:

37. A judge, justice or court referee is not liable for damage caused by anything done or not done by him in the performance of his duty or in respect of a matter in which he lacked or exceeded his jurisdiction unless it is proved that he acted in bad faith or without reasonable and probable cause.

Section 2 of the *Justices' and Magistrates' Protection Act*, R.S.N.S. 1967, c. 157:

2 Where an action is brought against a justice of the peace for any act done by him in the execution of his office, with respect to a matter within his jurisdiction, it shall be expressly alleged in the statement of claim that the act was done maliciously and without reasonable and probable cause, and if at the trial of the action the plaintiff fails to prove such allegation, judgment shall be given for the defendant.

Section 23 of *The Provincial Court Act, 1978*, 1978 (Sask.), c. 42:

23. No action shall be brought against a judge or a justice of the peace in respect of any act done or omitted to be done in the execution of his duties, or in respect of any matter in which he lacked or exceeded his jurisdiction, unless it is proved that he acted maliciously and without reasonable and probable cause.

In each case a distinction is made between the execution of a judge's duties and the lack or excess of jurisdiction.

In Ontario and Quebec, however, no such distinction is made.

For Ontario, the provision is s. 98 of the *Courts of Justice Act, 1984*, 1984 (Ont.), c. 11:

tence ou non. D'autres ne font pas la distinction. Il suffira de citer quelques exemples pour illustrer.

Le paragraphe 16(1) de la *Provincial Court Judges Act*, 1981 (Alb.), chap. P-20.1:

[TRADUCTION] **16**(1) Aucune action ne peut être intentée contre un juge pour un acte fait ou omis dans l'exécution de son devoir ou pour un acte fait dans une affaire où il a excédé sa compétence, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il a agi avec malveillance et sans cause raisonnable et probable.

L'article 37 de la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 341:

[TRADUCTION] **37.** Un juge, un magistrat ou un arbitre ne peut être tenu responsable des dommages causés par un de ses actes fait ou omis dans l'exécution de son devoir ou relativement à une affaire où il a agi sans compétence ou a excédé sa compétence, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il a agi de mauvaise foi ou sans cause raisonnable et probable.

L'article 2 de la *Justices' and Magistrates' Protection Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 157:

[TRADUCTION] **2** Lorsqu'une action est intentée contre un juge de paix pour des actes faits dans l'exécution de ses fonctions à l'égard d'une question relevant de sa compétence, la déclaration doit expressément alléguer que l'acte était malveillant et sans cause raisonnable et probable, et si à l'instruction de l'action le demandeur ne réussit pas à prouver cette allégation, jugement sera rendu en faveur du défendeur.

L'article 23 de *The Provincial Court Act, 1978*, 1978 (Sask.), chap. 42:

[TRADUCTION] **23.** Aucune action ne doit être intentée contre un juge ou un juge de paix à l'égard d'un acte fait ou omis dans l'exécution de ses fonctions ou relativement à une affaire où il n'avait pas compétence ou a excédé sa compétence, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il a agi avec malveillance et sans cause raisonnable et probable.

Dans chaque cas on distingue entre l'exécution de ses devoirs et l'absence ou l'excès de compétence.

Par contre en Ontario et au Québec il n'est pas fait de pareille distinction.

Pour l'Ontario c'est l'art. 98 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, 1984 (Ont.), chap. 11:

98. Every judge of a court in Ontario and every master of the Supreme Court has the same immunity from liability as a judge of the Supreme Court.

For Quebec, it is s. 1 of the *Magistrate's Privileges Act*, R.S.Q., c. P-24:

1. No action shall be brought against a judge of the sessions, judge of the Provincial Court, judge of the Youth Court, justice of the peace or officer fulfilling public duties, by reason of any act done in virtue of a statutory provision of Canada or of Québec, for the reason that such provision is unconstitutional.

Moreover, the judges contemplated in section 260 of the Courts of Justice Act (chapter T-16) shall enjoy the same immunity as judges of the Superior Court.

Finally, at the federal level the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13, is silent as to the immunity of members of a commission, and though it is not necessary to decide the point, it may be assumed that the common law rules would apply.

I conclude from the foregoing that the phrase "in the execution of their duty" in s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions* means the execution of a duty imposed by that Act on commissioners, and that the duty referred to is that of holding an inquiry and submitting a report. I further conclude that, unlike the legislation applicable in other jurisdictions, s. 16 makes no distinction depending on whether the act done or omitted was done or omitted without jurisdiction or in excess of jurisdiction. "Duty" and "jurisdiction" should not be confused. Section 16 states "in the execution of their duty". It does not state "within the limits of their jurisdiction".

Respondent did not argue that the provincial legislator lacks the power to confer on provincial judges or provincial bodies an immunity of the same kind as that enjoyed by superior court judges. The discussion did not turn on this point, though respondent referred to it in passing in the following passage from his submission:

[TRANSLATION] Clearly, the legislator was familiar with the rules of the common law on the personal liability of public employees and the theory of the "attributes of a court of record", and respondent submits that there would have to be a much more specific provision to bring about such a radical departure from

98. Les juges des cours de l'Ontario et les protonotaires de la Cour suprême jouissent de la même immunité que les juges de la Cour suprême.

Pour le Québec c'est l'art. 1 de la *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., chap. P-24:

1. Nulle action ne peut être intentée contre un juge des sessions, juge de la cour provinciale, juge du Tribunal de la jeunesse, juge de paix ou officier remplissant des devoirs publics en raison d'un acte fait en vertu d'une disposition statutaire du Canada ou du Québec, pour le motif que cette disposition est inconstitutionnelle.

En outre, les juges visés à l'article 260 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure.

Enfin au fédéral, la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, chap. I-13, est muette sur l'immunité des commissaires et, bien qu'il n'y ait pas lieu d'en décider, il est permis de supposer que ce sont les règles de la *common law* qui s'appliqueraient.

Je conclus de ce qui précède que l'expression «dans l'exécution de leurs devoirs» de l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête* s'entend de l'exécution des devoirs que cette loi impose aux commissaires et que ces devoirs sont celui de conduire l'enquête et celui de faire rapport. Je conclus en outre que contrairement à la législation qui s'applique dans d'autres juridictions, l'art. 16 ne fait aucune distinction selon que l'acte fait ou omis est fait ou omis sans compétence ou en excès de compétence. Il ne faut pas confondre «devoirs» et «compétence». L'article 16 dit «dans l'exécution de leurs devoirs». Il ne dit pas «dans les limites de leur compétence».

L'intimé ne prétend pas que le législateur provincial n'a pas le pouvoir de conférer aux juges provinciaux ou à des organismes provinciaux une immunité de la même nature que celle dont jouissent les juges de la Cour supérieure. Le débat n'a pas porté sur cette question même si l'intimé y fait allusion en passant dans l'extrait suivant de son mémoire:

Le législateur n'ignorait évidemment pas les règles du droit commun sur la responsabilité personnelle des agents publics et la doctrine des «attributs des cours de justice», et l'intimé soumet qu'il aurait fallu un texte infiniment plus précis pour bouleverser aussi radicalement le droit commun et conférer aux membres d'un

the common law and confer on the members of an administrative body, exercising their powers of inquiry, the same immunity as superior court judges, assuming that a legislator had the constitutional authority to do so.

Moreover, I consider that the question is one of delictual liability, which falls within the scope of property and civil rights, matters of exclusively provincial jurisdiction, when as here the legislator is legislating on the civil liability of the members of a commission which he has the power to appoint.

On this point, I conclude that appellants enjoy the same immunity as a superior court judge not only with regard to proceedings for examining witnesses but also as regards the report submitted by them to the Attorney General.

Immunity of Superior Court Judges

The immunity of superior court judges in Canada, including judges of the Quebec Superior Court, is inherited from English law.

In *Floyd and Barker* (1607), 12 Co. Rep. 23, the principle of judicial immunity was recognized on the following ground: "for this would tend to the scandal and subversion of all justice. And those who are the most sincere, would not be free from continual calumniations . . . " (at p. 25).

In *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, there is the following passage at pp. 625-26:

This freedom from action and question at the suit of an individual is given by the law to the Judges, not so much for their own sake as for the sake of the public, and for the advancement of justice, that being free from actions they may be free in thought and independent in judgment, as all who are to administer justice ought to be.

In *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, it states at p. 578:

It is a principle of our law that no action will lie against a Judge of one of the superior Courts for a judicial act, though it be alleged to have been done maliciously and corruptly; . . . The public are deeply interested in this rule, which, indeed, exists for their benefit, and was

organisme administratif, dans l'exercice de leurs pouvoirs d'enquête, la même immunité que les juges de la Cour supérieure, à supposer qu'un législateur ait l'autorité constitutionnelle pour le faire.

Je suis d'avis du reste qu'il s'agit là d'une question de responsabilité délictuelle qui entre dans le champ de la propriété et des droits civils, matières de compétence provinciale exclusive lorsque, comme en l'espèce, la législature légifère sur la responsabilité civile de commissaires enquêteurs qu'elle a le pouvoir de nommer.

Je conclus sur ce point que les appelants jouissent de la même immunité qu'un juge de la Cour supérieure non seulement en ce qui concerne les procédures d'examen des témoins, mais aussi en ce qui concerne le rapport remis par eux au procureur général.

L'immunité des juges de la Cour supérieure

L'immunité des juges des cours supérieures du Canada, y compris les juges de la Cour supérieure du Québec, est héritée du droit anglais.

Dans une affaire de *Floyd and Barker* (1607), 12 Co. Rep. 23, le principe de l'immunité des juges était reconnu au motif suivant: [TRADUCTION] «car ceci tendrait à la diffamation ou au renversement de tous les juges. Et ceux qui sont les plus sincères seraient soumis à des calomnies continues . . . » (à la p. 25).

Dans *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, on trouve aux pp. 625 et 626 le passage suivant:

[TRADUCTION] La loi accorde aux juges cette immunité à l'égard de poursuites et de contestations de la part des particuliers non pas tellement pour leur propre avantage que pour celui de la société et pour l'avancement de la justice, parce que s'ils sont à l'abri des poursuites, ils peuvent être libres d'esprit et indépendants de pensée, comme devraient l'être tous ceux qui administrent la justice.

Dans *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, on peut lire à la p. 578:

[TRADUCTION] C'est un principe de notre droit qu'il ne peut y avoir d'action intentée à un juge de l'une des cours supérieures en raison d'un acte judiciaire, même si l'on soutient qu'il a été fait avec mauvaise foi et par corruption; . . . La société tire un grand bénéfice de

established in order to secure the independence of the Judges, and prevent their being harassed by vexatious actions.

In *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431, Lord Esher, M.R., wrote at p. 442:

It is true that, in respect of statements made in the course of proceedings before a Court of justice, whether by judge, or counsel, or witnesses, there is an absolute immunity from liability to an action.

In *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1, 1973, at pp. 197 *et seq.*, it is stated at Nos. 206 and 210:

206. Persons protected. Persons exercising judicial functions in a court are exempt from all civil liability whatsoever for anything done or said by them in their judicial capacity, nor can any action be brought against the Crown in respect of acts or omissions of persons discharging responsibilities of a judicial nature or in connection with the execution of judicial process.

210. Extent of protection. Wherever protection of the exercise of judicial powers applies, it is so absolute that no allegation that the acts or words complained of were done or spoken mala fide, maliciously, corruptly, or without reasonable or probable cause suffices to found an action. The protection does not, however, extend to acts purely extra-judicial or alien to the judicial duty of the defendant; and, therefore, if the words complained of are not uttered in the course of judicial proceedings, the defendant is not protected.

The protection extends to all judges, juries, advocates, parties and witnesses, for words spoken or written in the course of a judicial inquiry and having any reference thereto, however remote.

H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (1982), write at p. 514:

[TRANSLATION]

—Immunity of judges

The primary aspect of the independence of the courts is negative: the judges will incur no civil liability when they act in their capacity as judges.

This absolute immunity is a rule of the common law applicable to superior court judges even where bad faith has been alleged: see *Anderson* v. *Gorrie*, [1895] 1 Q.B.

cette règle, qui existe pour son avantage; elle a été établie dans le but de garantir l'indépendance des juges et d'empêcher qu'ils soient harcelés par des poursuites vexatoires.

Dans *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431, le maître des rôles, lord Esher, écrit à la p. 442:

[TRADUCTION] Il est vrai qu'à l'égard des déclarations faites au cours de procédures tenues devant une cour de justice, qu'elles soient faites par un juge, un avocat ou un témoin, il existe une immunité absolue à l'égard de toute poursuite en responsabilité.

Dans *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1, 1973, aux pp. 197 et suiv., on peut lire aux nos 206 et 210:

[TRADUCTION] **206. Les personnes protégées.** Les personnes qui exercent des fonctions judiciaires dans un tribunal sont dégagées de toute responsabilité civile quelle qu'elle soit pour tout ce qu'elles font ou disent à titre de juge. En outre aucune action ne peut être intentée contre Sa Majesté pour les actes ou omissions des personnes qui s'acquittent de responsabilités de nature judiciaire ou en exécution du processus judiciaire.

210. Portée de la protection. Où que la protection de l'exercice des pouvoirs judiciaires s'applique, elle est si absolue qu'aucune allégation que les actes ou omissions dont on se plaint ont été faits ou dits de mauvaise foi, avec malveillance, par corruption ou sans cause raisonnable ou probable suffit à fonder une action. Toutefois, la protection ne s'étend pas aux actes purement extra-judiciaires ou étrangers au devoir judiciaire du défendeur; et donc si les mots en cause n'ont pas été prononcés au cours du processus judiciaire, le défendeur n'est pas protégé.

La protection s'étend à tous les juges, jurys, avocats, parties et témoins pour ce qui est dit ou écrit au cours d'une enquête judiciaire, même si le lien avec elle est lointain.

H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (1982), écrivent, à la p. 514:

—L'immunité des juges

L'indépendance des tribunaux comporte avant tout un aspect négatif: les juges n'encourent pas de responsabilité civile lorsqu'ils agissent en tant que juges.

Cette immunité absolue est un principe de common law applicable aux juges des cours supérieures même en présence d'allégations de mauvaise foi. Voir *Anderson* c.

668; *Bengle* v. *Weir*, (1929) 67 C.S. 289; *Lemieux* v. *Barbeau*, [1972] R.P. 357; and *Gabriel* v. *Langlois*, [1973] C.S. 659. In the case of these judges, it can be said that they are immunized for any act performed in the course of and in connection with their duties. On the other hand, it is clear that superior court judges are civilly liable for their purely personal acts, which have no connection with their legal responsibilities.

The parties cited several other cases and a number of writers from Britain and the Commonwealth, other Canadian provinces and Quebec, which establish that superior court judges are protected against civil suit and which treat the immunity as absolute. It is not necessary to review them all.

In the view of the Court of Appeal, however, this immunity is not absolute, but depends largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he had of his lack of jurisdiction.

The Court of Appeal wrote: "The immunity of superior court judges is not defined by law. Judicial attitudes to its scope have evolved . . .".

The Court of Appeal relied on *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, a decision of the United Kingdom Court of Appeal which has been frequently cited, both by the courts and in scholarly analysis, as the correct statement of the contemporary rule of immunity.

The most often cited passage is the following, from Lord Denning M.R. at p. 136:

In this new age I would take my stand on this: as a matter of principle the judges of superior courts have no greater claim to immunity than the judges of the lower courts. Every judge of the courts of this land — from the highest to the lowest — should be protected to the same degree, and liable to the same degree. If the reason underlying this immunity is to ensure "that they may be free in thought and independent in judgment," it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: "If I do this, shall I be liable in damages?" So long as he does his work in the honest

Gorrie, [1895] 1 Q.B. 668; *Bengle* c. *Weir*, (1929) 67 C.S. 289; *Lemieux* c. *Barbeau*, [1972] R.P. 357; et *Gabriel* c. *Langlois*, [1973] C.S. 659. Dans le cas de ces juges, on peut dire qu'ils sont immunisés pour tout acte posé dans l'exercice et à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Par contre, il est certain que les juges des cours supérieures sont civilement responsables de leurs actes purement personnels, qui sont sans rapport avec leurs responsabilités judiciaires.

Les parties ont cité de nombreux autres arrêts et de nombreux auteurs anglais et du Commonwealth, des autres provinces canadiennes et du Québec qui établissent que les juges des cours supérieures sont protégés contre les poursuites civiles et qui consacrent le caractère absolu de l'immunité. Il n'est pas nécessaire de les passer tous en revue.

Selon la Cour d'appel cependant cette immunité ne serait pas absolue, mais dépendrait grandement de l'*ultra vires* de l'acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l'absence de sa compétence.

La Cour d'appel écrit: «L'immunité des juges de la Cour supérieure n'est pas définie par la loi. La jurisprudence quant à son étendue a évolué».

La Cour d'appel s'appuie sur *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, un arrêt de la Cour d'appel du Royaume-Uni maintes fois cité depuis tant en jurisprudence qu'en doctrine comme étant l'énoncé de la règle contemporaine de l'immunité.

Le passage le plus souvent cité est le suivant du maître des rôles, lord Denning, à la p. 136:

[TRADUCTION] À l'époque moderne, j'opterais pour la formulation suivante: en principe, les juges des cours supérieures n'ont pas plus de prétention à l'immunité que les juges des cours d'instance inférieure. Tous les juges des cours du pays, de l'instance la plus haute à la plus inférieure, devraient jouir des mêmes privilèges et être soumis aux mêmes responsabilités. Si la raison d'être de l'immunité est de garantir qu'ils «soient libres d'esprit et indépendants de pensée» elle s'applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant «Si je prends ce parti,

belief that it is within his jurisdiction, then he is not liable to an action. He may be mistaken in fact. He may be ignorant in law. What he does may be outside his jurisdiction — in fact or in law — but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he should not be liable. Once he honestly entertains this belief, nothing else will make him liable. He is not to be plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind. Actions based on such allegations have been struck out and will continue to be struck out. Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it.

suis-je exposé à une action en responsabilité?» Pour autant qu'il exerce ses fonctions de bonne foi et sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il est à l'abri de toute poursuite. Il peut commettre une erreur sur les faits, il peut ne pas connaître le droit, ce qu'il fait peut être hors de sa compétence, en fait ou en droit, mais pour autant qu'il est sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il ne doit pas être recherché en responsabilité. Dès qu'il en est sincèrement convaincu, rien d'autre ne peut le rendre sujet à poursuite. Il ne peut être inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d'autre chose de semblable. On a déjà radié des actions fondées sur ces allégations et on continuera de le faire. Rien ne peut le rendre sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu'il n'avait pas la compétence d'agir.

With respect, I consider that *Sirros* does not support the proposition of the Court of Appeal that the immunity is not absolute. In my view, the evolution indicated by *Sirros* is actually contained in the proposition put forward by Lord Denning, concurred in by Ormrod L.J., that judges of the "inferior" courts have the same immunity as that conferred on judges of the "superior" courts. This proposition is to be found at the beginning of the passage cited above:

Avec égards, je suis d'avis que *Sirros* n'appuie pas la proposition de la Cour d'appel à l'effet que l'immunité ne serait pas absolue. L'évolution marquée par *Sirros* me paraît être plutôt la proposition formulée par lord Denning, avec l'accord du lord juge Ormrod, à l'effet de conférer aux juges des tribunaux dits inférieurs la même immunité que celle accordée aux juges de la Cour supérieure. On trouve cette proposition au début du passage précité:

In this new age I would take my stand on this: as a matter of principle the judges of superior courts have no greater claim to immunity than the judges of the lower courts. Every judge of the courts of this land — from the highest to the lowest — should be protected to the same degree, and liable to the same degree.

À l'époque moderne j'opterais pour la formulation suivante: en principe, les juges des cours supérieures n'ont pas plus de prétention à l'immunité que les juges des cours d'instance inférieure. Tous les juges des cours du pays, de l'instance la plus haute à la plus inférieure, devraient jouir des mêmes privilèges et être soumis aux mêmes responsabilités.

However, in a case subsequent to the decision of the Court of Appeal in the case at bar, *McC v. Mullan*, *supra*, the House of Lords rejected the change suggested by Lord Denning because of the specific legislative provisions applicable in Northern Ireland and those applicable in England, which make a justice of the peace or magistrate liable in damages when he acts without jurisdiction or exceeds his jurisdiction. The same legislation provides, however, that a justice of the peace or magistrate who has to pay damages in such circumstances will be compensated by the government. This issue is foreign to the appeal at bar.

Dans un arrêt postérieur à celui de la Cour d'appel en l'espèce, *McC v. Mullan*, précité, la Chambre des lords a cependant rejeté cette proposition évolutive de lord Denning à cause des dispositions législatives particulières applicables en Irlande du Nord et de celles applicables en Angleterre qui rendent responsable en dommages un juge de paix ou un magistrat qui agit sans compétence ou qui excède sa compétence. Ces mêmes dispositions prévoient par contre l'indemnisation par l'État d'un juge de paix ou d'un magistrat condamné à payer des dommages en pareilles circonstances. Ce débat est étranger au présent pourvoi.

The position of Lord Denning on the extent of the immunity of superior court judges does not seem to me to differ from that of the House of Lords.

The interpretation of the Court of Appeal appears to be based on the reservation made by Lord Denning, in particular at the very end of the passage cited above, where he writes:

Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it.

Lord Bridge of Harwich, on the other hand, writes in *McC v. Mullan*, *supra*, at p. 916:

It is, of course, clear that the holder of any judicial office who acts in bad faith, doing what he knows he has no power to do, is liable in damages. If the Lord Chief Justice himself, on the acquittal of a defendant charged before him with a criminal offence, were to say, "That is a perverse verdict," and thereupon proceed to pass a sentence of imprisonment, he could be sued for trespass. But, as Lord Esher MR said in *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 QB 668 at 670:

> " . . . the question arises whether there can be an action against a judge of a Court of Record for doing something within his jurisdiction, but doing it maliciously and contrary to good faith. By the common law of England it is the law that no such action will lie."

The principle underlying this rule is clear. If one judge in a thousand acts dishonestly within his jurisdiction to the detriment of a party before him, it is less harmful to the health of society to leave that party without a remedy than that nine hundred and ninety-nine honest judges should be harassed by vexatious litigation alleging malice in the exercise of their proper jurisdiction.

Like Lord Denning, Lord Bridge of Harwich also makes a qualification when he writes at the beginning of the passage cited that a judge, even the Lord Chief Justice, who after a verdict of acquittal by a jury decided to pass a sentence of imprisonment would be liable to a civil action.

However, this is the only way in which the immunity is limited by these judges. Lord Bridge of Harwich makes the necessary distinctions, be-

Sur l'étendue de l'immunité des juges des cours supérieures cependant, la position de lord Denning ne me paraît pas différer de celle de la Chambre des lords.

Ce qui me paraît être à la source de l'interprétation de la Cour d'appel est la réserve faite par lord Denning, notamment à la toute fin du passage précité où il écrit:

Rien ne peut le rendre sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu'il n'avait pas la compétence d'agir.

Pour sa part, lord Bridge of Harwich écrit dans *McC v. Mullan*, précité, à la p. 916:

[TRADUCTION] Il est bien sûr manifeste que le titulaire d'un office judiciaire qui agit de mauvaise foi, qui fait quelque chose qu'il sait ne pas avoir compétence de faire, est sujet à des poursuites en responsabilité. Si le lord juge en chef lui-même, après l'acquittement d'un prévenu accusé devant lui d'un acte criminel devait dire: «Le verdict est injustifié» et tout de suite condamner le prévenu à une sentence d'emprisonnement, il serait susceptible de poursuite pour atteinte à la personne. Mais, comme le dit le maître des rôles lord Esher, dans l'arrêt *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 Q.B. 668, à la p. 670:

> «. . . la question se pose de savoir s'il est possible de poursuivre un juge d'une cour d'archives qui a fait quelque chose qui relève de sa compétence, mais qui l'a fait de mauvaise foi et avec malveillance. En vertu de la *common law* d'Angleterre, il est de règle qu'il ne peut y avoir de poursuite.»

Le principe sur lequel cette règle repose est clair. Si un juge sur mille agit de façon malhonnête, mais dans les limites de sa compétence, au détriment d'une des parties comparaissant devant lui, il est moins préjudiciable à la société de laisser cette partie sans recours que de permettre que neuf cent quatre-vingt-dix-neuf juges honnêtes soient harassés de poursuites vexatoires pour mauvaise foi dans l'exercice de leur compétence.

Comme lord Denning, lord Bridge of Harwich fait donc lui aussi une réserve lorsqu'il écrit au début du passage cité qu'un juge, fût-il Juge en chef, qui à la suite d'un verdict d'acquittement par un jury, s'aviserait de condamner le prévenu à l'emprisonnement, serait susceptible d'une poursuite civile.

Mais c'est dans ce sens seulement que se trouverait limitée l'immunité des juges. Voici comment, aux pp. 917 et 918, lord Bridge of Harwich fait les

tween excess of jurisdiction which may be a basis for an action in damages and excess of jurisdiction which will be a basis for exercise of the superintending and reforming power, an appeal or other means of reviewing a judgment, as follows at pp. 917-18:

Lord Lowry LCJ, giving the judgment of the Court of Appeal in the instant case, seems to take the view that the fact of the training school order having been quashed by certiorari was conclusive that it was made "without jurisdiction or in excess of jurisdiction" for the purpose of establishing civil liability against the appellants. He said:

> " . . . there is no ground, in a case like the present, on which certiorari could be granted except want of jurisdiction or excess of jurisdiction."

I assume that by the words "in a case like the present" he meant to exclude cases of certiorari granted for errors of law on the face of the record. But he went on to refer to the *Anisminic* case [1969] 1 All ER 208, [1969] 2 AC 147 in a sense which would seem to imply that the extended concept of acting without jurisdiction or in excess of jurisdiction which that landmark decision of your Lordships' House introduced must be applied to extend the range of justices' potential civil liability under s 15 of the 1964 Northern Ireland Act. If that was indeed his meaning, I must respectfully but emphatically dissent from it.

I would observe in passing that from 1848 down to the present time there have been innumerable cases where orders of justices have been quashed for want of jurisdiction, but remarkably few where they have been successfully sued for damages. It would be wrong, however, to attach much, if any, significance to this, since no cause of action against justices lies merely in respect of a conviction recorded, a fine imposed or other order made without jurisdiction. The conviction, fine or order will be quashed with or without costs against the justices, the fine if paid will be repaid, and that will be the end of it. The only cause of action which can arise is for trespass to the person (unlawful arrest or imprisonment) or trespass to goods (unlawful distress): see *Polley v Fordham (No 2)* (1904) 91 LT 525, [1904-7] All ER 651, *O'Connor v Isaacs* [1956] 2 All ER 417, [1956] 2 QB 288.

But I think the equiparation by Lord Lowry LCJ of an excess of jurisdiction which will afford a sufficient ground to quash an order by certiorari with an excess of jurisdiction sufficient to deprive the justices who made

distinctions nécessaires entre l'excès de juridiction qui pourrait donner ouverture à un recours en dommages et l'excès de juridiction qui donne ouverture à l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle, à l'appel ou aux autres moyens de réformer un jugement:

[TRADUCTION] Le lord juge en chef Lowry, qui a rendu l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce semble d'avis que l'annulation par certiorari de l'ordonnance de l'école de formation signifiait de façon péremptoire que l'ordonnance avait été rendue «sans compétence ou par excès de compétence», pour ce qui a trait à la responsabilité civile des appelants. Il dit:

> «. . . il n'y a pas de motif dans un cas comme l'espèce, d'accorder le certiorari sauf l'absence ou l'excès de compétence.»

Je suppose que, par les mots «un cas comme l'espèce», il a voulu exclure les cas où le certiorari est accordé pour erreur de droit apparente au vu du dossier. Il poursuit cependant en mentionnant l'arrêt *Anisminic*, [1969] 1 All E.R. 208, [1969] 2 A.C. 147, de manière à laisser entendre que la notion élargie d'acte fait sans compétence ou par excès de compétence que la Chambre de vos Seigneuries a conçue doit s'appliquer de manière à étendre la responsabilité civile éventuelle des juges de paix en vertu de l'art. 15 de la Northern Ireland Act de 1964. Si c'est réellement ce qu'il a voulu dire, je dois, avec égards, exprimer mon profond désaccord.

Je ferai remarquer, en passant, que de 1848 à nos jours, il y a eu de très nombreux cas d'ordonnances de juges infirmées pour absence de compétence, mais très peu de cas où on a eu gain de cause contre eux à l'occasion de poursuites en responsabilité. On aurait toutefois tort d'attacher quelque importance à ce fait, puisque personne n'a de cause d'action contre des juges de paix à cause de déclarations de culpabilité ou d'impositions d'amende ou de toute autre ordonnance rendue sans compétence. La déclaration de culpabilité, l'imposition de l'amende ou l'ordonnance peut être infirmée, avec ou sans dépens contre le juge de paix, l'amende déjà payée sera remboursée, et ce sera tout. La seule cause d'action qui peut exister est pour atteinte à la personne (arrestation ou emprisonnement illégal) ou atteinte aux biens (saisie-gagerie illégale): voir *Polley v. Fordham (No 2)* (1904) 91 LT 525, [1904-7] All E.R. 651, *O'Connor v. Isaacs* [1956] 2 All E.R. 417, [1956] 2 Q.B. 288.

Mais je crois que la comparaison faite par le lord juge en chef Lowry entre un excès de compétence qui motive l'annulation d'une ordonnance par certiorari et l'excès de compétence qui suffirait à priver les juges de paix qui

the order of their statutory protection under s 15 of the 1964 Northern Ireland Act is refuted by authority. In *Johnston v Meldon* (1891) 30 LR Ir 15 the plaintiff had been convicted by justices of a statutory offence of unlawful fishing, fined and imprisoned in default of payment of the fine. The conviction was quashed on the ground that by his defence the plaintiff, having set up a bona fide claim of title to fish where he did, had raised an issue as to the ownership of the several fishery in the waters where the act complained of took place, which, being a question of title, the justices had no jurisdiction to decide. The plaintiff sued the justices for false imprisonment. The Exchequer Division (Palles CB, Andrews and Murphy JJ) held that, despite the quashing of the conviction, there being no allegation of malice, the action would not lie. Giving the leading judgment, Palles CB said (at 28-29):

> "I hold then, that upon the now plaintiff claiming ... to be entitled to fish, the jurisdiction of the justices to inquire terminated, and that their subsequent conviction was without jurisdiction and consequently null. The plaintiff next contends that this fact per se, and irrespective of any knowledge or belief in the minds of the justices is sufficient to sustain the action; this position is however wholly unsustainable. There is, as pointed out by Lord Blackburn, in *Pease* v. *Chaytor* ((1863) 3 B & S 620, 122 ER 233) a distinction between questioning the validity of a judgment of a court of limited jurisdiction, for the purpose of preventing the enforcement of that judgment, and questioning it for the purpose of maintaining an action against the judges of that court ..."

In this case of *McC v. Mullan*, an action for damages was brought against magistrates for unjust imprisonment. The magistrates' liability was governed by s. 15 of the *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964*, which I have already cited, but which should be reproduced again:

> No action shall succeed against any person by reason of any matter arising in the execution or purported execution of his office of resident magistrate or justice of the peace, unless the court before which the action is brought is satisfied that he acted without jurisdiction or in excess of jurisdiction.

ont rendu l'ordonnance de leur immunité en vertu de l'art. 15 de la Northern Ireland Act de 1964 n'est pas justifiée par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Johnston v. Meldon* (1891) 30 LR Ir 15, le demandeur avait été déclaré coupable par les juges de paix d'une infraction à une loi pour avoir pêché illégalement et condamné à une amende et à l'emprisonnement faute de payer l'amende. La déclaration de culpabilité a été infirmée parce que le demandeur ayant fait valoir, dans sa défense, une revendication plausible du droit de pêcher où il l'avait fait, avait soulevé un point quant à la propriété des diverses pêches dans les eaux où avait eu lieu l'acte reproché, ce qui constituait une question de titre que les juges de paix n'avaient pas la compétence de trancher. Le demandeur a poursuivi les juges de paix pour emprisonnement illégal. La division de l'Échiquier (le baron en chef Palles et les juges Andrews et Murphy) a statué que, malgré l'annulation de la déclaration de culpabilité, puisqu'il n'y avait pas d'allégation de mauvaise foi, il n'y avait pas d'action. Le baron en chef Palles dit dans le jugement principal (aux pp. 28 et 29):

> «Je conclus donc que, puisque le demandeur a soutenu avoir le droit ... de pêcher, la compétence des juges de paix a pris fin et la déclaration de culpabilité était nulle. Le demandeur soutient ensuite que ce fait suffit à lui seul, indépendamment de toute connaissance ou intention de la part des juges de paix, à fonder l'action; cette prétention est absolument mal fondée. Lord Blackburn souligne dans l'arrêt *Pease* v. *Chaytor* ((1863) 3 B & S 620, 122 ER 233) la distinction entre contester la validité d'un jugement d'un tribunal de compétence restreinte pour empêcher l'exécution de ce jugement et le contester dans le but de poursuivre les juges de la cour ...»

Dans cette affaire de *McC v. Mullan* il s'agissait d'une poursuite en dommages contre des magistrats pour emprisonnement injustifié. La responsabilité des magistrats était régie par l'art. 15 de la *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964* que j'ai déjà cité mais qu'il convient de reproduire de nouveau:

> Aucune action n'est recevable contre une personne en raison de questions qui découlent de l'exécution réelle ou prétendue de ses fonctions de magistrat résident ou de juge de paix, à moins que la cour devant laquelle l'action est intentée soit convaincue qu'elle a agi sans compétence ou en excédant sa compétence.

Lord Bridge of Harwich preceded the foregoing passages with the observation that his discussion of immunity was *obiter*. He wrote, at p. 916:

> My Lords, I am fully conscious that anything I say on this topic is obiter, since no question of malice, either within or without jurisdiction, arises in this appeal. But when the whole subject of justices' liability arising out of the execution or purported execution of their office is under consideration by this House for the first time, even though this aspect of the subject was not argued, I should be sorry to pass it by without comment.

He then dealt with the immunity of superior court judges, explained that because of s. 15 that immunity cannot be extended to magistrates and justices of the peace as suggested by Lord Denning in *Sirros v. Moore*, *supra*, and made the necessary distinctions between excess of jurisdiction which will be a basis for review and excess of jurisdiction which will sustain an action for damages.

In that case the magistrates had failed to inform the accused, who was not represented by counsel, of his right to apply to the legal aid service before ordering his detention, as they were required to do by the *Treatment of Offenders (Northern Ireland) Order 1976*. In this they exceeded their jurisdiction, and under s. 15 could be sued for damages.

No section equivalent to s. 15 applies to superior court judges, and the latter could only be sued in damages where the qualification made by Lord Bridge of Harwich, or before him by Lord Denning, applies, that is in the formula as stated by the former, a judge who in bad faith did something which he knew he did not have the jurisdiction to do, or as stated by the second, a judge who was not acting in the course of his judicial duties knowing that he had no jurisdiction to act.

It should be noted that neither Lord Bridge of Harwich nor Lord Denning cited authorities in support of the qualification made by them. In any case, it is not necessary to decide the merits of that for the purposes of this appeal.

Lord Bridge of Harwich fait précéder les passages précités de la mention que son exposé sur l'immunité est *obiter*. Il écrit à la p. 916:

> [TRADUCTION] Vos Seigneuries, je suis bien conscient que tout ce que je dis à ce sujet est obiter puisqu'aucune question de malveillance, avec ou sans compétence, n'est soulevée en l'espèce. Mais lorsque toute la question de la responsabilité des juges découlant de l'exécution réelle ou prétendue de leur fonction est examinée par cette Chambre pour la première fois, même si cet aspect de la question n'a pas été plaidé, je serais désolé de la laisser passer sans commentaires.

Puis il traite de l'immunité des juges des cours supérieures, explique qu'à cause de l'art. 15 cette immunité ne peut pas être étendue aux magistrats et juges de paix tel que suggéré par lord Denning dans *Sirros v. Moore*, précité, et fait les distinctions nécessaires entre l'excès de juridiction qui donnerait ouverture à réformation et l'excès de juridiction qui donne ouverture à un recours en dommages.

Dans cette affaire-là les magistrats avaient omis d'informer le prévenu, non représenté par avocat, de son droit de s'adresser au service d'aide juridique avant d'ordonner sa détention tel qu'ils étaient requis de le faire par la *Treatment of Offenders (Northern Ireland) Order 1976*. En cela ils avaient excédé leur juridiction et vu l'art. 15 ils pouvaient être poursuivis en dommages.

Aucun article équivalant à l'art. 15 n'est applicable aux juges des cours supérieures et ceux-ci ne sauraient être poursuivis en dommages que dans le cas où s'appliquerait la réserve faite par lord Bridge of Harwich ou avant lui par lord Denning, c'est-à-dire selon l'expression du premier, un juge qui de mauvaise foi ferait quelque chose qu'il sait ne pas avoir la compétence de faire, ou selon l'expression du second, un juge qui n'agissait pas dans l'exécution de ses fonctions judiciaires sachant qu'il n'avait aucune compétence pour agir.

Il convient de signaler que ni lord Bridge of Harwich, ni lord Denning ne citent d'autorités à l'appui de la réserve qu'ils formulent. Il n'est pas nécessaire de toute façon pour les fins de ce pourvoi d'en décider le bien-fondé.

Indeed, there is no question in the case at bar that appellants, members of the Commission de police, had the necessary jurisdiction to conduct an inquiry and to submit a report. It is possible that they exceeded their jurisdiction by doing or failing to do the acts mentioned in the statement of claim. It is possible that they contravened the rules of natural justice, that they did not inform respondent of the facts alleged against him or that they did not give him an opportunity to be heard. It is possible that they contravened the *Charter of human rights and freedoms*. All of these are allegations which may be used to support the respondent's other action to quash the report of the Commission de police and the evidence obtained. This action continues to be before the Superior Court, and of course I shall make no ruling upon it: but in my opinion these are not allegations which may be used as the basis for an action in damages.

Procedure used by Appellants: Motion to Dismiss

Appellants proceeded by a motion to dismiss based on para. 4 of art. 165 *C.C.P.*, and alleging that the action is unfounded in law, even if the facts alleged are true.

In my opinion they were right. I have already indicated, though without ruling on the point, that it is possible that the action to quash the report of the Commission de police and the evidence obtained is valid if the allegations made are proven. However, these allegations do not support an action in damages against appellants, members of the Commission de police, vested with the same immunity as superior court judges for any act done or omitted in the course of their duties. I feel I have adequately demonstrated that the conduct of the inquiry for which they were responsible and the submission of their report were part of their duties. Accordingly, they enjoy the absolute immunity of superior court judges.

It is important to avoid litigation or to terminate it as quickly as possible when it cannot succeed in law. This is provided in the *Code of Civil Procedure*. It is also the way litigation is disposed of in

En effet, en l'espèce il est incontestable que les appelants, membres de la Commission de police, étaient compétents pour faire enquête et pour faire rapport. Il est possible qu'ils aient excédé leur compétence en posant ou en omettant de poser les actes décrits dans la déclaration. Il est possible qu'ils aient violé les règles de la justice naturelle, qu'ils n'aient pas informé l'intimé des faits qu'on lui reprochait et qu'ils ne l'aient pas entendu. Il est possible qu'ils aient violé la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ce sont là autant d'allégations de nature à appuyer l'autre recours de l'intimé visant à faire annuler le rapport de la Commission de police et la preuve recueillie. La Cour supérieure demeure saisie de ce recours sur lequel, évidemment, je ne me prononce pas. Mais ce ne sont pas à mon avis des allégations propres à fonder un recours en dommages.

La procédure utilisée par les appelants: la requête en irrecevabilité

Les appelants ont procédé par voie de requête en irrecevabilité en s'appuyant sur le par. 4 de l'art. 165 *C.p.c.* et en alléguant que la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.

À mon avis ils ont eu raison. J'ai déjà mentionné, sans toutefois me prononcer, qu'il est possible que la demande d'annulation du rapport de la Commission de police et de la preuve recueillie soit fondée si la preuve des allégations est faite. Mais ces allégations ne donnent pas ouverture à un recours en dommages contre les appelants, membres de la Commission de police, investis de la même immunité que les juges de la Cour supérieure pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs. Je crois avoir suffisamment démontré que la conduite de l'enquête dont ils étaient chargés et la présentation de leur rapport faisaient partie de leurs devoirs. Ils jouissent donc de l'immunité absolue des juges de la Cour supérieure.

Il y a intérêt à éviter des litiges ou à y mettre fin rapidement lorsqu'ils ne peuvent, en droit, réussir. C'est ce que dicte le *Code de procédure civile*. C'est aussi la façon d'en disposer dans de nom-

many other jurisdictions, by means of a motion or application to strike out the statement of claim.

This is precisely what was involved in *Sirros v. Moore*, *supra*, where the English Court of Appeal allowed the application to strike out and Lord Denning wrote in the passage cited above: "Actions based on such allegations have been struck out and will continue to be struck out".

This was also true in each of the following cases, in which superior court judges or others enjoying the same immunity were sued in damages:

—*Schwartz v. Smith* (1964), 45 D.L.R. (2d) 316 (B.C.S.C.);

—*Ringrose v. Stevenson* (1982), 35 A.R. 62 (Q.B.);

—*Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.);

—*Stark v. Auerbach* (1979), 98 D.L.R. (3d) 583 (B.C.S.C.);

—*Bengle v. Weir* (1929), 67 C.S. 289;

—*Gabriel v. Langlois*, [1973] C.S. 659;

—*Foran v. Tatangello* (1976), 14 O.R. (2d) 91 (H.C.);

—*Haggard v. Pélicier Frères*, [1892] A.C. 61 (P.C.);

—*Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220.

In the case at bar, the motions to dismiss were an appropriate proceeding in my opinion and I conclude that they were valid.

For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Court of Appeal, restore the Superior Court judgment dismissing respondent's action for damages against appellants and declare that para. 34 of the statement of claim and para. 8 of the conclusions cannot be set up against the latter.

English version of the reasons of Wilson and La Forest JJ. delivered by

LA FOREST J. (*dissenting*) — In his reasons for judgment Chouinard J. gives a summary of the

breuses autres juridictions au moyen d'une *motion* ou «*application to strike out the statement of claim*».

C'est précisément ce dont il s'agissait dans l'arrêt *Sirros v. Moore*, précité, où la Cour d'appel d'Angleterre a maintenu l'«*application to strike out*», et où lord Denning écrit dans le passage déjà cité: «On a déjà radié des actions fondées sur ces allégations et on continuera de le faire».

Ce fut le cas également dans chacune des affaires suivantes où des juges d'une cour supérieure ou d'autres personnes jouissant de la même immunité étaient recherchés en dommages:

—*Schwartz v. Smith* (1964), 45 D.L.R. (2d) 316 (C.S.C.-B.);

—*Ringrose v. Stevenson* (1982), 35 A.R. 62 (B.R.);

—*Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.);

—*Stark v. Auerbach* (1979), 98 D.L.R. (3d) 583 (C.S.C.-B.);

—*Bengle v. Weir* (1929), 67 C.S. 289;

—*Gabriel c. Langlois*, [1973] C.S. 659;

—*Foran v. Tatangello* (1976), 14 O.R. (2d) 91 (H.C.);

—*Haggard v. Pélicier Frères*, [1892] A.C. 61 (C.P.);

—*Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220.

En l'espèce, les requêtes en irrecevabilité étaient, à mon avis, un moyen approprié et je conclus qu'elles sont bien fondées.

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure qui rejette le recours en dommages de l'intimé contre les appelants et déclare inopposables à ces derniers le par. 34 de la déclaration et le par. 8 des conclusions.

Les motifs des juges Wilson et La Forest ont été rendus par

LE JUGE LA FOREST (*dissident*)—Dans ses motifs de jugement le juge Chouinard nous donne

facts respecting this appeal and only the most important need be repeated here.

Under s. 20 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13, the appellants, whom I shall also refer to as the commissioners, sat in 1979 and 1980 as additional members of the Commission de police du Québec and conducted an inquiry into the activities of certain persons in the business world who were allegedly engaged in certain criminal offences. Section 20 provides:

20. The Commission shall make an inquiry, whenever requested to do so by the Government, respecting any aspect of crime which it indicates.

The Commission shall also make an inquiry into the activities of an organization or system, its ramifications and the persons involved, to the extent prescribed by the Government, whenever it has reason to believe that in the fight against organized crime or terrorism and subversion, it is in the public interest to order such an inquiry to be held.

Following this inquiry the Commission submitted a written report to the Attorney General pursuant to s. 35 of the same Act. The relevant part of that section reads as follows:

35. When an inquiry has been made in accordance with the preceding sections, the Commission shall make a written report of its findings to the Attorney General; . . .

This report was then published.

In this report, the respondent alleges that his conduct was severely censured without his being informed as required by s. 34.3, as follows:

34.3 The Commission shall not, in its reports, censure the conduct of a person or recommend that punitive action be taken against him unless it has informed him of the facts alleged against him and has permitted him to be heard on that subject.

That obligation ceases if that person has been invited to appear before the Commission within a reasonable time and he has refused or neglected to do so. That invitation shall be served in the same manner as a summons under the Code of Civil Procedure.

The respondent subsequently brought a twofold action against the appellants, who signed the report, and the Commission itself. In the first action respondent, relying on art. 33 *C.C.P.*, asked that the report, or alternatively the part concern-

un exposé des faits pertinents à ce pourvoi et il suffit ici de répéter les plus importants.

En vertu de l'art. 20 de la *Loi de police*, L.R.Q., chap. P-13, les appelants, que j'appellerai aussi les commissaires, ont siégé en 1979 et 1980 à titre de membres additionnels de la Commission de police du Québec et ont fait enquête sur les activités de certaines personnes du monde des affaires qui se seraient livrées à certains actes criminels. L'article 20 prévoit:

20. La Commission doit faire enquête, chaque fois que demande lui en est faite par le gouvernement, sur tout aspect de la criminalité qu'il indique.

La Commission doit aussi faire enquête sur les activités d'une organisation ou d'un réseau, ses ramifications et les personnes qui y concourent, dans la mesure qu'indique le gouvernement lorsque ce dernier a des raisons de croire que dans la lutte contre le crime organisé ou le terrorisme et la subversion, il est de l'intérêt public d'ordonner la tenue d'une telle enquête.

Suite à cette enquête la Commission a soumis un rapport écrit au procureur général en vertu de l'art. 35 de la même loi. La partie pertinente de cet article se lit comme suit:

35. Lorsqu'une enquête a été faite conformément aux articles qui précèdent, la Commission est tenue de soumettre au procureur général un rapport écrit exposant les constatations qui ont été faites; . . .

Ce rapport fut ensuite publié.

Dans ce rapport l'intimé allègue que sa conduite a été blâmée très sévèrement sans en avoir été avisé comme l'exige l'art. 34.3, que voici:

34.3 La Commission ne peut, dans ses rapports, blâmer la conduite d'une personne ou recommander que des sanctions soient prises contre elle, à moins de l'avoir informée des faits qu'on lui reproche et de lui avoir permis d'être entendue à ce sujet.

Cette obligation cesse si cette personne a été invitée à se présenter devant la Commission dans un délai raisonnable et si elle a refusé ou négligé de le faire. Cette invitation est signifiée de la même façon qu'une assignation en vertu du Code de procédure civile.

Par la suite, l'intimé a intenté un double recours contre les appelants, signataires du rapport, et la Commission elle-même. Par le premier, l'intimé, se fondant sur l'art. 33 *C.p.c.*, demande que le rapport, ou subsidiairement la partie qui le concerne,

ing him, be declared null and void together with the related evidence. In the second action, the respondent asked that the Commission and appellants be jointly and severally ordered to pay him $250,000 as exemplary damages, in accordance with s. 49 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, which provides:

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

The appeal relates solely to the second action.

Before pleading to the action, each of the appellants filed a motion to dismiss, relying on the immunity set forth in s. 22 of the *Police Act*:

22. For the purposes of an inquiry held by it under this act or any other act, the Commission, each of its members and every person authorized by it to make an inquiry are vested with the powers and immunity of a commissioner appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37).

This provision leads us to s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, R.S.Q., c. C-37, which provides:

16. The commissioners shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty.

The Superior Court judge ruled in favour of the appellants, but his decision was reversed by the Court of Appeal, [1983] C.A. 334, which dismissed the motions to dismiss on the following grounds at p. 335:

[TRANSLATION] The immunity of superior court judges is not defined by law. Judicial attitudes to its scope have evolved: see *Sirros v. Moore*, [1975] Q.B. 118 (U.K.) The immunity does not seem to be absolute but to depend largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he has that he lacked jurisdiction.

It is difficult to assess the concepts of jurisdiction and knowledge in the abstract: it is usually preferable to look at the exact circumstances of a case before arriving at a decision.

soit déclaré nul et non avenu de même que la preuve s'y référant. Par le second recours, l'intimé demande que la Commission et les appelants soient condamnés conjointement et solidairement à lui payer 250 000 $ à titre de dommages exemplaires, conformément à l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12, qui édicte:

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Seul le dernier recours fait l'objet de ce pourvoi.

Avant de plaider au fond, chaque appelant a présenté une requête en irrecevabilité invoquant l'immunité prévue par l'art. 22 de la *Loi de police*:

22. Aux fins d'une enquête qu'elle tient en vertu de la présente loi ou de toute autre loi, la Commission ainsi que chacun de ses membres et toute personne autorisée par elle à faire enquête sont investis des pouvoirs et de l'immunité d'un commissaire nommé en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37).

Cette dernière disposition nous réfère à l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., chap. C-37, qui édicte:

16. Les commissaires jouissent de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs.

Le juge de la Cour supérieure a donné raison aux appelants, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel, [1983] C.A. 334, qui a rejeté les requêtes en irrecevabilité pour les motifs suivants (à la p. 335):

L'immunité des juges de la Cour supérieure n'est pas définie par la loi. La jurisprudence quant à son étendue a évolué. Voir *Sirros c. Moore*, [1975] Q.B. 118 (R.-U.). L'immunité ne serait pas absolue mais dépendrait grandement de l'*ultra vires* de l'acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l'absence de sa compétence.

Or la notion de compétence et le concept de connaissance s'évaluent difficilement dans l'abstrait: la plupart du temps il vaut mieux voir les circonstances exactes d'une affaire avant de pouvoir statuer.

This is so in the case at bar: appellant alleged that respondents began an inquiry without publishing notices and that they censured his conduct without giving him an opportunity to defend himself, contrary to the specific provisions of the Act under which they held their mandate.

The evidence presented of these allegations will be more or less circumstantial. If certain circumstances were proven, a judge could conclude that the immunity enjoyed by respondents was not a bar to appellant's action.

At this stage of the proceedings, appellant should be given the benefit of the doubt.

In short, I am unable to conclude that the allegations of appellant's action do not establish a right against respondents.

The appellants appealed from this judgment with respect to the action for damages.

In this Court, the argument especially turned on the first sentence of the Court of Appeal's reasons: in other words, counsel devoted most of their arguments to the question of the extent of the immunity of superior court judges. However, that sentence is far from comprising all of the reasons of the Court of Appeal, and from the manner in which I approach the issues, it becomes quite secondary.

It should be borne in mind that, in the case at bar, the primary question is not the jurisdiction of superior court judges or the extent of their immunity. What is really at issue is the immunity conferred on commissioners appointed under the *Police Act*. As we have seen, this immunity is set forth in s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, which I repeat:

16. The commissioners shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty.

(Emphasis added.)

It is true that this provision gives commissioners the same immunity as superior court judges, but only when they are acting "in the execution of their duty". What must be considered is not primarily the jurisdiction or immunity of superior court judges, but the duties or jurisdiction of com-

C'est le cas dans la présente cause: l'appelant a allégué que les intimés ont commencé une enquête sans publier d'avis et qu'ils ont blâmé sa conduite sans lui avoir donné l'occasion de se disculper et ceci contrairement aux dispositions spécifiques de la loi en vertu de laquelle ils détenaient leur mandat.

La preuve qui sera faite de ces allégations sera plus ou moins circonstanciée. Si certaines circonstances étaient prouvées, un juge pourrait en arriver à la conclusion que l'immunité dont jouissaient les intimés ne constituait pas une fin de non-recevoir à l'action de l'appelant.

À ce stade des procédures, il y a lieu d'accorder le bénéfice du doute à l'appelant.

Bref, je ne peux me convaincre que les allégations de l'action de l'appelant ne font pas voir un droit contre les intimés.

Les appelants se pourvoient de cette dernière décision en ce qui a trait au recours en dommages.

Devant cette Cour, le débat a surtout tourné autour de la première phrase des motifs de la Cour d'appel. C'est-à-dire que les avocats se sont surtout penchés sur la question de l'étendue de l'immunité des juges de la Cour supérieure. Cependant, cette phrase est loin de constituer tous les motifs de la Cour d'appel et, en raison de la façon dont j'aborde la question, elle devient pour moi tout à fait secondaire.

Il faut se souvenir qu'en l'espèce, la question principale n'est pas de déterminer la compétence des juges de la Cour supérieure ou l'étendue de leur immunité. Plutôt, il faut déterminer l'immunité accordée à des commissaires nommés en vertu de la *Loi de police*. Cette immunité, nous l'avons vu, est celle accordée par l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête* que je répète:

16. Les commissaires jouissent de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs.

(C'est moi qui souligne.)

Il est vrai que cette disposition accorde aux commissaires la même immunité que les juges de la Cour supérieure, mais seulement quand ils agissent «dans l'exécution de leurs devoirs». Or ce qu'il faut examiner ce n'est pas d'abord la compétence ou l'immunité des juges de la Cour supérieure,

missioners under their enabling Act, namely the *Police Act*.

There is no doubt that the Commission has the duty to submit a report to the Attorney General. Under s. 35, as we have seen, the Commission is required to submit a report of its findings. However, while the Act indicates that the Commission should make a report, it also clearly indicates what it must not include in it. It will be recalled that s. 34.3 provides that the Commission "shall not" (I emphasize, *shall not*) "in its reports, censure the conduct of a person . . . unless it has informed him of the facts alleged against him and has permitted him to be heard on that subject". This was not done in the present case. Thus, far from submitting a report in the execution of their duty, the commissioners, if what they are censured for is true, did what it was their duty under the Act not to do. The Act states specifically that they shall not do it, that is, that they lack the capacity to do it, or in other words that they have neither the jurisdiction nor the duty to do it.

What is involved is not a minor procedural omission. Rather it is an act that may cause considerable harm to an individual, especially with the publicity that surrounds this type of commission nowadays. I am not the first to realize this: see, for example, *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley*, [1962] O.R. 872 (C.A.), at p. 896, *per* Schroeder J.A. The legislature clearly anticipated this danger, and in order to protect the individual it expressly provided that the Commission is not to censure the conduct of a person unless he has been given an opportunity to defend himself.

I, therefore, conclude that if the respondent's conduct was censured in the commissioners' report without his having been permitted to be heard on that subject, as required by s. 34.3 of the *Police Act*, it is far from clear that the commissioners were acting in the execution of their duty for the purposes of s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*. The latter is a general statute while the enabling legislation for the commissioners, *i.e.*, the *Police Act* is specific to this Commission. Section 34.3 of the latter was specifi-

mais plutôt quels sont les devoirs des commissaires en vertu de leur loi constituante, soit la *Loi de police*.

Il ne fait pas de doute que la Commission a le devoir de présenter un rapport au procureur général. En vertu de l'art. 35, nous l'avons vu, la Commission est tenue de soumettre un rapport exposant les constatations qui ont été faites. Mais si la Loi indique que la Commission doit faire rapport, elle indique aussi clairement ce qu'elle ne doit pas dire dans son rapport. L'article 34.3, on se souviendra, édicte que la Commission «ne peut», (j'insiste, *ne peut*) «dans ses rapports, blâmer la conduite d'une personne ... à moins de l'avoir informée des faits qu'on lui reproche et de lui avoir permis d'être entendue à ce sujet», ce qui n'a pas été fait en l'espèce. Donc, loin d'avoir fait rapport dans l'exécution de leurs devoirs, les commissaires, si ce qu'on leur reproche est vrai, ont fait ce que la Loi leur impose le devoir de ne pas faire. En effet, la Loi nous dit spécifiquement qu'ils ne peuvent pas le faire, ou en d'autres mots, qu'ils n'ont ni la compétence ni le devoir de le faire.

Il ne s'agit pas ici d'une simple omission procédurale sans importance. Il s'agit d'un geste qui peut causer des dommages considérables à un individu, surtout avec la publicité qui entoure aujourd'hui ce genre de commission. Je ne suis pas le premier à le constater: voir, par exemple, *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley*, [1962] O.R. 872 (C.A.), à la p. 896, le juge Schroeder. Le législateur a clairement prévu ce danger et, afin de protéger l'individu, il a expressément prévu que la Commission ne peut blâmer la conduite d'une personne à moins qu'elle ne lui donne l'occasion de se défendre.

Or je conclus que si la conduite de l'intimé a été blâmée dans le rapport des commissaires sans que ces derniers lui aient permis d'être entendu à ce sujet, comme l'exige l'art. 34.3 de la *Loi de police*, il est loin d'être certain que les commissaires agissaient dans l'exécution de leurs devoirs pour les fins de l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*. Cette dernière est une loi générale, tandis que la loi constituante des commissaires, savoir, la *Loi de police*, est particulière à cette commission. L'article 34.3 de cette dernière a été

cally devised to afford protection to the persons accused of blameworthy conduct in a Commission's report. I fail to see how a motion to dismiss the respondent's action for damages can succeed.

The judgment in *McC v. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908 (H.L.), supports this conclusion. In that case a magistrate had ordered an accused to be detained, which he had the power to do. However, he did so without informing the accused that he was entitled to request legal aid, even though art. 15(1) of the *Treatment of Offenders (Northern Ireland) Order 1976* provided that a magistrate should inform the accused of this right before ordering his detention. The order was subsequently set aside and the accused brought an action against the magistrate, seeking damages for his detention because the magistrate had acted in excess of his jurisdiction. In his defence, the magistrate cited s. 15 of the *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964*, which provides:

> No action shall succeed against any person by reason of any matter arising in the execution or purported execution of his office of resident magistrate or justice of the peace, unless the court before which the action is brought is satisfied that he acted without jurisdiction or in excess of jurisdiction.

The issue there was thus very similar to that in the present case, namely whether the magistrate had acted beyond his jurisdiction in ordering that the accused be detained without informing him of his right to legal aid.

In approaching the issue, Lord Bridge of Harwich, writing for the majority in the House of Lords, first observed that the concept of jurisdiction is extremely complicated. On the one hand, there are very clear situations, such as in the *Marshalsea Case* (1612), 10 Co. Rep. 68b, 77 E.R. 1027 (K.B.), where a Court exceeded its jurisdiction, which extended only to members of the King's Household, when the parties involved were not members. In such a case, there was no doubt that an injured party could sue members of the Court for damages. I would add that in such circumstances, I see no difference between the concept of jurisdiction and that of duty.

rédigée précisément dans le but d'accorder une protection aux personnes accusées de conduite blâmable dans un rapport de la Commission. Donc je vois mal comment nous pouvons opposer une fin de non-recevoir au recours en dommages de l'intimé.

L'arrêt *McC v. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908 (H.L.), appuie cette conclusion. Dans cet arrêt, un magistrat avait ordonné la détention d'un accusé, ce qu'il avait le pouvoir de faire. Cependant il l'a fait sans avoir avisé l'accusé qu'il avait droit de demander l'aide juridique alors que l'art. 15(1) du *Treatment of Offenders (Northern Ireland) Order 1976* prescrit que le magistrat doit aviser l'accusé de ce droit avant d'ordonner sa détention. Cette ordonnance fut par la suite annulée et l'accusé a alors intenté une action contre le magistrat demandant des dommages-intérêts en raison de sa détention parce que le magistrat avait excédé sa compétence. Dans sa défense le magistrat a invoqué l'art. 15 du *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964* qui prescrit:

> [TRADUCTION] Aucune action n'est recevable contre une personne en raison de questions qui découlent de l'exécution réelle ou prétendue de ses fonctions de magistrat résident ou de juge de paix, à moins que la cour devant laquelle l'action est intentée soit convaincue qu'elle a agi sans compétence ou en excédant sa compétence.

Donc la question qui se posait ressemblait beaucoup à celle qui se pose en l'espèce, savoir est-ce que le magistrat avait excédé sa compétence en ordonnant la détention de l'accusé sans l'avoir avisé de son droit à l'aide juridique.

En abordant la question, lord Bridge of Harwich, qui expose les motifs principaux de la Chambre des lords, a d'abord expliqué que la notion de compétence en est une des plus compliquées. D'une part, il existe des situations très claires comme par exemple dans *Marshalsea Case* (1612), 10 Co. Rep. 68b, 77 E.R. 1027 (K.B.), où le tribunal avait excédé sa compétence parce que celle-ci ne s'étendait qu'aux membres de la Maison du roi et que les parties en cause n'en étaient pas membres. Dans un tel cas, il ne faisait pas de doute que les parties lésées pouvaient poursuivre les membres du tribunal en dommages. J'ajoute que dans de telles circonstances, je ne vois aucune différence entre les notions de compétence et de devoir.

However, since *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.), the concept of jurisdiction has been widened to permit judicial review of "inferior" courts, when through a technical error they do what they are not permitted to do by law (see especially at pp. 913, 917 and 920 of *McC*). The Court could not be sued in damages for an error of this kind.

Between these two types of excess of jurisdiction, Lord Bridge observed, there is a vast area in which the law is less clear. The question in *McC* was to define the situations that fell under the protection of s. 15 of the *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964*. Lord Bridge appeared to have no difficulty in determining that the failure of the magistrate to inform the accused of his right to legal aid could not be viewed as a subtle procedural error that constituted an excess of jurisdiction by virtue of the *Anisminic* case. Rather there had been a serious irregularity. In his observations at p. 920, he drew the line between the two types of procedural irregularity and the resultant consequences as follows:

> Justices would, of course, be acting 'without jurisdiction or in excess of jurisdiction' within the meaning of s. 15 if, in the course of hearing a case within their jurisdiction, they were guilty of some gross and obvious irregularity of procedure, as for example if one justice absented himself for part of the hearing and relied on another to tell him what had happened during his absence, or of the rules of natural justice, as for example if the justices refused to allow the defendant to give evidence. But I would leave for determination if and when they arise other more subtle cases one might imagine in which it could successfully be contended in judicial review proceedings that a conviction was vitiated on some narrow technical ground involving a procedural irregularity or even a breach of the rules of natural justice. Such convictions, if followed by a potential trespass to person or goods, would not, in my opinion, necessarily expose the justices to liability in damages.

In *McC*, as in the present case, the question was not a subtle one, but an irregularity that was at

Cependant, depuis l'arrêt *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.), la notion de compétence a été élargie afin de permettre le contrôle judiciaire des tribunaux dits inférieurs qui, en vertu d'une erreur de forme, font ce que la loi ne leur permet pas (voir surtout aux pp. 913, 917 et 920 de l'arrêt *McC*). Pour une telle erreur le tribunal ne pourrait pas être poursuivi en dommages-intérêts.

Entre ces deux genres d'excès de compétence, selon lord Bridge, il existe un vaste champ où le droit est moins précis. La question qui se posait dans *McC* était de définir les situations qui devaient tomber sous la protection de l'art. 15 du *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964*. Lord Bridge ne semble avoir eu aucune difficulté à déterminer que l'omission du magistrat d'aviser l'accusé de son droit à l'aide juridique ne pouvait pas être considérée comme une erreur de procédure subtile assimilable à un excès de compétence en vertu de l'arrêt *Anisminic*. Il s'agissait d'une irrégularité grave. Dans ses remarques à la p. 920, il trace la ligne entre ces deux sortes d'irrégularité procédurale et les conséquences qui en découlent de la façon suivante:

> [TRADUCTION] Évidemment, les juges agiraient «sans compétence ou en excédant leur compétence» au sens de l'art. 15 si, au cours de l'audition d'une affaire qui relève de leur compétence, ils étaient coupables d'irrégularité grossière et évidente en matière de procédure, par exemple si un juge s'absentait pendant une partie de l'audition et se fondait sur une autre personne pour lui rapporter ce qui s'est produit pendant son absence, ou en matière de règles de justice naturelle, par exemple, si les juges refusaient de permettre aux défendeurs de témoigner. Toutefois, j'éviterai de me prononcer sur d'autres cas plus subtils que l'on peut imaginer dans lesquels on pourrait soutenir avec succès dans des procédures d'examen judiciaire qu'une déclaration de culpabilité a été viciée pour un motif de procédure précis comportant une irrégularité procédurale ou même une violation des règles de justice naturelle. De telles déclarations de culpabilité, si elles étaient suivies d'atteintes possibles à l'intégrité physique d'une personne ou de la violation possible de la propriété, à mon avis, n'exposeraient pas nécessairement les juges à une poursuite en dommages-intérêts.

Dans *McC*, comme en l'espèce, il ne s'agissait pas d'une question subtile, mais d'une irrégularité

once obvious and serious. More important, in both cases the procedure was one required by the legislature as a prerequisite to the exercise of a power, in *McC* the detention of the accused, in the present case the imputing to respondent of conduct open to censure. In the particular context of *McC*, there were several earlier cases in which magistrates had been successfully sued for damages because they had failed to comply with the specific requirements of the applicable legislation.

The fundamental principle that emerges from the reasons of Lord Bridge is very clearly stated at p. 924:

> Can it be said that the appellants' omission to inform the respondent of his right to apply for legal aid was a mere procedural irregularity? I have reached the conclusion that it cannot. The language of art 15(1) of the 1976 order, in any case in which it applies, prohibits in the clearest terms the imposition of any of the custodial sentences mentioned unless one or other of the conditions referred to in sub-paras (*a*) and (*b*) of the paragraph has been satisfied. As already mentioned, s. 21(1) of the Powers of Criminal Courts Act 1973 has the same effect. Parliament plainly attached importance to ensuring that none of these custodial sentences should be imposed for the first time on a defendant not legally represented unless the defendant's lack of representation was of his own choice. The philosophy underlying the provision must be that no one should be liable to a first sentence of imprisonment, borstal training or detention, unless he has had the opportunity of having his case in mitigation presented to the court in the best possible light.

By substituting the legislative provisions applicable in the present case for those referred to by Lord Bridge, it becomes obvious that the same considerations apply here. In my opinion, a person who flagrantly acts in excess of his jurisdiction as already described does not act in the execution of his duty.

It is unnecessary for the purposes of this appeal to examine the other points that were raised, namely whether a distinction should be made between the immunity conferred on a judge of an "inferior" court and that conferred on a judge of a superior court, the extent of the latter or the

à la fois évidente et grave. Plus important, dans les deux arrêts, il est question d'une procédure exigée par le législateur comme condition à l'exercice d'un pouvoir, dans *McC* la détention de l'accusé, en l'espèce l'attribution de conduite blâmable à l'intimé. Dans le contexte précis de *McC*, il y avait plusieurs arrêts antérieurs dans lesquels des magistrats avaient avec succès été poursuivis en dommages-intérêts parce qu'ils ne s'étaient pas conformés aux exigences précises de la loi applicable.

Le principe fondamental qui ressort des motifs de lord Bridge est exprimé de façon très claire à la p. 924:

> [TRADUCTION] Peut-on dire que l'omission des appelants d'informer l'intimé de son droit de demander l'aide juridique était une simple irrégularité en matière de procédure? Je suis arrivé à la conclusion que ce n'est pas possible. Le texte du par. 15(1) de l'ordonnance de 1976, dans tous les cas où il s'applique, interdit de la façon la plus claire, l'imposition de l'une des peines d'emprisonnement mentionnées, à moins que l'une ou l'autre des conditions visées au sous-al. *a*) et *b*) de l'alinéa n'ait été satisfaite. Comme il a déjà été mentionné, le par. 21(1) de la Powers of Criminal Courts Act 1973 a le même effet. Le Parlement a clairement attaché de l'importance à faire en sorte qu'aucune de ces peines d'emprisonnement ne soit infligée pour la première fois à un défendeur qui n'est pas représenté par procureur à moins qu'il n'ait choisi lui-même de ne pas être représenté. La philosophie sur laquelle se fonde la disposition porte que nul ne devrait être passible d'une première peine d'emprisonnement, de maison de redressement ou de détention, à moins qu'il n'ait eu la possibilité de faire valoir des circonstances atténuantes devant la cour de la meilleure manière possible.

Il suffit de substituer les exigences législatives applicables en l'espèce à celles citées par lord Bridge pour démontrer que les mêmes considérations s'appliquent en l'espèce. À mon avis, celui qui excède sa compétence d'une façon flagrante comme celle déjà décrite n'agit pas dans l'exécution de son devoir.

Pour les fins de ce pourvoi, il n'est pas nécessaire d'aborder les autres questions qui ont été soulevées, c'est-à-dire, s'il y a une distinction à faire entre l'immunité accordée à un juge d'une cour dite inférieure et celle accordée à un juge de la Cour supérieure, l'étendue de cette dernière ou la

jurisdiction of a provincial legislature to confer such immunity on the members of bodies other than a superior court.

For these reasons, I would dismiss the motions to dismiss and accordingly would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, WILSON *and* LA FOREST JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant Boily: Blain, Piché, Emery & Associés, Montréal.

Solicitors for the appellant Morier: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal.

Solicitors for the respondent: Pepin, Létourneau & Associés, Montréal.

Solicitors for the mis en cause the Attorney General of the Province of Quebec: Pierre Lemieux and André Gaudreau, Ste-Foy.

compétence d'une législature provinciale d'accorder cette immunité aux membres d'organismes autres qu'une cour supérieure.

Pour ces motifs, je suis d'avis de refuser les requêtes en irrecevabilité. Donc, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges WILSON *et* LA FOREST *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant Boily: Blain, Piché, Emery & Associés, Montréal.

Procureurs de l'appelant Morier: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Pepin, Létourneau & Associés, Montréal.

Procureurs du mis en cause le procureur général de la province de Québec: Pierre Lemieux et André Gaudreau, Ste-Foy.

INDEX

APPEAL

Criminal law – Appeal dismissed for want of substantial wrong or miscarriage of justice – Splitting of Crown's case – Evidence adduced on reply – Whether or not accused suffered substantial wrong or miscarriage of justice – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

JOHN v. THE QUEEN, 476.

BANKRUPTCY

Property of bankrupt – Stay of proceedings – Overpayment of unemployment insurance benefits before bankruptcy – Overpayment reimbursed by source deduction from benefits payable to bankrupt during bankruptcy – Whether s. 49 of Bankruptcy Act contravened – Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 49(3) – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 49.

VACHON v. CANADA EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION, 417.

CIVIL RIGHTS

1. Discrimination – Age – Mandatory retirement – The Public Schools Act provision for mandatory retirement in conflict with The Human Rights Act – Whether or not mandatory retirement requirement void – The Human Rights Act, 1974 (Man.), c. 65, s. 6(1); C.C.S.M., c. H175, s. 6(1) – The Public Schools Act, R.S.M. 1970, c. P250, s. 39(2); The Public Schools Act, 1980 (Man.), c. 33, s. 50; C.C.S.M., c. P250, s. 50.

WINNIPEG SCHOOL DIVISION NO. 1 v. CRATON *et al.*, 150.

2. Freedom of religion – Charge of hunting deer out of season – Raw meat needed for ancient Indian religious ceremony – Whether or not prohibition on hunting interferes with Indians' freedom of religion – Wildlife Act, 1966 (B.C.), c. 55, s. 4(1)(c), now R.S.B.C. 1979, c. 433, s. 3(1)(c).

JACK AND CHARLIE v. THE QUEEN, 332.

3. Discrimination through effect on basis of creed – Employees legitimately required to work Friday evenings and Saturdays – Appellant forbidden by creed to work Saturdays – Whether or not discrimination through effect on basis of creed contrary to Ontario Human Rights Code – Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(1)(g).

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION AND O'MALLEY v. SIMPSONS-SEARS LTD. *et al.*, 536.

4. Employment – General work rule – Rule conflicting with religious tenet of employee – Employee dismissed for non-compliance with rule – Whether or not work rule creating discriminatory practice with respect to employee contrary to

CIVIL RIGHTS—Concluded

Canadian Human Rights Act – Canadian Human Rights Act, 1976-77 (Can.), c. 33, ss. 2, 3, 7, 10, 14(a).

BHINDER *et al.* v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. *et al.*, 561.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Fundamental justice – Use of firearm while committing indictable offence – Minimum sentence for offence to be served consecutively to sentence for principal indictable offence – Whether or not breach of right to fundamental justice – If breached, whether or not acceptable in free and democratic society.

KRUG v. THE QUEEN, 255.

2. Charter of Rights – Double jeopardy – Use of firearm while committing indictable offence – Minimum sentence for offence to be served consecutively to sentence for principal indictable offence – Whether or not contrary to Charter guarantee against double jeopardy – If so, whether or not acceptable in free and democratic society – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 83(1), (2), 84(1), 85, 302(d) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 17, 11(h).

KRUG v. THE QUEEN, 255.

3. Charter of Rights – Liberty and security of the person – Compellability of witness – Canadian resident refusing to disclose information received while working as bank manager in Bahamas – Disclosure of such information constituting criminal offence under Bahamian law – Charter of Rights inapplicable – Infringement of liberty or security not resulting from operation of Canadian law – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

SPENCER v. THE QUEEN, 278.

4. Indians – Game laws – Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season contrary to Wildlife Act – Whether Wildlife Act impairing Indian status – Whether Wildlife Act constitutionally applicable to appellant – Constitution Act, 1867, s. 91(24) – Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433, ss. 3(1), 8(1) – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.

DICK v. THE QUEEN *et al.*, 309.

5. Language guarantees – Manitoba statutes to be enacted, printed and published in both English and French – Temporary validity for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication – Commitment by the Province to publish in bilingual, parallel column format the Statutes and Regulations, and Rules of Court and Administrative Tribunals – Determination of minimum period.

RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS (ORDER), 347.

6. Charter of Rights – Self-incrimination – Retrial – First trial taking place prior to proclamation of Charter –

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Incriminating evidence given by accused at first trial not admissible against him at second trial – Protection against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

DUBOIS v. THE QUEEN, 350.

7. Charter of Rights – Right to life, liberty and security of the person and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice – Whether or not absolute liability offence with mandatory imprisonment in breach of that right – Meaning of term "principles of fundamental justice" – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 – Constitution Act, 1982, s. 52 – Canadian Bill of Rights, s. 2(e) – Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 94(1), (2).

RE B.C. MOTOR VEHICLE ACT, 486.

8. Charter of Rights – Courts – Independent tribunal – Jurisdiction declined on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal – Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) – Constitution Act, 1982, s. 52(1) – Provincial Courts Act, R.S.O. 1980, c. 398 – Public Service Act, R.S.O. 1980, c. 418 – Public Service Superannuation Act, R.S.O. 1980, c. 419 – Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 18, s. 1 – Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 78, s. 2(2) – Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11.

VALENTE v. THE QUEEN *et al.*, 673.

COURTS

1. Appellate court jurisdiction – Jurisdiction restricted to errors of law – Acquittal set aside by appeal court and new trial ordered – Whether error of law so as to confer jurisdiction on appellate court or error of fact.

SCHULDT v. THE QUEEN, 592.

2. Charter of Rights – Independent tribunal – Provincial Court judge declined jurisdiction on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal – Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal.

VALENTE v. THE QUEEN *et al.*, 673.

CRIMINAL LAW

1. Roadside breathalyser testing – Failure to provide breath sample after vehicle randomly stopped in spot check program to detect impaired drivers – Random stop of motor vehicle authorized at common law – No reasonable excuse for non-compliance with the demand for a breath sample – Criminal Code, s. 234.1(1), (2).

DEDMAN v. THE QUEEN *et al.*, 2.

CRIMINAL LAW—Continued

2. Appeal – Accused acquitted of conspiring and of obstructing justice – Crown's appeal limited to questions of law – No mistake of law – Logical conclusion by the trial judge – Criminal Code, s. 605(1)(a).

ROUSSEAU v. THE QUEEN; R. v. ROUSSEAU, 38.

3. Extortion – Money requested without violence or menaces does not amount to extortion.

ROUSSEAU v. THE QUEEN; R. v. ROUSSEAU, 38.

4. Care and control of vehicle while impaired – Accused sleeping in sleeping bag on front seat – Ignition on but motor not running – Whether or not accused in care and control of vehicle – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1), 237(1).

R. v. TOEWS, 119.

5. Courts – Whether a trial judge has the power to direct a stay of proceedings for abuse of process.

R. v. JEWITT, 128.

6. Appeal – Crown's right to appeal from "judgment or verdict of acquittal" – Stay of proceedings – Whether stay of proceedings constitutes "judgment or verdict of acquittal" – Criminal Code, s. 605(1)(a).

R. v. JEWITT, 128.

7. Possession of stolen goods – Automobile – Contradiction between statements and testimony of accused as to whether she knew car was stolen – Duty to acquit if explanation given under oath may be true.

R. v. L'HEUREUX , 159.

8. Jurisdiction – Territoriality – Charges of fraud and conspiracy to commit fraud – Toronto-based telephone sales scheme involving Central American mining shares – Calls directed at U.S. residents – Follow up from and monies sent to Central America – Portion of proceeds brought back to Canada – Whether or not jurisdiction to try in Canada – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 5(2), 423(1)(d).

LIBMAN v. THE QUEEN, 178.

9. Charge to jury – Use of force by police officer – Whether trial judge misdirected jury as to the lawful or justified use of force by police officer – Criminal Code, ss. 25, 450(1)(b).

CLUETT v. THE QUEEN , 216.

10. Charge to jury – Aiding or abetting manslaughter – *Mens rea* – Whether trial judge misdirected jury as to the mental element required for aiding or abetting manslaughter – Criminal Code, s. 21(1).

CLUETT v. THE QUEEN , 216.

11. Charge to jury – Evidence – Adequacy of trial judge's summary of the evidence – Police officer acquitted of manslaughter – Whether trial judge failed to indicate the evidence supporting a verdict of manslaughter.

CLUETT v. THE QUEEN , 216.

CRIMINAL LAW—Continued

12. Powers of Court of Appeal – Errors at trial – Trial judge failing to limit cross-examination of accused and misdirecting jury on alibi defence – Errors prejudicial to accused – Section 613(1)(b)(iii) of the Code inapplicable to uphold conviction – Criminal Code, s. 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

FANJOY v. THE QUEEN , 233.

13. Obscenity – Possession of obscene articles for purpose of sale – Whether articles publications – Words "For Adults Only" not relevant in determining whether publication obscene – Test of obscenity – Criminal Code, s. 159(2)(a), (8).

GERMAIN v. THE QUEEN, 241.

14. Multiple convictions from same incident – Use of firearm while committing indictable offence – Whether or not Kienapple principle applicable to convictions under lesser offences.

KRUG v. THE QUEEN, 255.

15. Cross-examination – Disagreement in Court of Appeal regarding the effect of accused's improper cross-examination – Cross-examination not prejudicial to accused – No miscarriage of justice.

BROWN AND MURPHY v. THE QUEEN, 273.

16. Evidence – Guilty verdict not unreasonable in view of identification evidence.

AUSTIN v. THE QUEEN, 285.

17. Dangerous offender proceedings – Sentence of detention for indeterminate period.

AUSTIN v. THE QUEEN, 285.

18. Appeals – Summary convictions – Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season – Whether this appeal raises a question of law alone for the purpose of s. 114 of the Offence Act – Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305, s. 114.

DICK v. THE QUEEN *et al.*, 309.

19. Game laws – Indians charged with hunting in closed season – Meat for use in traditional religious ceremony – Whether or not game laws interfering with essential part of Indian culture – Whether or not these laws impairing Indian status and hence inapplicable.

JACK AND CHARLIE v. THE QUEEN, 332.

20. Evidence – Admissibility – Self-incrimination – Retrial – Accused's evidence at first trial not admissible against him at second trial – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

DUBOIS v. THE QUEEN, 350.

21. Trial by jury – Irregularities – Reference to alleged prior acts in Crown's argument – Recorded conversations referring to accused's criminal past submitted to jury – Prejudice caused the accused removed by judge's charge to jury.

GRABOWSKI v. THE QUEEN, 434.

22. Interception of private communications – Validity of authorization – Part of authorization held invalid – Authorization severable – Interceptions made pursuant to valid part of authorization admissible – Criminal Code, ss. 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(2).

GRABOWSKI v. THE QUEEN, 434.

CRIMINAL LAW—Concluded

23. Evidence – Splitting of Crown's case – Collateral facts – Whether trial judge's error of allowing Crown to adduce reply evidence occasioned appellant no substantial wrong or miscarriage of justice – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

JOHN v. THE QUEEN, 476.

24. Kienapple principle – Lesser counts dismissed on rape conviction – Whether or not Kienapple principle properly applied.

JOHN v. THE QUEEN, 476.

25. Procedure – Kienapple principle – Driving offences – Accused found guilty on charges of "impaired driving" (s. 234) and "driving over .08" (s. 236) – Conviction registered in Provincial Court for "driving over .08" but not for "impaired driving" – Acquittal entered on appeal to Court of Queen's Bench – Court of Appeal allowing appeal to extent of remitting matters to Court of Queen's Bench for determination on whether or not conviction for "impaired driving" be entered – Not entering conviction equivalent to entering stay on charge – Appeal dismissed and matter remitted to Provincial Court for determination – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.

TERLECKI v. THE QUEEN, 483.

26. Charge to jury – Burden of proof – Identification – Trial judge misdirecting jury with respect to the requirement of proof beyond a reasonable doubt – Standard of proof beyond a reasonable doubt not applying to the individual items of evidence but to the totality of the evidence.

BOUVIER v. THE QUEEN, 485.

27. Absolute liability offence with mandatory imprisonment – Charter right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice – Whether or not offence in breach of that Charter right.

RE B.C. MOTOR VEHICLE ACT, 486.

28. Attempted break and enter with intent to commit indictable offence – Acquittal set aside and new trial ordered on appeal – Appellate jurisdiction where error of law – Whether or not appellate court had jurisdiction – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24(1), (2), 306(1)(a), (2)(a), 605(1)(a).

SCHULDT v. THE QUEEN, 592.

29. Possession of counterfeit money – Elements of offense – Whether intention to use the counterfeit money as currency an element of the offence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 408.

DUANE v. THE QUEEN, 612.

EVIDENCE

1. Witnesses – Compellability – Canadian resident refusing to disclose information received while working as bank manager in Bahamas – Disclosure of such information constituting criminal offence under Bahamian law – Whether witness should be compelled to testify.

SPENCER v. THE QUEEN, 278.

2. Documentary evidence – Reception – Banking transactions – Whether computer produced bank statements admissible under s. 29(1), (2) of the Canada Evidence Act.

BRUCE v. THE QUEEN, 287.

INCOME TAX

1. Income/capital distinction – Open pit mining operation – Land acquired for rimming – Land not overlaying ore body – Whether acquisition cost a capital expense or deductible as revenue expense – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 4, 11(1)(a), 12(1)(a), (b) – Income Tax Regulations, s. 1100(1).

JOHNS-MANVILLE CANADA INC. v. THE QUEEN, 46.

2. Corporations – Control – Corporate shareholder holding common shares – Minority shareholder holding common shares and voting preference shares – Corporate and minority shareholders having equal number of votes and able to elect equal numbers of directors – Winding-up possible on fifty per cent vote – Whether or not respondent under control of corporate shareholder – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 39(4) as amended by 1960 (Can.), c. 43, s. 11(1).

THE QUEEN v. IMPERIAL GENERAL PROPERTIES LTD., 288.

INDIANS

1. Hunting – Non-treaty Indian convicted of killing a deer out of season contrary to Wildlife Act – Applicability of provincial game laws to Indians – Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, c. 433, ss. 3(1), 8(1) – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88 – Constitution Act, 1867, s. 91(24).

DICK v. THE QUEEN *et al.*, 309.

2. Hunting – Closed season – Deer killed for use in religious ceremony – Whether or not prohibition interferes with an essential part of Indian culture – Whether or not Act impairing Indian status and hence inapplicable.

JACK AND CHARLIE v. THE QUEEN, 332.

3. Treaty rights – Right to hunt – Provincial law restricting that right – Whether or not treaty rights prevail – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88 – Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150(1) – Constitution Act, 1982, s. 35.

SIMON v. THE QUEEN *et al.*, 387.

JUDGES

Immunity – Provincial commission of inquiry – Action for damages against two members of Commission de police du Québec for acts committed in the course of their duties – Commissioners protected by immunity of superior court judges – Provincial jurisdiction – Immunity absolute – Action for damages dismissed by motion to dismiss – Police Act, R.S.Q., c. P-13, ss. 20, 22, 34.3, 35 – Act respecting public inquiry commissions, R.S.Q., c. C-37, s. 16 – Code of Civil Procedure, art. 165(4).

MORIER *et al.* v. RIVARD, 716.

JUDICIAL REVIEW

1. Labour adjudication – Just cause for disciplinary action – Public servant publicly critical of government policies – Whether or not adjudicator erred in law in confirming suspension and discharge – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

FRASER v. PUBLIC SERVICE STAFF RELATIONS BOARD, 455.

2. Prerogative writs – *Habeas corpus* with *certiorari* in aid – Segregation imposed following alleged involvement in hostage-taking incident – Segregation continued by Director despite recommendation of the Segregation Review Board – Prisoners not informed by Director of his reasons for refusing to follow recommendation and not given a hearing by the Director on the question – Whether or not Director in breach of duty to act fairly rendering continued segregation of prisoners unlawful – Whether provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* – Whether affidavits admissible on *habeas corpus* alone to show jurisdictional error – Whether *habeas corpus* lies to challenge the validity of a particular form of confinement in a penitentiary – Judicial review jurisdiction of Federal Court of Canada – Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

CARDINAL *et al.* v. DIRECTOR OF KENT INSTITUTION, 643.

LABOUR LAW

Judicial review – Jurisdiction of arbitrator – Dismissal of police officer – Alteration by arbitrator of penalty imposed by disciplinary committee – Writ of evocation denied.

FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL INC. v. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, 74.

LABOUR RELATIONS

Public Service – Just cause for disciplinary action – Strong, sustained public criticism of government policies by

LABOUR RELATIONS —Concluded

public servant – Whether or not that criticism impaired effectiveness as public servant.

FRASER v. PUBLIC SERVICE STAFF RELATIONS BOARD, 455.

MANDAMUS

Municipal planning – Decision of municipality necessary to planning process – Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision – Plan of subdivision rejected – Whether or not solutions to flooding problem extraneous consideration – If not, whether or not municipality exercised discretion according to law.

OAKWOOD DEVELOPMENT LTD. v. RURAL MUNICIPALITY OF ST. FRANÇOIS XAVIER, 164.

MATRIMONIAL LAW

Distribution of matrimonial assets on divorce – Principle of equal division – Effect of death of spouse on distribution – The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 30(1), 36, 43.

DONKIN v. BUGOY, 85.

MUNICIPAL LAW

Planning – Decision of municipality necessary to planning process – Refusal by municipality to consider remedies to flooding problem on proposed subdivision – Plan of subdivision rejected – Whether or not municipality required to consider solutions to flooding problem – Whether or not municipality exercised its discretion according to law – The Planning Act, 1975 (Man.), c. 29, ss. 1, 60(1), 62(1) – The Planning Act Regulation, 30/77, ss. 6(1), 7, 11.

OAKWOOD DEVELOPMENT LTD. v. RURAL MUNICIPALITY OF ST. FRANÇOIS XAVIER, 164.

POLICE

Powers and duties – R.I.D.E. program – Vehicles randomly stopped in spot check program to detect impaired drivers and deter impaired driving – Exercise of police power must be authorized by statute or at common law – No statutory authority for random stop – Random stop for purpose of R.I.D.E. program authorized at common law.

DEDMAN v. THE QUEEN *et al.*, 2.

PREROGATIVE WRITS

1. *Habeas corpus* – Jurisdiction – Superior courts – Inmate confined in a special handling unit – Application for *habeas corpus* and *certiorari* in aid in a superior court – Whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to determine the validity of an inmate's confinement in a special handling unit of a federal penitentiary – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

THE QUEEN v. MILLER, 613.

2. *Habeas corpus* – Availability of remedy – Inmate confined in a special handling unit following a disturbance in a federal penitentiary – Whether *habeas corpus* lies to challenge the validity of a particular form of confinement in a penitentiary.

THE QUEEN v. MILLER, 613.

3. *Habeas corpus* – Procedure – Affidavit evidence – Whether affidavit evidence admissible on *habeas corpus* application to show jurisdictional error.

THE QUEEN v. MILLER, 613.

4. *Habeas corpus* – Jurisdiction – Superior courts – Inmate confined in a special handling unit – Application for *habeas corpus* in superior court – Whether a provincial superior court has jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* to determine the validity of an inmate's confinement in a special handling unit of a federal penitentiary – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

MORIN v. NATIONAL SPECIAL HANDLING UNIT REVIEW COMMITTEE *et al.*, 662.

PRISONS

Administrative dissociation or segregation – Segregation imposed following alleged involvement in hostage-taking incident – Segregation continued by Director despite recommendation of Segregation Review Board – Prisoners not informed by Director of his reasons for refusing to follow recommendation and not given a hearing by the Director on the question – Whether or not Director in breach of duty to act fairly rendering continued segregation of prisoners unlawful – Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, s. 40.

CARDINAL *et al.* v. DIRECTOR OF KENT INSTITUTION, 643.

INDEX

APPEL

Droit criminel – Appel rejeté pour absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave – Division de la preuve de la poursuite – Présentation d'une contre-preuve – L'accusé a-t-il subi un tort important ou a-t-il été victime d'une erreur judiciaire grave? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

JOHN c. LA REINE, 476.

BREFS DE PRÉROGATIVE

1. *Habeas corpus* – Compétence – Cours supérieures – Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention – Demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire présentée à une cour supérieure – Une cour supérieure provinciale est-elle compétente pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier fédéral? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

LA REINE c. MILLER, 613.

2. *Habeas corpus* – Possibilité d'exercer ce recours – Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention par suite d'un incident dans un pénitencier fédéral – Peut-on recourir à l'*habeas corpus* pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération dans un pénitencier?

LA REINE c. MILLER, 613.

3. *Habeas corpus* – Procédure – Preuve par affidavit – Admissibilité d'une preuve par affidavit pour établir une erreur de compétence dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*.

LA REINE c. MILLER, 613.

4. *Habeas corpus* – Compétence – Cours supérieures – Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention – Demande d'*habeas corpus* présentée à la Cour supérieure – Une cour supérieure provinciale est-elle compétente pour délivrer un bref d'*habeas corpus* pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier fédéral? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

MORIN c. COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE L'EXAMEN DES CAS D'UNITÉS SPÉCIALES DE DÉTENTION *et autres*, 662.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Décision en matière de relations de travail – Juste motif de mesures disciplinaires – Critique ouverte d'un fonctionnaire à l'égard de politiques du gouvernement – L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit en confirmant la suspension et le congédiement? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

FRASER c. COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL DANS LA FONCTION PUBLIQUE, 455.

2. Brefs de prérogative – *Habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire – Ségrégation imposée après une participation alléguée à une prise d'otage – Ségrégation maintenue par le directeur malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation – Directeur n'indiquant pas aux détenus les motifs de son refus de suivre la recommandation et ne leur accordant pas d'audition sur la question – Le directeur a-t-il ou non violé l'obligation d'agir équitablement rendant illégal le maintien de la ségrégation des détenus? – Une cour supérieure provinciale a-t-elle compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*? – Des affidavits sont-ils recevables en cas d'*habeas corpus* simple pour établir une erreur de compétence? – Peut-on recourir à l'*habeas corpus* pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération dans un pénitencier? – Compétence en matière d'examen judiciaire de la Cour fédérale du Canada – Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.

CARDINAL *et autre* c. DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT KENT, 643.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Justice fondamentale – Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel – Cumul de la peine minimale pour l'infraction et de la peine résultant de l'acte criminel principal – Y a-t-il eu atteinte au droit à la justice fondamentale? – Dans l'affirmative, cela est-il admissible dans une société libre et démocratique?

KRUG c. LA REINE, 255.

2. Charte des droits – Double péril – Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel – Cumul de la peine minimale pour l'infraction et de la peine résultant de l'acte criminel principal – Cela va-t-il à l'encontre des dispositions de la Charte qui interdisent le double péril? – Dans l'affirmative, cela est-il admissible dans une société libre et démocratique? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1), (2), 84(1), 85, 302d) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 17, 11h).

KRUG c. LA REINE, 255.

3. Charte des droits – Liberté et sécurité de la personne – Contraignabilité d'un témoin – Refus par un résident canadien de révéler des informations obtenues à titre de directeur de banque aux Bahamas – La communication de ces informations

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

constitue une infraction criminelle selon la loi bahamienne – Charte des droits inapplicable – L'atteinte à la liberté ou à la sécurité ne résulte pas de la loi canadienne – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

SPENCER C. LA REINE, 278.

4. Indiens – Lois sur la protection de la faune – Indien non visé par un traité reconnu coupable d'avoir tué un cerf hors saison contrairement à la Wildlife Act – La Wildlife Act porte-t-elle atteinte au statut d'Indien? – La Wildlife Act est-elle constitutionnellement applicable à l'appelant? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) – Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1), 8(1) – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

DICK C. LA REINE *et autres*, 309.

5. Garanties linguistiques – Obligation d'adopter, d'imprimer et de publier en français et en anglais les lois du Manitoba – Validité temporaire pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier – Engagement de la province de publier dans un format bilingue sur deux colonnes les lois, les règlements, les règles de cour et celles des tribunaux administratifs – Fixation du délai minimum.

RENVOI: DROITS LINGUISTIQUES AU MANITOBA (ORDONNANCE), 347.

6. Charte des droits – Auto-incrimination – Nouveau procès – Premier procès antérieur à la proclamation de la Charte – Témoignage incriminant de l'accusé au premier procès inadmissible contre lui au second procès – Protection contre l'auto-incrimination garantie par l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés.

DUBOIS C. LA REINE, 350.

7. Charte des droits – Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et droit de ne pas en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale – Une infraction de responsabilité absolue assortie d'un emprisonnement obligatoire viole-t-elle ce droit? – Sens de l'expression «principes de justice fondamentale» – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 – Déclaration canadienne des droits, art. 2e) – Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 94(1), (2).

RENVOI: MOTOR VEHICLE ACT DE LA C.-B., 486.

8. Charte des droits – Tribunaux – Tribunal indépendant – Compétence déclinée parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant – Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) – Loi sur les cours provinciales, L.R.O. 1980, chap. 398 – Loi sur la fonction publique, L.R.O. 1980, chap. 418 – Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.O. 1980, chap. 419 – Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 18, art. 1 – Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 78, art. 2(2) – Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11.

VALENTE C. LA REINE *et autres*, 673.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

DROIT CRIMINEL

1. Contrôle routier: alcootest – Omission de fournir un échantillon d'haleine après s'être vu demander de stopper son véhicule dans le cadre d'un programme d'arrêt au hasard visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies – Arrêt au hasard de véhicules à moteur autorisé en common law – Aucune excuse raisonnable pour ne pas obtempérer à la demande d'échantillon d'haleine – Code criminel, art. 234.1(1), (2).

DEDMAN C. LA REINE *et autres*, 2.

2. Appel – Accusé acquitté de complot et d'entrave à la justice – Appel du ministère public limité aux questions de droit – Aucune erreur de droit – Conclusion logique du juge du procès – Code criminel, art. 605(1)a).

ROUSSEAU C. LA REINE; R. C. ROUSSEAU, 38.

3. Extorsion – Somme d'argent demandée sans violence ou menaces ne constitue pas de l'extorsion.

ROUSSEAU C. LA REINE; R. C. ROUSSEAU, 38.

4. Garde et contrôle d'un véhicule alors que les facultés sont affaiblies – Accusé qui dort dans un sac de couchage sur le siège avant – Contact mis, mais moteur à l'arrêt – L'accusé a-t-il la garde et le contrôle du véhicule? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234(1), 237(1).

R. C. TOEWS, 119.

5. Tribunaux – Le juge du procès a-t-il le pouvoir d'ordonner une suspension d'instance pour abus de procédure?

R. C. JEWITT, 128.

6. Appel – Droit de Sa Majesté d'en appeler d'un «jugement ou verdict d'acquittement» – Suspension d'instance – La suspension d'instance constitue-t-elle un «jugement ou verdict d'acquittement»? – Code criminel, art. 605(1)a).

R. C. JEWITT, 128.

7. Possession de biens volés – Automobile – Déclarations et témoignage de l'accusée contradictoires sur la question de savoir si elle avait connaissance que l'automobile avait été volée – Obligation d'acquitter si l'explication donnée sous serment peut être vraie.

R. C. L'HEUREUX, 159.

8. Compétence – Territorialité – Accusation de fraude et de complot en vue de commettre une fraude – Système de ventes par téléphone exploité à Toronto relativement à des actions de compagnies minières d'Amérique centrale – Appels faits à des résidants des États-Unis – Suivi exercé à partir de l'Amérique centrale et envoi d'argent à cet endroit – Partie du produit expédiée au Canada – A-t-on compétence pour instruire

DROIT CRIMINEL—Suite

l'affaire au Canada? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 5(2), 423(1)d).

LIBMAN C. LA REINE, 178.

9. Exposé au jury – Emploi de la force par un agent de police – Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury en ce qui a trait à l'emploi légitime ou justifié de la force par un agent de police? – Code criminel, art. 25, 450(1)b).

CLUETT C. LA REINE , 216.

10. Exposé au jury – Aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable – *Mens rea* – Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury en ce qui a trait à l'élément moral nécessaire pour qu'il y ait aide ou encouragement à la perpétration d'un homicide involontaire coupable? – Code criminel, art. 21(1).

CLUETT C. LA REINE , 216.

11. Exposé au jury – Preuve – Caractère adéquat du résumé de la preuve fait par le juge du procès – Acquittement d'un agent de police relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable – Le juge du procès a-t-il omis d'indiquer les éléments de preuve qui appuyaient un verdict d'homicide involontaire coupable?

CLUETT C. LA REINE , 216.

12. Pouvoirs de la Cour d'appel – Erreurs du juge du procès – Omission de limiter le contre-interrogatoire de l'accusé et directives erronées quant à la défense d'alibi – Erreurs préjudiciables à l'accusé – Non-applicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code pour confirmer la déclaration de culpabilité – Code criminel, art. 613(1)a)(iii), b)(iii).

FANJOY C. LA REINE , 233.

13. Obscénité – Possession aux fins de vente d'articles obscènes – Ces articles sont-ils des publications? – Mention «pour adultes seulement» sans importance pour déterminer si une publication est obscène – Critère de l'obscénité – Code criminel, art. 159(2)a), (8).

GERMAIN C. LA REINE, 241.

14. Déclarations de culpabilité multiples découlant du même incident – Usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel – Applicabilité du principe établi dans l'arrêt Kienapple à des déclarations de culpabilité relatives à des infractions moins graves.

KRUG C. LA REINE, 255.

15. Contre-interrogatoire – Désaccord en Cour d'appel concernant l'effet du contre-interrogatoire incorrect de l'accusé – Contre-interrogatoire non préjudiciable à l'accusé – Aucune erreur judiciaire.

BROWN ET MURPHY C. LA REINE, 273.

16. Preuve – Le verdict de culpabilité n'est pas déraisonnable vu les éléments de preuve sur l'identité.

AUSTIN C. LA REINE, 285.

DROIT CRIMINEL—Suite

17. Poursuite des délinquants dangereux – Peine de détention pour une période indéterminée.

AUSTIN C. LA REINE, 285.

18. Appels – Déclarations sommaires de culpabilité – Indien non visé par un traité reconnu coupable d'avoir tué un cerf hors saison – Ce pourvoi soulève-t-il une question de droit seulement au sens de l'art. 114 de l'Offence Act? – Offence Act, R.S.B.C. 1979, chap. 305, art. 114.

DICK C. LA REINE *et autres*, 309.

19. Lois sur la protection de la faune – Indiens accusés d'avoir chassé hors saison – Viande destinée à une cérémonie religieuse traditionnelle – Les lois sur la protection de la faune touchent-elles à un aspect essentiel de la culture indienne? – Ces lois portent-elles atteinte au statut d'Indien et sont-elles donc inapplicables?

JACK ET CHARLIE C. LA REINE, 332.

20. Preuve – Admissibilité – Auto-incrimination – Nouveau procès – Témoignage de l'accusé au premier procès inadmissible contre lui au second procès – Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

DUBOIS C. LA REINE, 350.

21. Procès par jury – Irrégularités – Allusion à de supposés actes antérieurs dans la plaidoirie du ministère public – Conversations enregistrées faisant référence au passé criminel de l'accusé présentées au jury – Préjudice causé à l'accusé réparé par l'exposé du juge au jury.

GRABOWSKI C. LA REINE, 434.

22. Interception de communications privées – Validité de l'autorisation – Partie de l'autorisation jugée invalide – Autorisation divisible – Interceptions faites grâce à la partie valide de l'autorisation recevables – Code criminel, art. 178.11(1), (2), 178.12(1), 178.13(2).

GRABOWSKI C. LA REINE, 434.

23. Preuve – Division de la preuve de la poursuite – Faits incidents – La permission donnée par le juge à la poursuite de présenter une contre-preuve a-t-elle causé à l'appelant un tort important ou l'a-t-elle rendu victime d'une erreur judiciaire grave? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b)(iii).

JOHN C. LA REINE, 476.

24. Principe de l'arrêt Kienapple – Acquittement sur les chefs réduits d'accusation, suite à une déclaration de culpabilité de viol – Le principe de l'arrêt Kienapple a-t-il été bien appliqué?

JOHN C. LA REINE, 476.

25. Procédure – Principe de l'arrêt Kienapple – Infractions relatives à la conduite – Accusé reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies (art. 234) et de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieure à 80 mg (art. 236) – Déclaration inscrite en Cour provinciale pour conduite avec un taux d'alcoolémie supérieure à 80 mg mais non pour conduite avec facultés affaiblies – Acquittement inscrit en appel à la Cour du Banc de

DROIT CRIMINEL—Fin

la Reine – Cour d'appel accueillant l'appel seulement pour renvoyer à la Cour du Banc de la Reine la question de savoir si la déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies doit être inscrite – Non-inscription de cette déclaration de culpabilité équivalant à un sursis – Pourvoi rejeté et question renvoyée à la Cour provinciale pour qu'elle en décide – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.

TERLECKI C. LA REINE, 483.

26. Exposé au jury – Charge de la preuve – Identification – Juge du procès donnant des directives erronées au jury relativement à l'exigence de preuve au-delà de tout doute raisonnable – Norme de la preuve au-delà de tout doute raisonnable ne s'appliquant pas à chaque élément de preuve mais à son ensemble.

BOUVIER C. LA REINE, 485.

27. Infraction de responsabilité absolue avec emprisonnement obligatoire – Droit à la liberté garanti par la Charte et droit de ne pas en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale – L'infraction viole-t-elle ce droit garanti par la Charte?

RENVOI: MOTOR VEHICLE ACT DE LA C.-B., 486.

28. Tentative d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel – Acquittement annulé et nouveau procès ordonné en appel – Compétence d'une cour d'appel lorsqu'il y a erreur de droit – La Cour d'appel avait-elle compétence? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24(1), (2), 306(1)a), (2)a), 605(1)a).

SCHULDT C. LA REINE, 592.

29. Possession de monnaie contrefaite – Éléments de l'infraction – L'intention d'utiliser la monnaie contrefaite comme argent constitue-t-elle un élément de l'infraction? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 408.

DUANE C. LA REINE, 612.

DROIT DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire – Compétence de l'arbitre – Congédiement d'un policier – Sanction disciplinaire imposée par le Comité de discipline modifiée par l'arbitre – Bref d'évocation refusé.

FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL INC. C. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, 74.

DROIT MATRIMONIAL

Partage des biens du mariage à l'occasion d'un divorce – Principe du partage égal – Effet du décès d'un conjoint sur le partage – The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 30(1), 36, 43.

DONKIN C. BUGOY, 85.

DROIT MUNICIPAL

Planification – Décision de la municipalité nécessaire au processus de planification – Refus de la municipalité de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations sur le terrain visé par le projet de lotissement – Rejet du plan de lotissement – La municipalité est-elle tenue de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations? – La municipalité a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme à la loi? – The Planning Act, 1975 (Man.), chap. 29, art. 1, 60(1), 62(1) – The Planning Act Regulation, 30/77, art. 6(1), 7, 11.

OAKWOOD DEVELOPMENT LTD. C. MUNICIPALITÉ RURALE DE ST. FRANÇOIS XAVIER, 164.

FAILLITE

Biens du failli – Suspension des procédures – Prestations d'assurance-chômage versées en trop au failli avant la faillite – Remboursement du trop-perçu au moyen d'une retenue à la source sur les prestations payables au failli pendant la faillite – Violation de l'art. 49 de la Loi sur la faillite – Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 49(3) – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 49.

VACHON C. COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION DU CANADA, 417.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Distinction entre revenu et capital – Mine à ciel ouvert – Acquisition de biens-fonds pour maintenir la stabilité de la paroi de la mine – Biens-fonds non situés au-dessus du gisement de minerai – Le coût d'acquisition est-il une dépense de capital ou est-il déductible comme dépense d'exploitation? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 4, 11(1)a), 12(1)a), b) – Règlement de l'impôt sur le revenu, art. 1100(1).

JOHNS-MANVILLE CANADA INC. C. LA REINE, 46.

2. Compagnies – Contrôle – Société actionnaire ordinaire – Actionnaire minoritaire détenteur d'actions ordinaires et d'actions privilégiées avec droit de vote – Société actionnaire et actionnaire minoritaire détenteurs d'un nombre égal de voix et en mesure d'élire un nombre égal d'administrateurs – Possibilité de liquidation si cela est appuyé par cinquante pour cent des voix – L'intimée est-elle contrôlée par la société actionnaire? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 39(4) modifié par 1960 (Can.), chap. 43, art. 11(1).

LA REINE C. IMPERIAL GENERAL PROPERTIES LTD., 288.

INDIENS

1. Chasse – Indien non visé par un traité déclaré coupable d'avoir tué un cerf hors saison contrairement à la Wildlife Act – Application aux Indiens de lois provinciales sur la protection de la faune – Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1),

INDIENS—Fin

8(1) – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

DICK c. LA REINE *et autres*, 309.

2. Chasse – Hors saison – Cerf abattu et destiné à une cérémonie religieuse – L'interdiction porte-t-elle atteinte à un aspect essentiel de la culture indienne? – La Loi porte-t-elle atteinte au statut d'Indien et est-elle donc inapplicable?

JACK ET CHARLIE c. LA REINE, 332.

3. Droits issus des traités – Droit de chasse – Loi provinciale qui limite ce droit – Les droits issus des traités prévalent-ils? – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88 – Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150(1) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

SIMON c. LA REINE *et autres*, 387.

JUGES

Immunité – Commission d'enquête provinciale – Poursuite en dommages contre deux commissaires de la Commission de police du Québec pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions – Commissaires bénéficiant de l'immunité des juges de la Cour supérieure – Compétence provinciale – Immunité absolue – Recours en dommages rejeté au moyen d'une requête en irrecevabilité – Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 20, 22, 34.3, 35 – Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., chap. C-37, art. 16 – Code de procédure civile, art. 165(4).

MORIER *et autre* c. RIVARD, 716.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Discrimination – Âge – Retraite obligatoire – Conflit entre les dispositions de The Public Schools Act prescrivant la retraite obligatoire et celles de The Human Rights Act – L'exigence de retraite obligatoire est-elle nulle? – The Human Rights Act, 1974 (Man.), chap. 65, art. 6(1); C.C.S.M., chap. H175, art. 6(1) – The Public Schools Act, R.S.M. 1970, chap. P250, art. 39(2); The Public Schools Act, 1980 (Man.), chap. 33, art. 50; C.C.S.M., chap. P250, art. 50.

WINNIPEG SCHOOL DIVISION NO. 1 c. CRATON *et autre*, 150.

2. Liberté de religion – Inculpation de chasse au cerf hors saison – Cérémonie religieuse indienne ancestrale exigeant de la viande crue – L'interdiction de chasse porte-t-elle atteinte à la liberté de religion des Indiens? – Wildlife Act, 1966 (C.-B.), chap. 55, art. 4(1)c), maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 433, art. 3(1)c).

JACK ET CHARLIE c. LA REINE, 332.

3. Effet discriminatoire en raison de la croyance – Obligation légitime pour les employés de travailler le vendredi soir et le samedi – Interdiction pour l'appelante, en raison de ses croyances, de travailler le samedi – Y a-t-il effet discriminatoire en raison de la croyance contrairement au Code ontarien des droits de la personne? – Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, chap. 340, art. 4(1)g).

COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE ET O'MALLEY c. SIMPSONS-SEARS LTD. *et autres*, 536.

4. Emploi – Condition générale d'emploi – Condition en conflit avec les préceptes religieux de l'employé – Congédiement de l'employé pour non-respect de la condition – La condition de travail constituait-elle un acte discriminatoire dans le cas de cet employé, contrairement à la Loi canadienne sur les droits de la personne? – Loi canadienne sur les droits de la personne, 1976-77 (Can.), chap. 33, art. 2, 3, 7, 10, 14a).

BHINDER *et autre* c. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA *et autres*, 561.

MANDAMUS

Urbanisme – Décision de la municipalité nécessaire au processus de planification – Refus de la municipalité de prendre en considération des solutions au problème du risque d'inondations sur le terrain visé par le projet de lotissement – Rejet du plan de lotissement – Les solutions au problème du risque d'inondations sont-elles des considérations extrinsèques? – Dans la négative, la municipalité a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme à la loi?

OAKWOOD DEVELOPMENT LTD. c. MUNICIPALITÉ RURALE DE ST. FRANÇOIS XAVIER, 164.

POLICE

Pouvoirs et devoirs – Programme R.I.D.E. – Véhicules stoppés au hasard dans le cadre d'un programme visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies et à décourager la conduite avec facultés affaiblies – L'exercice des pouvoirs de la police doit être autorisé par la loi ou par la *common law* – Aucun pouvoir légal de stopper des véhicules au hasard – Arrêt au hasard de véhicules aux fins d'appliquer le programme R.I.D.E. autorisé en *common law*.

DEDMAN c. LA REINE *et autres*, 2.

PREUVE

1. Témoins – Contraignabilité – Refus par un résident canadien de révéler des informations obtenues à titre de directeur de banque aux Bahamas – La communication de ces informations constitue une infraction criminelle selon la loi bahamienne – Le témoin peut-il être contraint de témoigner?

SPENCER c. LA REINE, 278.

2. Preuve documentaire – Recevabilité – Opérations bancaires – Les relevés de banque informatisés sont-ils recevables

PREUVE—Fin

en preuve en vertu de l'art. 29(1) et (2) de la Loi sur la preuve au Canada?

BRUCE c. LA REINE, 287.

PRISONS

Ségrégation ou isolement administratifs – Ségrégation imposée après une participation alléguée à une prise d'otage – Ségrégation maintenue par le directeur malgré la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation – Directeur n'indiquant pas aux détenus les motifs de son refus de suivre la recommandation et ne leur accordant pas d'audition sur la question – Le directeur a-t-il ou non violé l'obligation d'agir équitablement rendant illégal le maintien de la ségrégation des détenus? – Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, art. 40.

CARDINAL *et autre* c. DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT KENT, 643.

RELATIONS DE TRAVAIL

Fonction publique – Juste motif de mesures disciplinaires – Critique violente et soutenue de politiques gouvernementales par un fonctionnaire – Cette critique a-t-elle diminué son efficacité en tant que fonctionnaire?

FRASER c. COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL DANS LA FONCTION PUBLIQUE, 455.

TRIBUNAUX

1. Compétence d'une cour d'appel – Compétence limitée aux erreurs de droit – Acquittement annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel – S'agit-il d'une erreur de droit conférant compétence à la Cour d'appel ou d'une erreur de fait?

SCHULDT c. LA REINE, 592.

2. Charte des droits – Tribunal indépendant – Juge de la Cour provinciale déclinant compétence parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant – Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant?

VALENTE c. LA REINE *et autres*, 673.